

## CÓDIGO PENAL COMENTADO.

### ARTICULO 1.

#### JURISPRUDENCIA:

**Principio de estricta legalidad. Sala de lo constitucional. IS. 3-92 ac. 6-92; 17-12-92.** No hay duda que el art. 11 de la Constitución reconoce el antiguo principio de legalidad que prohíbe que una pena sin un juicio previo con todas las garantías. Este principio que suele expresarse con el aforismo *nulla poena sine iudicio* o *sine previo legali iudicio*, junto con los que enuncian *nullum crimen sine lege*, *nulla poena sine lege* y *nulla poena sine culpa*, constituyen el cuádruple fundamento de la legalidad sancionatoria o punitiva en todo Estado de Derecho.

**Ley scripta-principio de separación de poderes. Sala de lo constitucional. IS. 3-92 ac. 6-92; 17-12-92.** 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.

**Principio de legalidad como garantía. Sala de lo Constitucional. IS. 15-96/16-96/17-96/19-96/20-96/21-96/23-96. Acum.** El principio de legalidad adquiere manifestaciones concretas en el Derecho Penal, ámbito donde tiene enorme relevancia y desempeña un papel de primer orden como garantía de los derechos fundamentales de la persona humana. Tales manifestaciones, señaladas por la doctrina y aquí reseñadas en apretado resumen, consisten básicamente en las garantías derivadas de tal principio: (a) la garantía criminal, como seguridad que nadie será sancionado por hechos que no hayan sido previamente tipificados como hechos punibles por la ley penal; (b) la garantía penal, como seguridad que a nadie se le impondrá otra pena que la prevista en la ley penal para el respectivo delito; (c) la garantía jurisdiccional, es decir la seguridad de que a nadie se le impondrá la pena prevista por la ley para el hecho penal atribuido, sino como consecuencia de un proceso jurisdiccional que tenga por objeto la comprobación de la existencia de tal delito, y la averiguación de quien lo haya cometido a fin de sancionar al culpable; y (d) la garantía ejecutiva, en el sentido que a nadie se le aplicará la pena en grado diverso o de modo diferente a la regulación específica que para tal efecto se haya hecho previamente en la ley, especialmente la ley penitenciaria.

**Garantía de ley estricta y garantía de tipicidad. Sala de lo Constitucional. IS. 15-96/16-96/17-96/19-96/20-96/21-96/23-96. Acum.** A efectos de esta sentencia interesa la denominada garantía criminal, que también se 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 Alberto 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 ínsito 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.

**Prohibición de tipos penales abiertos. Sala de lo Constitucional. IS. 15-96/16-96/17-96/19-96/20-96/21-96/23-96.**

**Acum.** 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 incriminado 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”.

**Seguridad jurídica y principio de legalidad. Sala de lo Constitucional. Amp. 19-98; 09-02-99.** Aunque es frecuente identificar esta última –corrección estructural– con el principio de legalidad, su alcance se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico al propiciar, una interpretación del término ley (y) se desglosa en los requisitos de: (a) ley promulgada, por que lo que define a la ley no es sólo el ser un precepto general justo y estable, sino el haber sido objeto de adecuada promulgación; la cual responde a la demanda de publicidad de la norma, es decir a la posibilidad de ser conocida por aquellos a quienes obliga su cumplimiento; (b) ley manifiesta, es decir, la ley debe ser clara para que a nadie induzca a error por su oscuridad; dicha claridad normativa requiere una tipificación unívoca de los supuestos de hecho, que evite en lo posible el abuso de conceptos vagos e indeterminados, así como una delimitación precisa de las consecuencias jurídicas con lo que se evita la excesiva discrecionalidad de los órganos encargados de la aplicación del derecho; (c) ley plena, (lo cual significa) que no se producirán consecuencias jurídicas para las conductas que no hayan sido previamente tipificadas; (d) ley previa, por que el derecho a través de sus normas introduce la seguridad en la vida social, al posibilitar la previa calculabilidad de los efectos jurídicos de los comportamientos; y (e) ley perpetua, en tanto que la tendencia de las normas jurídicas hacia la permanencia se conecta con el principio de su irretroactividad y cristaliza en dos manifestaciones: la cosa juzgada, que atribuye firmeza a las decisiones judiciales no susceptibles de ulterior recurso, y los derechos adquiridos que amparan las situaciones jurídicas surgidas de acuerdo con la legalidad vigente en el momento de su conformación, frente a eventuales cambios legislativos que pudieran incidir retroactivamente en ellas.

**Reserva de ley-reglamentos. Sala de lo Constitucional. IS001695. 00.** El reglamento puede, pues, ampliar la materia regulada por ley pero sin afectar el orden general de competencias constitucionales, apelando sencillamente a la colaboración propia de las dos fuentes normativas escritas, colaboración articulada siempre sobre la base del papel subordinado y complementario de la segunda de ellas a la primera (...) El concepto de reglamento de ejecución posee una significación típica: la ley dicta la regulación de una materia dejando a la Administración que establezca mediante un reglamento las normas necesarias para su ejecución concreta (...) La sumisión del reglamento a la ley es absoluta en varios sentidos: no se produce más que en los ámbitos que la ley le deja, no puede intentar dejar sin efecto los preceptos legales o contradecirlos –como antes se dijo– ni puede suplir a la ley allí donde ésta es necesaria para producir un determinado efecto o regular un cierto contenido (...) El texto constitucional contiene una implícita pero inequívoca opción valorativa a favor de la ley y en un relegar al reglamento a un segundo nivel, lo cual prácticamente se traduce en un principio pro lege, esto es de preferencia del empleo de norma con rango de ley; pues ley y reglamento no son instrumentos intercambiables y el principio democrático impide que la ley quede excluida de dicha disciplina (...) El reglamento de ejecución responde al principio secundum legem, dado que desarrolla y ejecuta la ley dentro de ciertos límites; la ley que ejecuta es la que determina el contenido del reglamento, pues la finalidad de éste consiste en aclarar, precisar y complementar la ley, o bien llenar y prever aquellos detalles que fueron omitidos en la misma (...) la sumisión del reglamento a la ley que ayuda a ejecutar tiene tres consecuencias: (a) el reglamento no se puede emitir más que para facilitar y asegurar la aplicación de la ley; (b) dicho reglamento no puede entrar en contradicción con los preceptos de la ley; y (c) el reglamento no puede suplir a la ley allí donde ésta no existe, aunque el presidente de la República considere necesario regular un cierto contenido (...) Las disposiciones reglamentarias no pueden regir sino hacia el futuro y el reglamento como fuente, no puede entrar a regular aspectos que explícita o implícitamente se tengan como reservados para la ley en sentido formal.

**Garantía de reserva de ley. Sala de lo Constitucional. IS23-97; 22-10-01.** 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.

**Garantía de reserva de ley-delitos. Sala de lo Constitucional. IS27-99; 06-09-01.** 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 pecunaria.

**Principio de certeza. Sentencia de la Sala de lo Penal, de las ocho horas y treinta minutos del día diecisiete de enero del dos mil tres (110-01).**

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.

**Juicio de tipicidad. Sentencia de la Sala de lo Penal, de las nueve horas del día catorce de mayo del dos mil tres (189-02).**

En ese sentido, esta Sala señala que el juicio de tipicidad acerca de la conducta atribuida a los procesados debió expresarlo el juzgador en la sentencia, posteriormente al cumplimiento de todas las etapas que integran la vista pública.

**NOTA DE ACTUALIZACIÓN.**

Conviene destacar la jerarquía esencial del principio de legalidad, como uno de los axiomas más importantes de la sistemática penal, y su conexión con todos los demás principios lo cual lo erige como principio rector. En su formulación más proverbial, dicho apotegma establece la garantía de "*Nulla poena sine lege, Nulla poena sine crimine, Nullum crimen sine poena legali*" cuya formulación corresponde a Feuerbach en el sentido siguiente: "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 von, 1989: 63).

La concepción del principio de legalidad, se fundamenta en una limitación respecto del poder configurativo del orden penal, de ahí que mediante el desarrollo de la estricta legalidad, es posible tutelar aspectos vitales del ser humano, como lo son la libertad y la igualdad (Naucke, 1999: 533/535) 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 política (Ferrajoli, 1997; 36); 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 legitimo 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 ejecutar.

Actualmente la formulación del principio de legalidad, se ha extendido a toda la sistemática penal, cubriendo todas las áreas, desde el derecho penal de fondo (parte general y especial) abarcando el ámbito del derecho procesal, del derecho de ejecución de penas, de las leyes penales especiales, y del derecho administrativo sancionador. Aquí sólo interesa destacar lo concerniente al derecho penal de fondo, y en cuanto al mismo, la construcción del principio de legalidad, impone que la ley penal en cuanto a la legitimidad de su aplicación, debe ser escrita, previa, cierta y estricta, siendo que tal cuádruple formulación es aceptada por la doctrina penal de manera unánime (Cobo del Rosal, Vives Antón, 1996; 66; Villavicencio Terreros 1997: 125; Stratenwerth 1982: 29-30).

1) Garantía de ley escrita. La primera formulación, corresponde a que no puede configurarse delito o falta, ni imponerse pena o medida de seguridad, sin ley escrita, en el precepto se dice "Nadie podrá ser sancionado por una acción u omisión

que la ley penal no haya descrito...”. Se reconoce por la extensión de este axioma, al menos dos cuestiones relevantes: a) 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 legisferante; 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 poderes, por lo cual únicamente al poder legislativo, le esta atribuida en materia de derecho penal, la creación de delitos y penas, siendo 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.

Digamos que una de las excepciones al principio de ley escrita, son las leyes penales en blanco, por estas se entiende: aquellas leyes que sólo tenían un precepto relativamente determinado, los cuales para perfeccionar de manera completa el mandato se remitían a otros textos. (Binding, 1975: 65). Es decir, las leyes penales en blanco, son supuestos de hecho, que en el tipo penal no están completos, necesitándose de una remisión a otra fuente normativa, para colmarlos en su contenido. Es importante distinguir entre leyes penales en blanco propias e impropias, puesto que las consecuencias son diferentes. Los tipos penales en blanco impropias, son aquellas que se completan, por una remisión a una fuente normativa de la misma jerarquía, y en tal sentido no presentan problemas respecto del *Nullum crimen nulla poena sine lege scripta*, por cuanto la unidad de la fuente emisora de la ley se mantiene, quedando a salvo el principio de reserva de ley como fundamento político de la separación de poderes. Son estos los casos de remisión de una norma penal a otra norma penal en la intrasistémica del código penal (como en el caso del artículo 162 CP que dice “Los delitos a que se refieren los cuatro artículos anteriores...); o de reenvío de una norma penal a otra ley secundaria (por ejemplo el artículo 224 CP que hace remisión a una ley especial).

En cambio en las llamadas leyes 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 el principio de reserva de ley, puesto que la tipicidad se termina colmando por otro órgano de poder en este 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 propias (Doval Pais, 1999: 139/156) 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 formulación (CURY, 1988: 50/54).

En atención a lo anterior se han formulado ciertas condiciones (Zuñiga Morales, 2001:26/27) 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 legisferante, en el sentido que, siendo necesario formular tipos penales en blanco, tal decisión debe respetar, como mínimo ciertos presupuestos, en la relación del 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 conducta, 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. Así, la conducta –acción u omisión–; el núcleo rector de la misma –

la construcción verbal primigenia–; la modalidad de la misma –dolosa o culposa–; la constitución de otros elementos subjetivos; el objeto jurídico de protección; la determinación de calidades especiales en la autoría; 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; (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 legisferante; (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; (V) la prohibición de doble reenvío, es decir la norma complementaria, no puede hacer un nuevo reenvío a otra fuente normativa.

b) 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*– proscribía 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*. (Jakobs, 1997: 108 a 109).

Sin embargo debe hacerse una matización, la valoración de cuestiones culturales que impacten en las cuestiones de la apreciación de la culpabilidad personal, si pueden ser apreciadas siempre que sean de favorabilidad al 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” (Jescheck, 1993: 119).

2) Garantía de ley previa. La égida de este principio, radica en la irretroactividad de la ley penal, lo cual significa que en materia de restricción de derechos fundamentales, por medio del derecho penal, la tipificación del hecho punible en cuanto delitos o faltas, y las sanciones que se les asignen ora penas o medidas de seguridad, únicamente pueden dirigirse, hacia hechos posteriores a la formulación de la conminación penal, las conductas anteriores si no están criminalizadas, no pueden ser objeto del derecho penal aunque sean contrarias a la moral, a la ética o constituyan ilicitudes no penales; en la formulación preceptiva, esta garantía se contiene en el mandato “Nadie puede ser sancionado por una acción u omisión que la ley penal no haya descrito en forma **previa**...”. Se opone este principio a la aplicación retroactiva de la ley penal, ella de ordinario es irretroactiva salvo que sea favorable al justiciable.

La irretroactividad de la ley penal por desfavorable, puede abarcar diversos supuestos: 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, etcétera, 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; c) la punibilidad 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; d) la configuración de las penas y medidas de seguridad, quedan especialmente tuteladas por este principio; siendo perjudicial, es decir más limitadora de los derechos del destinatario, las consecuencias jurídicas del delito, no pueden aplicarse de manera retroactiva, y ello vale tanto para las cuestiones cuantitativas de la pena, es decir el merecimiento en abstracto que se fija en cada tipo penal; como para las cuestiones cualitativas de la pena, es decir las formas de cumplimiento, en cuanto modalidades de ejecución penal, al ser desfavorables las mismas, no pueden aplicarse por que las condiciones cualitativas de la pena, son de la esencia de esta forma de restricción de derechos. Un ejemplo abonara a lo anterior, por decreto legislativo Número 486 del 18 de junio de 2001, se reformó el contenido de la pena de prisión, en el artículo 45 Numero (1) CP, estableciendo un régimen de internamiento especial –aislamiento– esa medida de política penal –sin considerar su constitucionalidad – es manifiestamente más restrictora de los derechos de los justiciables, en tal sentido, es desfavorable y no puede aplicarse retroactivamente a hechos anteriores a la vigencia de la misma.

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.

El otro ámbito de aplicación en materia de retroactividad, lo constituye la llamada ultractividad de la ley penal, por el cual una norma penal más favorable, que ha sido derogada, puede ser aplicada si la norma posterior es más desfavorable, la limitación más sensible que tiene la ultractividad de la ley penal, es el momento de ejecución del hecho, el cual debe haber sucedido en la vigencia de la ley anterior favorable, si ello es así la nueva norma se torna irretroactiva y la anterior se vuelve ultractiva. De ahí que, 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.

3) Garantía de ley cierta. 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 precisa, como se nota, la exigencia de esta formulación, esta explicitada sobre la actividad configurativa del legisferante, 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 descripciones de las conductas humana, con las modalidades que le sean atinentes y con la constitución de elementos verificables en la realidad; si bien es cierto, que este ámbito de exigencia, es respecto del poder legislativo en la configuración de lo punible, el control del mismo es tarea del poder judicial, puesto que la garantía de ley

cierta o mandato de certeza, como también se le conoce, esta directamente conectada en el ámbito externo, con el derecho fundamental de seguridad jurídica, los gobernados tienen el derecho a saber con la mayor asertividad, cual es el comportamiento que se prohíbe o se manda por las leyes; la oscuridad o la vaguedad en la formulación de las normas penales, compromete de lleno este principio, y en términos sistemáticos, hace ilusoria la función preventiva del derecho penal, por que quien no sabe de que debe abstenerse, como podrá cumplir la prohibición o el mandato que se le impone.

En la formulación de la garantía, el mandato de certeza se encuentra preceptuado cuando se dice que “Nadie podrá ser sancionado por una acción u omisión que la ley penal no haya **descrito** en forma previa, **precisa e inequívoca...**”. 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 legítima. 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 *typu*” (Jescheck, 1993: 223).

Tan importante es la garantía del mandato de certeza respecto del tipo penal, que modernamente, también se le señala como garantía de tipicidad, 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 taxatividad (Quintero Olivares, 1998, 122) Una ilustración clara, de estas fórmulas vagas en la tipificación son las siguientes: “el comportamiento dañoso al pueblo”; “la maquinación para alterar la energía y la pureza de los principios revolucionarios y republicanos”; “el sabotaje a la legalidad soviética o propaganda antisocialista”; estas fórmulas vacías de contenido, acuñadas de lege ferenda son similares a las utilizadas en tiempos no remotos por conminaciones penales que establecían como prohibido “la contrariedad de doctrinas anárquicas o contrarias a la democracia” o en su caso de “propaganda subversiva”; actualmente se han diseñado formulas con ese defecto de indeterminación por ejemplo: “aquella agrupación de personas que actúen para **alterar el orden público** o atentar contra el **decoro y las buenas costumbres**”; “amedrentar u hostigar de cualquier forma”etcétera.

4) Garantía de ley estricta. Dicho axioma derivado de la estricta legalidad, 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 hermenéutica judicial. Sin embargo –como se ha reconocido– 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 lenguaje (Roxin, 1997: 147; Hassemer, 1984: 336). 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 último debe enunciarse, que esta tutela reforzada del principio de legalidad en cuanto al precepto examinado, encuentra pulcramente su diseño, mediante el mandato imperativo de prohibición de aplicación analógica de la ley penal –inciso segundo del artículo 1 CP– que prohíbe no sólo la configuración de la conducta criminal, sino también la imposición de penas o medidas de seguridad por analogía. Es relevante aquí indicar, que esta garantía se circunscribe, tanto a las llamadas normas penales incompletas, que se ubican en la parte general del código penal, incluidos los mismos principios o garantías penales mínimas, que han de ser interpretadas, bajo los postulados del principio de estricta legalidad, en el



sentido de tipo garantía; como a las normas penales completas de la parte especial, que configuran los tipos penales, y de igual manera se extiende a los ámbitos de ejecución de la pena o de las medidas de seguridad.

## **ARTICULO 2.**

### **JURISPRUDENCIA:**

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

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

**La dignidad humana como limite al poder penal del Estado. Sala de lo Constitucional. IS. 15-96/16-96/17-96/19-96/20-96/21-96/23-96. Acum.** Es necesario además hacer referencia a la relación de la política criminal con los principios constitucionales; a tal fin, podemos considerar que las premisas esenciales determinadas por la Constitución para el comportamiento estatal en general, y sus concretas manifestaciones en el ámbito penal son: B. En segundo lugar, el respeto a la dignidad de la persona humana, que es, a decir del Preámbulo de la Constitución, uno de los “fundamentos de la convivencia nacional”; y a los derechos fundamentales inherentes a ella, sobre todo por que nuestra Constitución se basa en una concepción personalista o humanista que –según expone Legaz Lacambra– en su esencia “significa dos cosas: una, que el derecho es obra del hombre; otra, que el derecho está al servicio del hombre”. Tal respeto no debe limitarse a una consideración formal o retórica, sino que traducirse en una efectiva tutela a los derechos fundamentales de la persona humana.

**Primacia de la dignidad humana. Sala de lo Constitucional. IS. 15-96/16-96/17-96/19-96/20-96/21-96/23-96. Acum.** “Ello significa que la Constitución no es la mera codificación de la estructura político superior del Estado Salvadoreño; sino que, si bien define esa estructura, lo hace a partir de un determinado supuesto y con un determinado contenido. Ese supuesto radica en la soberanía popular o poder constituyente del pueblo –Art. 83 Cn– y su contenido está integrado esencial y básicamente por el reconocimiento de la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado –Art. 1 Cn– lo que conlleva a la búsqueda por la efectiva y real vigencia de los derechos fundamentales de la persona.

**Dignidad humana-derechos humanos Sala de lo Constitucional. Inc. 24-97 ac. 21-98; 26-09-00.** Son derechos fundamentales o derechos humanos los que se encuentran intrínsecamente conectados con la dignidad de la persona

humana, conexión que es deducible tanto del preámbulo de la Constitución Salvadoreña como del artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

**Dignidad-atributo de la persona. Sala de lo Constitucional. Amp. 580-98; 29-03-01.** La dignidad es un elemento perteneciente por definición, a la persona humana y siendo ésta el sustento de la estructura que conforma el cúmulo de derechos garantizados por el Estado, mal se haría en estimar que puede el mismo Estado ser titular de derechos fundamentales, como cualquier particular. (Ver también CIDH OC-4-84; 19-01-84. SER. A. No. 4)

**Principio de Dignidad humana y penas. Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador. 08-09-02.** El por que de la prohibición de las penas perpetuas explicas o implícitas, tienen un sentido en la Constitución, su decantamiento por el respeto a la dignidad humana y a la centralidad del hombre como fin del Estado, si ello es así, es obvio que la pena de prisión debe reflejar esa concepción humanista y lo hace en el art. 27 Cn cuando establece que la función de la pena de prisión será esencialmente la readaptación del condenado. Tal principio de rehabilitación de la persona condenada es transgredido flagrantemente cuando se dispone penas que generan materialmente un confinamiento de por vida del recluso, ello sin duda alguna destruye la función rehabilitadora que la pena pretende como forma de legitimación para restringir el derecho a la libertad.

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

## NOTA DE ACTUALIZACION.

Como bien se ha expuesto por Carrasco, el principio de dignidad humana, es un reconocimiento al ser humano, como centro y fin de toda actividad estatal; esta visión, es la que nutre desde la Constitución, a la garantía penal mínima de la dignidad humana, es por ello, que a estos preceptos, se les considera como normas penales constitucionalizadas, y por ende su aplicación es de máxima jerarquía, por cuanto son derivaciones directas de principios constitucionales; de ahí que sean estos axiomas, con rango de *norma normarum*, los que subyacen tras la configuración de tales garantías. La visión del principio de dignidad humana, es propia de un Estado de configuración profundamente democrático, que parte de una perspectiva humanista y personalista, por lo cual, todo el orden penal debe responder a este principio, tanto en la creación de las conminaciones penales como en la determinación y aplicación de las sanciones que se asocien a los hechos punibles (Wolter, 1995, 39/43).

El principio de dignidad humana, parte del fundamento, de que las personas están dotadas de un ámbito de libertad, por el sólo hecho de pertenecer a la especie humana, y ello les confiere un plano de dignidad, este fundamento, se ha abordado desde diversos ámbitos como lo son el religioso, el ontológico, el ético y el social; y desde todos ello no obstante su heterogeneidad, hay una puesta en común, en el sentido que los seres humanos, deben ser respetados, en cuanto a su autonomía personal derivada de sus propia dignidad, y que por lo mismo, el Estado –y aquí se incluye el poder penal– no puede asumir fines trascendentes a los de la persona humana, siendo ésta siempre, el fin inmediato de toda actividad estatal incluida la actividad sancionadora estatal.

Como consecuencia del principio de dignidad humana, pueden aproximarse los siguientes fundamentos, que permean toda la actividad normativa incluida la penal: a) En atención a la dignidad humana, la persona no puede ser discriminada, la producción normativa penal, debe respetar este ámbito de prohibición de discriminación, por cualquier motivo que sea, de tal manera que, las diferencias que se hagan en las conminaciones penales, no tienen que tener como referente, un trato discriminatorio, en cuanto afectación de derechos o libertades, en virtud de las condiciones personales, es por ello que, la tipología penal, siempre debe mantener un ámbito de generalidad, en los supuestos normativos, que impida una vocación, por formas de derecho penal de autor.

b) Que en virtud de la dignidad humana, la persona que se encuentre afectada en su condición, por circunstancias biofísicas o sociales, en ningún momento pierde dicha dignidad. En este fundamento, encuentra explicación, el inciso primero del artículo en comento; ciertamente el delito es una forma de afectación de índole ético-social, en la persona humana, que puede ver degradada en mayor o menor medida su conciencia, ante el irrespeto de los bienes jurídicos de terceros; pero no obstante ello, la atribución de la comisión un hecho delictivo, o en su caso la declaratoria de culpabilidad sobre el mismo, nunca deben significar un irrespeto a la dignidad del ser humano, aunque el mismo sea un delincuente.

c) Que en virtud de la dignidad humana, la persona no puede ser privada esencialmente en sus derechos o libertades fundamentales, las restricciones que se hagan a estos, no pueden afectar el núcleo duro de los mismos. A este fundamento, corresponde la formulación de la regla de garantía del inciso segundo del precepto, en cuanto proscribire que, las penas o medidas de seguridad, no afecten la esencia de los derechos o libertades o que por otra parte, tales sanciones no impliquen un trato inhumano degradante o cruel. Las sanciones que prevé el derecho penal, ante el delito son penas y medidas de seguridad; estas son formas de restricción de derechos o libertades de la persona, que se verá afectada por su imposición; sin embargo la restricción para ser legítima, es decir, conforme a la Constitución, debe respetar el núcleo esencial de los derechos y libertades, de ahí que, la intervención penal en el ámbito sancionatorio, únicamente, puede reducir este derecho, pero no vaciarlo de contenido, en el sentido que lo torne disfuncional en cuanto a su ejercicio o goce del mismo; la primacía de la dignidad, impide que la afectación por la coerción penal, llegue hasta esos límites, y de ahí la conexión directa, con la prohibición absoluta, de penas o medidas de seguridad, que en su contenido impliquen un trato inhumano, cruel o

degradante (Zaffaroni, Alagia, Slokar, 2000, 125) estas modalidades, son ya superlativas en cuanto a la afectación de los derechos y libertades, y se encuentran así mismo prohibidas por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 7 y por la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 5.1.2 y de manera específica en la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura, art. 2”.

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

d) que en atención a la dignidad humana, la persona no puede ser objeto de instrumentalización por el Estado, debiéndose respetar en este ámbito, la autonomía del ser humano, en cuanto la determinación de su conciencia; el hombre no puede ser tratado como un objeto por la ley (Llobet Rodríguez, 1999: 89/96). Esta idea en materia penal, tiene especial relevancia, no sólo en el aspecto de imposición de penas, sino también en el ámbito de la configuración delictiva, esta prohibido por ejemplo la criminalización de conductas auto-referentes, en cuanto importan un daño respecto del propio sujeto. En materia sancionatoria, la pena no puede tener una finalidad de imposición, ético-valorativa respecto del sujeto, no es posible la intervención en la conciencia del ser humano desconociendo la autonomía ética del mismo, de ahí que la pena aún en la versión de la prevención especial, ha superado la doctrina del tratamiento y de la sujeción para ser una oferta de no mayor desocialización que respete el marco de la autonomía personal del ser humano, así en lugar de fines de resocialización actualmente se perfilan los fines de personalización.

### **ARTICULO 3.**

#### **JURISPRUDENCIA:**

**Lesividad-antijuricidad. Sala de lo constitucional. IS. 3-92 ac. 6-92; 17-12-92.** la infracción tributaria es “de naturaleza sustancialmente idéntica a las incorporadas al Código Penal y a las leyes penales especiales, por que las circunstancias de que esas infracciones y las sanciones inherentes a ellas se contengan en leyes de tipo tributario, no altera la validez de la anterior afirmación, ya que no se debe confundir la naturaleza de las normas con la denominación de las leyes”. Y continua la cita: “Cuando una norma jurídica contempla una posible conculcación del orden jurídico y se asocia a la conducta infractora una pena, estaremos en presencia de una norma penal, y como tal habremos de calificarla, cualquiera que sea la denominación que se le de a la ley en la cual esa norma aparezca inserta. Entre los distintos argumentos que se han expuesto para fundamentar la idea contenida en el párrafo anterior, nos interesa destacar las siguientes: (a) Es decir de Soler, la ilicitud no es patrimonio del derecho penal, pues un hecho ilícito no es un hecho contrario al derecho penal sino a todo el derecho; (b) el hecho ilícito supone una norma preexistente que lo prohíbe; (c) la ley penal regula conductas humanas conforme a valoraciones determinadas en el tiempo y lugar; (d) la ilicitud está determinada por un conjunto de valoraciones tendientes a sancionar actos lesivos a la juridicidad; y (e) cuando un ilícito es tipificado en la ley se convierte en hecho punible que da lugar a una pena (...) Esta toma de posición ya había sido expuesta en décadas anteriores en Europa mediante una ilustrativa labor jurisprudencial; como consta en la sentencia del dos de marzo de mil novecientos setenta y dos, dictada por el Tribunal Supremo Español “en materia sancionatoria o correctiva, aunque se produzca en la esfera administrativa, la valoración de los hechos e interpretación de las normas se mueve en el ámbito de la potestad punitiva del Estado, cuyo ejercicio, sea cual sea la jurisdicción en que se produzca, viene sujeto a unos mismos principios

cuyo respeto legítima la imposición de las sanciones, principios establecidos en garantía del interés público y de los ciudadanos, que ha de tener en cuenta la resolución sancionadora, aunque se trate del orden administrativo, tales como que la acción ha de ser típica o prevista o descrita como tal por norma jurídica anterior, antijurídica, esto es lesiva de un bien protegido por la Ley, culpable o atribuible al autor por dolo o culpa, y no procediendo en ningún caso la interpretación extensiva, ni analógica, sino que es menester atenerse a la norma estricta”.

**Lesividad-restricción de derechos. Sala de lo Constitucional. IS. 15-96/16-96/17-96/19-96/20-96/21-96/23-96. Acum.**

Lo anterior nos dice que la libertad es restringible, pero al mismo tiempo que sólo es restringible por razones que atiendan a los valores fundamentales del sistema, lo que significa que no es restringible en virtud de razones cualquiera. Dicho en otras palabras, en la Constitución Salvadoreña, el derecho general de libertad no otorga una permisión ilimitada de hacer o no hacer lo que se quiera, sino que significa que toda persona puede hacer u omitir lo que quiera en la medida en que razones suficientes –consagración normativa de protección a terceros o de interés general– no justifiquen una restricción a la libertad (...) Ya que constitucionalmente se exige –según lo dicho arriba– que toda restricción de la libertad evidencie una razón suficiente o justificada, es imperativo deducir que todas aquellas restricciones a la libertad que sean arbitrarias o carentes de fundamentación son violatorias de la Constitución. Relacionando esta conclusión con la dignidad, es dable afirmar que toda restricción arbitraria o infundada de la libertad es contradictoria de la dignidad humana.

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

Asimismo esta Sala advierte que el cheque es un título valor que hace nacer derechos de cumplimiento de obligaciones para los acreedores, donde aparece siempre el riesgo de que los deudores no cumplan con la prestación debida. Sin embargo el Derecho Penal no puede forzar el cumplimiento de obligaciones, tampoco la ley penal no puede imponer costumbres o consolidar determinadas formas de negocio, ni mucho menos moralizar ni ser medio coercitivo para institucionalizar el chantaje.

El derecho penal en la protección del orden socio-económico, como bien jurídico supraindividual, articula instrumentos como el principio de lesividad regulado en nuestro Código Penal en el Art. 3. De ahí que deba justificarse la intervención punitiva del Estado, sólo en aquellos casos donde se traspasa los límites de la libertad contractual y del poder de disposición, sustrayéndose dolosamente –Art. 4 CP– del cumplimiento de las obligaciones o vulnerando el derecho de crédito con prácticas -se reitera- que se infiera el conocimiento y voluntad de querer sustraer dentro de un contexto determinado, donde los remedios del derecho civil o mercantil ya no son suficientes (...) La interpretación del tipo penal naturalmente como norma jurídica se dinamiza con la realidad, donde se desenvuelven las conductas humanas, factor determinante para establecer si una conducta está o no conforme con el tipo penal.

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

## NOTA DE ACTUALIZACION.

La determinación del principio de lesividad del bien jurídico, es otra limitación a la potestad del *ius puniendi* estatal, dicho brocardo, también es conocido como principio de objetividad o lesividad material, y es un enunciado del derecho penal nuclear (Nestler, 1999: 64) que tiene su raigambre más clásico, en la separación que debe mediar entre derecho penal y moral, expresándose bajo el apotegma latino *Nullum crimen nulla poena sine inuria*, a partir del cual, se reconocen por lo menos dos garantías fundamentales: 1) la primera de ellas, esta sustentada en la exigencia que, la construcción de conductas delictivas, es legítima siempre que el tipo penal, este sustentado sobre la tutela de bienes jurídicos relevantes para el derecho penal (Cadavid, 1998: 42) con lo cual se indica, que la tipificación de conductas, que no resguarden bienes jurídicos, afectan la dimensión del principio de lesividad, el cual esta estrechamente vinculado, a los principios de fragmentariedad y subsidiariedad del derecho penal, que lo circunscriben a la última forma de intervención (Kayber, 1999: 150) de ahí que, no todos los bienes jurídicos deben ser protegido por el derecho penal, y aún cuando el interés jurídico de protección sea valioso, éste no puede ser tutelado de todas las formas de ataque, sino únicamente de aquellas que por su forma más intensa, representen ataques intolerables respecto de la protección de los bienes jurídicos, en suma un tipo penal, sin el sustrato del bien jurídico, es ilegítimo desde el orden constitucional, el derecho penal democrático debe respetar el principio de lesividad (Dall'anese, 2001: 60; 2) La restante dimensión del principio de lesividad, esta orientada ya al aspecto de punición, y desde este ámbito, la mera infracción normativa no supone ya la concurrencia de un injusto penal, de ahí que, no es viable imponer penas o medidas de seguridad, cuando la conducta transgresora de una norma jurídico penal, ni siquiera ha puesto en riesgo al objeto de protección, es por ello que, el principio de lesividad no sólo se colma con el desvalor de acción, sino que se requiere también la concurrencia del desvalor de resultado por lo menos en grado de peligro, es por ello que, en un derecho penal democrático, la mera infidelidad normativa no puede ser el fundamento de la punición, aunque ello signifique un desvalor ético de la conducta, éste –ciertamente– es importante, pero esta complementado por la vigencia de lesividad de los bienes jurídicos; claro ejemplo de ello, es la punibilidad del denominado delito imposible. En este contexto, debe manejarse, la reforma que sufriera el artículo en comento, al cual le fue suprimida la connotación del peligro efectivo, quedando únicamente la exigencia de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, en este aspecto priva siempre, la noción de antijuricidad material, que implica que el hecho es antijurídico no sólo por que sea contrario a un precepto penal, sino por que además también lo pone en peligro, si ni siquiera existe ese riesgo, no concurre un ilícito jurídico penal. De ahí que el derecho penal orientado democráticamente tienda a la protección de bienes jurídicos y no a la tutela de funciones (Moccia, 1997: 118/119)

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

A las funciones del bien jurídico, correctamente señaladas en los comentarios primigenios en el sentido de constituir el bien jurídico: a) un límite al poder penal; b) una instrumento de interpretación; y c) un criterio de aplicación de pena; añadimos dos aspectos más: la primera, orientada a la función crítica que desempeña el bien jurídico, el cual destaca en la etapa de

elaboración del merecimiento en abstracto, y el mismo esta orientado a la configuración de la política penal como forma de la política criminal, en tal sentido, únicamente a partir de la noción de bien jurídico, es posible responder racionalmente, por que ciertos intereses vitales, deben ser protegidos por el derecho penal, y ello lleva consigo la exigencia, de revisión genuina de las consecuencias que generan las normas penales, sin cuyo conocimiento la reforma del derecho penal, no alcanza el nivel de eficacia, que no debe quedar subordinado al aspecto meramente simbólico del derecho penal.

Correlativo a la función crítica del bien jurídico, discurre la función de legitimación del derecho penal, por que todo orden penal democrático debe estar legitimado, en tal sentido el bien jurídico, es un parámetro de legitimación de la sistemática penal, que no se justifica únicamente por su contenido axiológico, sino por el sustrato material que las colma de contenido, y que las dota de una verdadera validez, desde una concepción de Estado Constitucional, en ese entramado, la participación ciudadana y el pluralismo político, son esenciales en la escogitación de los bienes jurídicos, que deben defenderse por intermedio del derecho penal.

En cuanto a la función de interpretación, es conveniente agregar que al constituir el bien jurídico el sustrato de los tipos penales, en el sentido de ¿por que razones se tutelan ciertos intereses vitales?, esta noción, da la pauta, para que el objeto de protección, se erija en un instrumento de interpretación, orientado teleológicamente, con lo cual se rebasa el estudio formal de la norma jurídico-penal, quedando incluida en la valoración de la misma, el aspecto lesivo, el cual constituye un elemento esencial en la formación del injusto penal, cuando es ponderado de manera proporcional, haciendo compatible el aspecto subjetivo con el objetivo. Por último, dos cuestiones, es necesaria la distinción entre injusto y culpabilidad, que un hecho sea típico y además antijurídico, todavía no es fundamento de la pena, por cuanto además, debe predicarse la culpabilidad del injusto jurídico penal (Schünemann, 1995:217/218). La segunda cuestión atañe a que, los bienes jurídicos que admiten tutela, pueden ser de naturaleza individual, colectiva o de connotación difusa, pero aún, en estos dos últimos modelos de protección, debe haber una referente básico de carácter antropocéntrico de los bienes jurídicos, cuando el mismo falta, hay afectación al principio de objetividad, puesto que ya no se tutelan bienes jurídicos.

#### **ARTICULO 4.**

##### **JURISPRUDENCIA:**

**Reconocimiento del principio de culpabilidad en la Constitución. Sala de lo Constitucional IS. 3-92 ac. 6-92; 17-12-92.** La idea expuesta en el acápite precedente significa como ineludible derivación que el vocablo delito consignado en el Art. 12 inciso primero de la Constitución debe entenderse no en sentido estricto, sino como indicativo de un ilícito o injusto típico, esto es conducta humana que en virtud del mandato legal se hace reprochable a efecto de su sanción; incluyéndose en este concepto a las infracciones administrativas y específicamente a las tributarias. Esta equiparación que no puede hacerse más que por el rasero de la teoría general del delito implica que los principios del Derecho Administrativo sancionatorio son los que se sistematizan en el derecho penal de aplicación judicial, en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto (...) Podemos asegurar entonces, sin ambages, que en materia administrativa sancionadora es aplicable el principio nulla poena sine culpa; lo que excluye cualquier forma de responsabilidad objetiva, pues el dolo o culpa constituyen un elemento básico de la infracción tributaria. El jurista español José María Paz Rubio –profesor del Centro de Estudios Judiciales de Madrid– en conferencia dictada recientemente en el país, al referirse al principio de culpabilidad en relación a la Constitución acertadamente sostuvo “Eso quiere decir que la pena sólo se puede imponer a la persona culpable, o sea que es necesario que se base en el principio de culpabilidad y aquí llama la atención que la Constitución de El Salvador es de las pocas constituciones que garantizan el principio de culpabilidad en el primer inciso del Art. 12 de la Constitución. Por lo tanto no podría imponerse una pena en base a criterios de responsabilidad objetiva (...)

**Construcción de la culpabilidad. Sala de lo Constitucional. HS010700. 00.** Es preciso aclarar que tal como se dijo en la sentencia de Hábeas Corpus N° 381-99: "... La Sala de lo Constitucional considera que solo después de una sentencia pronunciada luego de un juicio público se puede declarar la culpabilidad de una persona, rompiendo así su estado de inocencia. Esta culpabilidad debe ser jurídicamente construida, lo que implica un grado de certeza determinado; pues de lo contrario en aquellos casos en los cuales no se tenga la certeza suficiente para probar algo en contra del imputado o para condenarlo, es decir, que exista duda, debe aplicarse lo más favorable a él –principio indubio pro reo–.

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

**Prueba de dolo. Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador. 04-01-99.** El dolo como elemento de la tipicidad subjetiva debe acreditarse por prueba exterior objetiva y no sólo deducirse, de tal manera que es válido, para acreditar el dolo, los elementos indiciarios a partir de pruebas concretas –testimonios, pericias, inspecciones– pero tal deducción lógica propias de los indicios y de la valoración de sana crítica debe ser indubitable, es decir, debe dejar en el ánimo de los jueces, la certidumbre de que los hechos han ocurrido así y de ninguna otra manera.

**Dolo natural. Tribunal de Sentencia de San Vicente. 22-01-99; 23-02-99; 09-04-99.** Para que haya acción, no únicamente requiere conocimiento de ella, sino además voluntad de cometer tal conducta, o que con la acción realizada por el sujeto activo, éste asuma el riesgo que su conducta pueda producir, aspecto que en dogmática penal se conoce como dolo natural.

#### **NOTA DE ACTUALIZACION.**

El primer punto a destacar, es el rango constitucional del denominado principio de culpabilidad, en este aspecto la Constitución salvadoreña, es de los pocos ordenamientos que de manera expresa, reconocen la vigencia de dicho principio al exigirse en el artículo 12 Cn la demostración de la culpabilidad, tal garantía junto a la presunción de inocencia, fue una feliz recepción del artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que reza: "Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley en juicio



público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa” y que de manera inédita fue asumida por la Constitución de 1983.

Debe indicarse, que la formulación del precepto, que manda que no se impongan penas ni medidas de seguridad –en su actual versión– si la acción u omisión no se ha cometido con dolo o culpa, es una variación del clásico principio de culpabilidad, que en sus orígenes, para limitar el objetivismo penal, exigió que para imponerse pena, la conducta debía ser realizada con dolo o culpa, ese es el axioma del principio “*Nulla poena sine culpa*”, que de manera inmediata, reconoce el artículo en comento. Sin embargo, debe considerarse que en la actualidad, el principio de culpabilidad, ya no se agota únicamente en esta consecuencia, sino que ha ido alcanzando diversos niveles de protección, los cuales se derivan precisamente, de su formulación de índole constitucional, que como tal, erige un concepto indeterminado –en este caso la culpabilidad– que permite colmarlo de diferentes contenidos, de acuerdo a las realidades históricas que se desarrollen, en tal sentido, al principio de culpabilidad, actualmente se le reconocen diversas formas de garantía, que se exponen de manera sucinta, las cuales se desarrollarán cuando corresponda; de previo, si es conveniente resaltar, los dos grandes fundamentos en los cuales descansa la garantía de culpabilidad. La primera de ellas, esta erigida sobre la base, que a nadie puede imponérsele una pena, si el hecho cometido no lo ha sido de manera culpable, en tal sentido, el injusto penal no es suficiente para que a una persona se le imponga una pena, el hecho debe ser atribuido culpablemente (Stratenwerth, 1991: 54). El segundo fundamento radica, en que la pena que se imponga debe ser proporcional a la culpabilidad (García Aran, 1997:72/77) de ahí que, tal principio mantenga el límite de la sanción penal, el cual es irreductible, y no puede ser rebasado ni por efectos preventivo generales ni por efectos preventivo especiales, la culpabilidad es el límite indisponible para la pena, involucrando tanto el merecimiento de pena en abstracto, como en concreto, de esta forma es que el principio de culpabilidad se erige como límite al poder penal sancionador (Künsemüller Loebenfelder 2002: 64/65)

La actual formulación del principio de culpabilidad, pasa por reconocer diversos sub-principios, que a continuación se detallan: a) el principio de personalidad de la culpabilidad y de la pena; b) el principio de responsabilidad por el hecho, el cual da paso al derecho penal de acto y proscribire todo derecho penal de autor; c) el principio de dolo o culpa; d) el principio de proporcionalidad de las penas; e) el principio de culpabilidad en sentido estricto; f) el principio de presunción de inocencia material.

En este apartado, únicamente se desarrollara lo conveniente al principio de dolo o culpa, sobre el mismo, es conveniente indicar los siguientes aspectos: I) una de las exigencias del principio *Nulla poena sine culpa* es la necesidad de una conducta, vinculada al axioma *Nullum crimen sine conducta* por que como se hace notar, en el artículo en comento, el dolo o la culpa se exigen de la acción u omisión, sin embargo el alcance de este precepto se desarrollará en el artículo 18 CP, valga aquí únicamente destacar su estrecha vinculación con el principio de culpabilidad.

II) El principio de que no hay pena sin culpa, es de rancio abolengo, así se cita a Jousse con la máxima penal “la où il n’y a point de dol , il n’y a point de crime et par consequent il ne peut pas y avoir de peine” “allí donde no hay dolo no hay crimen y por consiguiente no puede haber una pena” (Schurmann Pacheco, 1985: 34) dicho principio, se erige como un límite al objetivismo penal, por lo que su fundamento radica en una doble dimensión. La primera, garantiza que la configuración de los tipos penales en cuanto construcciones normativas, no pueden ser estructurados mediante fórmulas que entrañen cuestiones de responsabilidad objetiva, en cualquiera de sus manifestaciones, ora que se trate de delitos calificados por el resultado, ora que se trate de delitos preterintencionales; de ahí que, la agravación en la pena, por el resultado objetivo no cubierto por la imputación subjetiva del agente, esta desterrado de un derecho penal que como el nuestro, reconoce la vigencia del principio de culpabilidad. Los delitos calificados por el resultado son “vástagos del objetivismo penal”, y se entiende por ellos, aquellos delitos que tienen asignada una penalidad más grave, cuando en la ejecución de un hecho doloso, se ocasionan resultados más graves, aunque los mismos no hallan sido ni asumidos ni previstos por el autor; de ahí

que lo que se sanciona, con un carácter más enérgico, sea el resultado sobrevenido y no la intención del agente, en virtud de que ese resultado, es el fruto de la ejecución de una conducta en el ámbito de la ilicitud, por lo que se pretenden cubrir, todas las consecuencias nocivas que se deriven de tal actuación ilícita, esa es precisamente la base del brocardo “*versanti in re illicita etiam imputatur*” o “al que se mueve en lo ilícito hasta la causalidad le es imputable”.

La segunda dimensión, se extiende respecto del hecho cometido, y garantiza que a nadie puede imponérsele ni pena ni medida de seguridad, si la conducta no ha sido realizada con dolo o culpa, únicamente puede ser típica, aquella conducta que se comete dolosa o culposamente; de ahí que haya una exigencia a que las acciones u omisiones, deben ser realizadas por el sujeto mediante dolo o culpa; con ello se prohíbe, la imputación de un resultado que no este gobernado por el dolo, o que pueda atribuirse según culpa, como se advertirá, se vuelve en este ámbito a un equilibrio, entre objetivismo y subjetivismo, el mero hecho del resultado, tampoco por si sólo funda la imputación del tipo penal.

Conviene destacar en este comentario, dos cuestiones que son esenciales: 1°) una de ellas es hacer notar, que la exigencia del dolo o la culpa, se hace precisamente de la acción u omisión, de ahí que la ubicación del dolo y de la culpa sea precisamente en el ámbito de la tipicidad, que en este caso tendrá una construcción dual, entre tipo objetivo y tipo subjetivo, el ámbito del dolo y de la culpa, corresponde precisamente a la estructura del tipo subjetivo –esa al menos es la posición de la doctrina mayoritaria– por lo que, los mismos no son ya formas de culpabilidad como se sostenía en la visión del “tipo simple”.

Del precepto que se examina, se entiende que la exigencia de dolo o culpa, subyace sobre la acción u omisión, es decir que la conducta ejecutada debe serlo de manera dolosa o de manera culposa, en tal sentido si no concurre dolo o culpa, la conducta no es típica, puesto que aunque se tenga colmada la tipicidad objetiva, falta la concurrencia de la tipicidad subjetiva en cualquiera de las modalidades indicadas. Pero además, esta precisión que se hace de ubicar el dolo y la culpa, en sede de tipicidad respecto de su entorno subjetivo y no en sede de culpabilidad, encuentra apoyo sistemático en el código penal, a partir de la teoría del error, que se establece en el artículo 28 CP, y que distingue entre lo que la doctrina califica como error de tipo y error de prohibición, distinguiendo la ubicación de cada uno de ellos, y de los efectos que se producen, así el error de tipo excluye la tipicidad si es invencible, y cuando no lo es permite imputar –si es posible– una conducta culposa. En cambio el error de prohibición si es invencible o vencible deja intacto el dolo, con lo cual es plausible concluir, que éste elemento no se corresponde con la culpabilidad, por que son otros los motivos que la fundan o excluyen. En igual sentido, tratándose del dolo, la sistemática del código respecto del delito imperfecto, permite deducir la ubicación del dolo en sede de tipicidad.

2°) La otra cuestión a resaltar, es que la exigencia de que la acción o la omisión, sea cometida con dolo o con culpa, no sólo esta referida a la imposición de una pena, sino que también esta articulada, como exigencia para imponer una medida de seguridad; sin duda este es un gran aporte del derecho penal humanitario, que permite hacer descender el énfasis, que se dispensa al peligrosismo, como fundamento de la imposición de medidas de seguridad, relativizando la afora de la *Temibilita*; de ahí que, la égida del principio de culpabilidad, en su sentido pleno y maximizado como garantía constitucional, permite también la tutela del inimputable, en aquellas consecuencias de la garantía de culpabilidad que le sean aplicables, de ahí que, se requiera que para imponer medidas de seguridad al inimputable, éste debe haber cometido el acto dolosa o culposamente, lo cual es razonable si –como lo expresamos– se trabaja con un dolo avalorado, ello también es congruente con los aspectos propios de la inimputabilidad, que presenta en las causas que la originan una enorme variabilidad en cuanto a las afectaciones psíquicas de la persona.

Se pretende por el legisferante, dar una denominación de responsabilidad objetiva, para la intelección de la misma, el referente debe de ser el principio de culpabilidad, por que es a partir de éste, que queda proscriba todo tipo de responsabilidad objetiva, y ello se corresponde no sólo con las conductas dolosas, sino también con las conductas

culposas, ambas quedan amparadas por la exigencia, de que las acciones u omisiones sean cometidas, o bien dolosamente o bien culposamente, ninguna de ellas queda excluida del axioma, por ende queda prohibida “toda forma de responsabilidad objetiva”; es decir, cualquiera sea la forma en que se manifieste la responsabilidad por el resultado, sin atender a los ámbitos de imputación subjetiva, la misma esta desterrada del derecho penal, puesto que la garantía de culpabilidad –es bueno aquí recordarlo– asume rango constitucional.

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

Otra cuestión relevante, que se deriva del supuesto normativo, es la vinculación de la causalidad, en este caso derivada de la composición: “el resultado material a la que está unido causal o normativamente el hecho realizado por el sujeto”. Atañe este tópico, a un tema nada pacífico, que se construye sobre el nexo de causalidad en el delito. Parece indicarse de la construcción normativa, dos formas de causalidad, una de ellas propiamente ontológica y otra de índole valorativa. La cuestión es álgida, por el tema polémico de la imputación objetiva, no obstante, merece ser tratado –aun en apretado epitome– por su relevancia, pero por una cuestión de sistemática con los comentarios será abordado en el artículo 19. La exigencia de una causalidad naturalista, es un punto indiscutible incluso para los que se manejan en el ámbito de la imputación objetiva, digámoslo así, la premisa básica de la imputación del resultado a la conducta parte de este dimensión de lo fáctico.

**EL DOLO.** La referencia al dolo por los comentaristas en este precepto, permite que en este ámbito se consideren algunas cuestiones relevantes sobre el mismo. El dolo pertenece al aspecto subjetivo del tipo penal –de entre otros elementos de la misma índole– y es la forma más usual de imputación subjetiva, en la tipificación de los delitos. El dolo es el conocimiento y voluntad de realizar la conducta determinada en el tipo objetivo. Así se indica que por dolo debe entenderse “la voluntad consciente de realizar el tipo objetivo de un delito” (Terradillos Basoco, 2001: 102); así la conducta dolosa, acontece cuando el agente conoce el hecho, y además quiere su realización o cuando acepta tal realización previéndola como posible. La

ubicación del dolo en sede tipicidad en su ámbito subjetivo, significa que el dolo no es ya una forma de culpabilidad, por lo tanto se trata de lo que la doctrina entiende como dolo “avalorado”, es decir libre del conocimiento de la ilicitud que queda reservado para la culpabilidad.

Si realizar una conducta dolosa, significa realizar la conducta tipificada en la norma penal, conociendo lo que se hace y queriendo además realizarlo, es necesario señalar, que el dolo se integra por dos elementos, uno de ellos es de carácter intelectual o cognoscitivo y se vincula al conocimiento de la realidad que percibe el sujeto, de ahí la caracterización de elemento cognitivo –el sujeto conoce la realidad que le circunda– el otro elemento es el denominado volitivo y ésta vinculado al querer de realización, es decir a la voluntad de hacer o no hacer (Garibaldi, Pitlevnik, 2002: 42/45)

El elemento cognoscitivo, es por así decirlo, el momento intelectual del dolo y comprende: a) el conocimiento de todas las circunstancias del hecho; b) la previsibilidad del desarrollo del evento que se ejecutó, incluida la causalidad; c) el conocimiento del resultado. De ahí que al elemento de conocimiento que requiere el dolo, hace necesario que el sujeto conozca, los elementos que constituyen el tipo penal. Este conocimiento debe ser efectivo y actual y no potencial (Righi, 2002: 32/33) lo que significa, que debe tratarse de un conocimiento efectivo que inclusive puede ser actualizable; esto último significa, que dicho conocimiento debe preexistir y además ser conocido, y aunque no se considere al momento de ejecutar el acto, se sabe sobre el hecho que se ejecuta. El dolo debe abarcar los diversos elementos que estructuran el tipo penal, tanto aquellos de índole descriptivos, como los normativos –aunque respecto de los elementos normativos existe una renovada discusión sobre los ámbitos de consideración– además debe cubrir, las circunstancias genéricas o específicas que concurren como agravantes al tipo penal, e inclusive debe abarcar los elementos subjetivos del tipo penal distintos del dolo. Debe señalarse que sobre el conocimiento de estos elementos, por parte del sujeto no se requiere una intelección técnico-jurídica, sino sólo un conocimiento natural, que es lo que se ha denominado “valoración en la esfera del profano”.

El dolo además se estructura por el elemento volitivo o conativo. Es decir, con la voluntad de querer realizar la conducta prohibida por el tipo penal, o de incumplir el mandato que impone; este elemento es trascendental en la configuración del dolo, por que a partir de la concurrencia del llamado elemento conativo, es posible entender que para configurar al dolo, no es suficiente el conocimiento del hecho, es decir de los elementos del tipo penal y de la precisión de su desarrollo, sino que es necesario que el sujeto decida cometer el hecho, es éste el segundo momento del dolo, que del conocimiento completo del hecho pasa a su realización voluntaria.

De los alcances del elemento volitivo, parte la diferenciación mas proverbial que se hace sobre el dolo, en el sentido de entender un dolo directo o de primer grado, un dolo de consecuencias necesarias o de segundo grado, y un dolo eventual. El dolo directo se dice asume dos modalidades el dolo directo o inmediato (de primer grado) es aquel en el cual el agente, persigue de manera directa la realización del hecho típico, por ejemplo el sujeto quiere matar a Pedro y lo mata.

En cambio en el dolo directo de segundo grado (mediato) también conocido como de consecuencias necesarias, el autor para realizar la finalidad delictiva que se ha propuesto –cometer un hecho punible– asume los efectos concomitantes, que se deriven de manera inevitable del desarrollo de sus actos. El ejemplo oportuno es quien para matar a una persona que esta en una fiesta, lanza una potente granada, asumiendo no solo la muerte del enemigo, sino también la de los demás parroquianos que ahí se encuentren.

Punto esencial, es la consideración del denominado dolo eventual, y la relevancia de este arquetipo, radica en su íntima vinculación con la llamada culpa representada. Dolo eventual es aquel, en el cual el sujeto se representa la posibilidad de un resultado correlativo al desarrollo de sus actos, y tal resultado lo incluye en su voluntad de realización. El punto medular, es saber si el agente quiso realizar el hecho, y para ello es imprescindible determinar cual fue su actitud, frente a la posible realización del resultado. De ahí surgen dos planteamientos, uno de ellos se finca en la aprobación interior del sujeto de la posible realización del tipo penal, y se requiere que el sujeto halla asentido el probable resultado; como dicha opción pone

su énfasis en el elemento volitivo del dolo, dicha teoría se conoce como del consentimiento. La segunda opción es la llamada teoría de la probabilidad, para la cual, sólo es suficiente la representación que el autor se haga del hecho, como eventualmente realizable, para que se confirme el dolo, esta teoría toma como fundamento el aspecto cognoscitivo. Últimamente se ha formulado una teoría mixta, por la cual para que concurra dolo eventual, el agente debe de manera sincrética, haberse representado la realización del tipo penal, y haberse conformado al menos con dicha representación, con ello se pretende ponderar los criterios del asentimiento y la representación, puesto que ciertamente como se ha señalado respecto de las teorías del consentimiento y la probabilidad se ha llegado a una especie de “consenso divergente” (Ragués I. Vallés, 1999:80/81). Por último respecto del dolo concurren diversas clasificaciones algunas de las cuales podrían tener cierta trascendencia, es por ello que al menos se mencionan: el llamado *dolus antecedens* o dolo antecedente y el dolo *subsequens* o dolo subsiguiente; el dolo reiterado, el dolo de ímpetu, dolo de propósito; dolo de lesión y dolo de peligro; dolo general y dolo específico; y el llamado dolo alternativo (ANTOLISEI, 1998: 251 ss).

## **ARTICULO 5.**

### **JURISPRUDENCIA:**

#### **Principio de Proporcionalidad de la pena. Sala de lo Constitucional. IS. 15-96/16-96/17-96/19-96/20-96/21-96/23-96.**

**Acum.** 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.

#### **Prohibición de penas desproporcionadas. Sala de lo Constitucional. IS. 15-96/16-96/17-96/19-96/20-96/21-96/23-96.**

**Acum.** 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, por tanto, errónea la consideración según la cual es al juzgador a quien le corresponde, haciendo uso de la sana crítica, ponderar y medir la razonabilidad y proporcionalidad de la pena, ya que tal función se ve considerablemente reducida si la ley penal ya le ha determinado al juzgador un parámetro desproporcionado para la individualización e imposición de la pena. 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 delincuentes– 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.

**Necesidad de la pena. Sentencia de la Sala de lo Penal, de las ocho horas del día dieciséis de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (222-99).**

Que no es necesaria la aplicación de la pena de prisión al condenado, por tratarse de una persona de la tercera edad, en quién la prisión no tendría ningún efecto preventivo especial.

**Principio de necesidad de la pena. Sentencia pronunciada por el Tribunal de Sentencia, Usulután, 16/02/00.** En cuanto a la pena a aplicar, es de considerar por parte del juez, el hecho que el imputado ya se encuentre condenado a treinta años de prisión por la comisión de otro delito, por lo cual resulta intrascendente e irrelevante pronunciarse al respecto. Lo anterior basado en el artículo 45 inciso 1° del Código Penal, del cual se deduce que la pena máxima de prisión a imponer a una persona por la comisión de un ilícito es de treinta años, por lo que sería intrascendente imponer una pena en tal caso.

**Proporcionalidad-medidas de seguridad. Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador 21-09-01.** 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.

**NOTA DE ACTUALIZACION.**

El principio de necesidad de la pena o de prohibición de exceso, es una clara manifestación del principio de culpabilidad, precisamente en el sub-principio de la proporcionalidad, 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 la cuestión de la proporcionalidad, surgió de la necesidad de graduar la medidas asegurativas, que tenían una dirección indeterminada, propia de la ideología del tratamiento terapéutico. Corresponde aquí examinar la dimensión del principio de necesidad, 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.

A) En cuanto a la necesidad de pena, debe precisarse que este principio que indica que las penas y medidas de seguridad únicamente deben ser impuestas cuando sean necesarias, esta erigido sobre el principio de mínima intervención del derecho penal, que en este caso se refiere a la utilización de *última ratio* de las coerciones materiales, de ahí que, la imposición de una pena o medida de seguridad, debe ser una especie de último recurso, esta dirección tendrá una manifestación dicotómica, por una parte, la cuestión de prescindir de la imposición de una pena; por otra parte la cuestión de mutación de la pena de una que es más restrictiva a otra menos lesiva, dentro de esta modalidad queda comprendida la ejecución de la pena a la que se alude en los comentarios originales.

En cuanto a la necesidad de la pena, debe despejarse un mito hasta hace poco lustros imperante en el ámbito del sistema penal, en el sentido que al delito cometido culpablemente, inexorablemente debería corresponder la imposición y ejecución de una pena, en una especie de retribucionismo absoluto, para purgar completamente la culpabilidad, mediante la imposición de la pena, ante la lesión a la “majestad del derecho”. 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. Actualmente el panorama de la necesidad de la pena, se vislumbra bastante permeado, tanto en el ámbito del derecho penal de fondo como el ámbito del derecho procesal penal; ello es necesario mencionarlo, para dar una idea más acabada, de que la aporía de la imposición y cumplimiento de una pena ante el delito, es una cuestión bastante relativizada.

Así en el ámbito del derecho procesal penal, campea por ejemplo el criterio de oportunidad, que por diferentes motivos, impide la continuación del ejercicio de la acción penal para inquirir una sanción penal, las causas de procedencia son diferentes: la insignificancia del hecho, lo exiguo de la contribución del partícipe, la mínima culpabilidad; el llamado derecho premial; la denominada pena natural; la ejecución de penas de largo alcance. También enerva la persecución penal y la expectativa de una pena, las formas de justicia restitutiva o reparatoria, la denominada “probation”, la revocación de la instancia particular, el régimen del perdón para ciertos delitos. La nota particular para todas estas formas, es que se enerva el ejercicio de la acción penal, es decir, de la persecución del delito, tal panorama, es una muestra importante de la flexibilización del principio de imposición de pena, como una consecuencia ineludible ante la manifestación del delito y aunque pertenezcan estos modelos al ámbito procesal, la unificación intra-sistemática del orden penal justifica su invocación.

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 periodo terminal, artículo 108 CP; así como el caso de perdón judicial fundado en los artículos 82 y 96 número 7 CP.

Sin embargo, 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 proporcionalidad, es posible no imponer pena o medida de seguridad cuando estas no sean necesarias, y fuera de los casos que se han enunciado *supra*. La cuestión es de vital importancia, si partimos de una construcción integrativa de la pena en cuanto a su fundamentación, ello podría ser posible; 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 –que en nuestra opinión– 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 en el programa 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 Cn. De ahí 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 pena, esta es una derivación propia de la limitación del poder penal en virtud de los principios (Roxin, 2000: 72/73).

Bajo este esquema, la pena si es posible por una parte que descienda por abajo del grado de culpabilidad, si así lo aconsejan, situaciones de prevención especial y no se encuentra afectada los aspectos de prevención general; de igual manera puede prescindirse de la pena, si esta es innecesaria de acuerdo a los fines de prevención especial, y se mantiene incólume los parámetros de prevención general. Esta formulación 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 sea de utilidad. Y de acuerdo a los fines preventivos generales positivos, la no imposición de pena, trastocaría la igualdad del derecho penal. Pero para estas decisiones, 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. Obviamente, el punto esencial es, que parámetros podrían asumirse para determinarse un criterio de necesidad de pena en su merecimiento concreto, lo extenso del tópico desbordan las posibilidades de estos comentarios.

B) 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 abstracto. 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 fije al tipo penal; 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 legislferante, pero la jurisdicción no es ajena a esta problemática, por que aun respetando el amplio margen de libertad configurativa, que tiene el legislferante en la determinación de lo punible, corresponde al poder judicial, ejercer el control de constitucionalidad sobre este aspecto tan esencial, y esta labor de control de la normativa infra-constitucional respecto de la normativa constitucional por mandato del constituyente puede ejercerse desde una forma concentrada –Sala Constitucional– o desde el control difuso de la constitucionalidad –la jurisdicción ordinaria que deba pronunciarse sobre la aplicación de las normas– enjuiciando no sólo los hechos sino la validez del derecho que se aplica.

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 determinación, 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. Sin embargo, conviene hacer una puntualización a la diferenciación del merecimiento de pena, en el aspecto en el denominado ámbito externo, el cual esta garantizado por el principio de culpabilidad, y la transgresión a dicha regla significara la alteración sustancial de dicha garantía; hay aspectos en la sistemática del delito que deben estar completamente diferenciados en materia de determinación de pena así: (1) las penas deparadas para los delitos dolosos deben tener una extensión mayor que la de los delitos culposos en el rango de su especie y en su interconexión de tutela de bienes; (2) la penas dispensadas para los autores deben ser diferenciadas en cuanto a su gravedad para la pena de los partícipes; (3) la pena del delito consumado debe ser distinta en cuanto a gravedad de la pena de la tentativa; (4) la penalidad de la tentativa debe ser de mayor gravedad y nunca igual a la pena de las resoluciones manifestadas, conspiración y proposición en la misma especie de delitos; (5) las penas de los delitos de lesión deben diferenciarse en cuanto a su mayor gravedad de las penas de los delitos de peligro; (6) la escala de jerarquía de los bienes jurídicos debe ser un rector de la penalidad, los merecimientos deben ser diferenciados entre bienes jurídicos individuales, colectivo y difusos; las aproximaciones que se hagan de mayor o menor gravedad han de tener en cuenta la relación de los bienes comunitarios, con el mayor acercamiento a la base de un derecho individual.



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 culpabilidad, 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 readaptación, bajo el fundamento del principio de resocialización (Silva Sánchez, 1992: 263) constituyen las pautas que marcan la fundamentación de la pena, respecto de la graduación del ilícito culpable, en este ámbito, la jurisdicción esta obligado 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.

Concierne abordar ahora, la cuestión de la imposición de medidas de seguridad, como parte del principio de prohibición de exceso, 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-humanista. 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 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.

Un segundo punto que debe examinarse, es la duración de la medida de seguridad a imponer, para ello es acertada en principio la referencia que hace el comentarista original, de tener como parámetros los límites en abstracto que se determinan a partir del tipo penal cometido, 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; se prohíbe con ello la indeterminación de la medida de seguridad, pero dicho parámetro de contención, no significa que al inimputable, por el hecho cometido tenga que imponérsele el máximo del periodo que fija la determinación del tipo penal, 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 limite 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 lo no capacidad de culpabilidad del justiciable.

Un tercer punto 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 acción (Choclán Montalvo, 1999: 17/21). Sin embargo, entiendo que la imposición de medidas de seguridad, no es posible, en atención a por lo menos dos razones poderosas incardinadas 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 faltas (Sánchez Escobar, 2002: 114/118 ). 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 evitar el principio de necesidad, con lo cual reafirmamos la opinión de que las faltas penales están excluidas de la imposición de medidas asegurativas.

## **ARTICULO 6.**

### **JURISPRUDENCIA:**

#### **Aplicación de garantías penales mínimas a medidas de seguridad. Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador.**

**17-07-01.** En conclusión tratándose de inimputables a quienes se enjuicia para la posible imposición de medidas de seguridad, es presupuesto de la imposición de la consecuencia jurídica la comprobación –sin duda razonable– de la totalidad del injusto, es decir, que debe probarse todos los elementos de la tipicidad, tanto la objetiva –dentro de estos la autoría– como subjetiva y de igual manera ha de probarse que el comportamiento ha sido antijurídico. Las garantías penales mínimas de *Nulnm crimen, nulla poena, sine actione, sine injuria y sine culpa*, son predicables tanto para los imputables como para los inimputables, no pudiendo hacerse distinciones, respecto de las mismas, en el sentido que dichos principios sólo protegen a imputables y no a inimputables, pues ello supondría –de verificarse – un tratamiento desigual e incluso discriminatorio que lesionaría el artículo 3 Cn. (...) Como se expresó también deben observarse –sin excepción – los principios del derecho penal material que se aludieron en párrafos que preceden, por que a partir de ellos se proscribía la responsabilidad objetiva y las meras infracciones normativas, sin afectación a bienes jurídicos respecto de los inimputables, con lo cual estamos indicando que la peligrosidad no es el fundamento de la imposición de medidas de seguridad, sino que el cimiento de las mismas lo constituye el injusto; tal intelección procede precisamente de los principios de legalidad, lesividad y responsabilidad garantías penales mínimas contenidas en los arts. 1, 3, y 4 del Código Penal y además del principio de proporcionalidad en sentido estricto, que se desarrolla a partir del principio de necesidad, respecto de las medidas asegurativas, consignadas en el mismo *corpus iuris*.

### **NOTA DE ACTUALIZACION.**

Conviene destacar en este apartado, la preeminencia de los principios, entendidos como enunciados rectores que sistematizan todo el *corpus* normativo, debe también hacerse énfasis en la jerarquía de dichos principios, lo cuales les concede una fuerza normativa especial, que encuentra su correcta expresión en la frase “serán aplicables siempre”, tal imperatividad, deviene de la fuente de la cual, se derivan los axiomas que funcionan como garantías penales mínimas, la cual es la Constitución, de ahí que, son los principios constitucionales los que se han normativizado en la ley secundaria. El principio de legalidad deviene del artículo 15 y 21 Cn; el principio de dignidad humana es una derivación del artículo 1; el principio de lesividad se origina del artículo 2 Cn; y los principios de responsabilidad y necesidad, son derivaciones propias del principio de culpabilidad incardinado en el artículo 12 Cn, de ahí la prerrogativa de dichos principios, en cuanto a su aplicación para todo el cuerpo normativo del Código penal, tanto en los aspectos de la denominada parte general en todos sus ámbitos, como la designada como parte especial, se encuentran subordinados a los principios como garantías mínimas (Muñoz Campos, Durán Ramírez, 2002: 169); y es que no debe olvidarse que los principios precisamente tienen por finalidad, el instaurar límites al ejercicio de las potestades punitivas del Estado (Prittwitz, 1999: 435/441) guareciendo a los

gobernados, de las intervenciones autoritarias o excesivas del poder estatal; sólo reconociéndose esos límites, puede hablarse de un Estado Constitucional y democrático. En materia penal los principios han sido definidos como aquellos “axiomas fundantes forjados por el hombre desde tiempo inmemorial que convertidos en patrimonio común de los pueblos civilizados, permiten orientar y encausar el derecho represivo por senderos de justicia y seguridad jurídica” (Velásquez V, 1997: 256).

Quizá convenga ser aún mas categóricos, respecto de los principios para evitar confusiones; en cuanto a la intelección del inciso segundo del precepto examinado, acierta plenamente el comentarista cuando indica, que el “segundo párrafo se refiere a un concepto distinto”, vinculándolo a las normas generales del código; ello permite elucidar que los principios como garantías penales mínimas, serán aplicables siempre tanto al código penal como a las leyes especiales, en este punto no hay excepciones. En lo concerniente a las normas de la parte general, únicamente conviene señalar, que su no aplicación se deviene de que en las leyes especiales, se hallan estructurado normas generales, que sean disímiles en sus contenidos, respecto de los que se han acordado para las normas de la parte general del código penal, empero sino se ha estructurado una parte general en las leyes especiales, las normas penales incompletas, le son aplicables, si por su propia naturaleza pueden adaptarse a los tipos penales que se configuren en las leyes especiales, y ello es así, por que, por ejemplo, en un tipo penal de peligro, no podrá aplicarse la figura de la tentativa. Sin embargo, debe repararse en una última situación que si es esencial, y que no puede ser rebasada por las normas de las leyes especiales, aunque sean desemejantes; en la parte general existen normas, que son también derivaciones implícitas de las consecuencias de los principios penales, y si ese es el caso, la norma que tiene a su base un principio, debe ser observada, por ejemplo el que el delito imposible no sea punible, descansa en el fundamento del principio de lesividad, la distinción de la pena de los partícipes y los autores descansa en el axioma del principio de culpabilidad, en casos de esa índole –es nuestra opinión– que debe aplicarse la norma general del código penal aunque sea diferente a la adoptada por las leyes especiales, puesto que el sustrato de la norma penal esta cimentado por una consecuencia de un principio constitucional.

## **ARTICULO 7.**

### **JURISPRUDENCIA:**

**Criterio de Consunción. Sentencia de la Sala de lo Penal, de la ocho horas del día dieciocho de febrero del dos mil tres (166-02).**

Con base a la doctrina penal entendemos que habrá concurso aparente de leyes penales cuando el contenido ilícito de un hecho punible ya está contenido en otro y, por lo tanto, el autor ha cometido una lesión de la ley penal. Esta situación se da cuando en los tipos penales que serían aplicables al caso concreto existe una relación de especialidad, o de subsidiaridad, o de consunción. En otras palabras si la conducta del autor se subsume bajo varios supuestos de hecho -tipos penales- y el contenido delictivo, sin embargo, es absorbido con la aplicación de uno o de algunos de ellos, de manera que los restantes se deben dejar de lado. Esta es la idea básica sobre la que reposa el concurso aparente de leyes: En este sentido la consecuencia practica del concurso de leyes reside en que solo es aplicable la pena del delito que desplaza a los otros y, además, en la determinación de esa pena, no debe computarse otras violaciones de la ley cerrando de esa forma la posibilidad de un Bis In Idem.

**Principio de especialidad. Sentencia de la Sala de lo Penal, de las doce horas del día veintidós de mayo de dos mil uno.** Por otra parte debe repararse en la circunstancia que el actuar difamatorio estará dado bajo la figura típica y no por la ley procesal, la que regula el mecanismo de aplicación dela norma sustantiva, esto se dice en atención a que la figura del tipo de desacato, tiene un carácter especial frente a la Difamación, puesto que en el Desacato, el sujeto pasivo de la misma

puede ser un Juez, mientras que en la Difamación no se requiere ostentar calidad especial alguna, estas aseveraciones son congruentes con el principio de especialidad, regulado en el art. 7 no. 1, que expresa que “el precepto especial se aplicará con preferencia al precepto general”, igualmente con el principio de legalidad, art. 1 Pn.

#### NOTA DE ACTUALIZACION.

Conviene aquí hacer unas adiciones a los comentarios originales, primero señalar, que el concurso aparente de leyes o de tipos penales, ocurre cuando hay un fenómeno de concurrencia –sólo en apariencia– de diversos tipos penales, como si concurriese un concurso ideal, pero un análisis detenido de la tipología penal y un uso adecuado del juicio de tipicidad, permitirán concluir que sólo se trata de la concurrencia, de un determinado tipo penal. Para determinar el examen mediante el concurso aparente de leyes, debe tenerse en cuenta los presupuestos siguientes: a) debe requerirse unidad de acción, puesto que la esencia del concurso aparente, es la posibilidad de que una acción, encaje en más de un tipo penal, debe aquí recordarse, que el criterio de unidad de acción, no se corresponde con el de pluralidad de actos físicos, de ahí que, aunque hallan diversos actos musculares o físicos, esto no importa *per se* pluralidad de acciones; b) a la conducta desarrollada, deben corresponder en abstracto, la posibilidad de adecuación de varios tipos penales, de los cuales sólo uno o algunos serán aplicables; c) por regla general, el sujeto activo debe ser unitario, a menos que las conductas sean posibles de ser cometidas pluralmente, y de encajar en varios supuestos normativos de manera aparente.

Los principios que se establecen en el precepto son los siguientes: 1) el denominado principio de especialidad, por el cual cuando un supuesto de hecho, repite alguno o algunos de los elementos del tipo penal, o calidades del autor, de una manera más precisa o especial, de la que están reguladas en el otro tipo penal, que es de carácter más general; en estos casos, se aplica la tipología especial sobre la general, de ahí que la aplicación del tipo penal que es más genérico, ceda ante el tipo penal que tiene mayor especialidad en su construcción; es por ello que deviene el apotegma *lex specialis derogat legi generali*, el cual dicho sea de paso, no se refiere a la distinción entre leyes especiales y generales, en su sentido tradicional, de que las primeras están fuera del código penal, sino a la especialidad en la construcción típica, de la cual, tampoco en un momento dado podrían estar exentas las leyes especiales, y por ende de ser sujetas de un concurso aparente de tipos penales. Un ejemplo, quizá abonen a aclarar el panorama, si una persona por motivos pícticos, da muerte a ruego a un consanguíneo gravemente enfermo, el hecho en teoría podría ser adecuado a un supuesto de homicidio agravado por el parentesco, pero la especialidad de los motivos –entre otros– permite que la figura se adecue con mayor precisión al tipo penal de homicidio piadoso.

2) El principio de subsidiariedad, implica la utilización auxiliar de un supuesto típico, cuando no intervenga otro tipo penal, que de manera principal abarque la conducta, de ahí que, siempre el tipo penal que es subsidiario o accesorio, será desplazado por el tipo penal que de manera principal, permite adecuar la tipicidad; esa es la expresión del brocardo *lex primaria derogat legi subsidiariae*. La regla de subsidiariedad, tiene una connotación especial, no es una regla de subordinación sino de interferencia (Jescheck, 1993: 672) lo cual significa, que la primacía de este principio, radica en resolver concursos aparentes de tipos penales, en los cuales concurren diversos grados de afectación del bien jurídico, que discurren de una gravedad leve a una gravedad mayor, en tal sentido, los tipos subsidiarios ceden ante la interrupción del tipo principal, bueno es acotar, que la ofensividad puede ser vertical, por la intensidad del daño respecto del bien jurídico, que podría hacer operar una interferencia de un tipo penal a otro; o puede tratarse de un ofensividad horizontal, en la idea del *iter críminis* que también en su caso podría generar desplazamientos de normas subsidiarias a primarias.

Como bien se ha expresado por el comentarista original, la subsidiariedad puede ser expresa o tácita. Es expresa, cuando el legisferante de manera específica la declara en el supuesto de hecho del tipo penal, y para ello se utilizan fórmulas en el sentido de: “cuando el delito no está sancionado con una pena mas grave o una pena mayor”, cláusulas de esa índole

estarán decantando una subsidiariedad expresa, son ejemplos de ella: el delito de violencia intrafamiliar –art. 200 CP– el; o por la frase “los hechos o el hecho se considerará por regla general –art. 147-A CP– ; o cuando la subsidiariedad se declara específicamente en la descripción típica –art. 243 inciso final CP– .

En cambio la subsidiariedad tacita, es aquella que se encuentra de manera latente en los tipos penales, y debe por ende ser deducida de la interpretación de la norma. Tal modalidad es susceptible de asumir cuatro formas: (1) por una parte la de los llamados actos co-penados sean previos o cuando se esta ante la figura de un delito de pasaje. Tiene relevancia, la vinculación de los actos previos, que puede por un lado constituir actos preparatorios para un delito, aunque dichos actos de preparación gocen de una autonomía penal, que normalmente siempre será de peligro, en estos casos el acto co-penado anterior es desplazado por el tipo principal, por lo que el delito de peligro no concurrirá al ser un hecho subsidiario, esta formas se presentan en la mayoría de “delitos de tenencia”. (2) el otro tipo de subsidiariedad tacita, radica en un carácter personal de ejecución, en los casos de concurso de personas, cuando el sujeto, realiza actos propios de autoría y de participación, en tal caso los actos más graves se erigen como principales, ante los de menor gravedad; (3) los tipos penales dolosos desplazan a los culposos; (4) los delitos desplazan a las faltas.

3) Principio de consunción. Esta regla, determina que la realización de un tipo penal, de mayor gravedad, absorbe a los supuestos de hecho de menor gravedad, de ahí que, siempre se aplica el precepto más grave, que en su desvalor ha consumido ya el de otros tipos penales, por ello es que en estos casos, el índice de pena se encuentra siempre más desvalorado, producto de incorporar un desvalor adicional de otra norma, que ya no será aplicable rige aquí el principio *lex consumens derogat legi comsumptae* . Son formas de consunción, los denominados actos copenados posteriores, destinados por el agente, a asegurar los efectos del delito, que se han obtenido, mediante la ejecución del delito precedente; tales actos quedaran consumidos por el delito antecedente, siempre que los mismos no afecten un bien jurídico autónomo, y además en esa ofensa no generen una desvalor cuantitativamente desproporcional, sin embargo el criterio de autonomía del bien jurídico, es relativo, puesto que no siempre que concorra separación de bienes jurídicos habrá concurso ideal, y por el contrario concurrirá un concurso aparente, pesa a la heterogeneidad de los intereses jurídicos, sirva sólo indicar que el criterio del bien jurídico no funciona como un expansor de la punibilidad, y que precisamente significa un límite al poder de penalizar, pero además es importante reconocer conforme al principio de culpabilidad, la prohibición de la doble desvalorización, con ello se indica que lo que sirve de base para la punibilidad, de una conducta –el fundamento del desvalor – ya no puede ser nuevamente considerado para configurar un nuevo desvalor ni como elemento central, ni como elemento agravatorio.

La otra forma de manifestarse, del criterio de consunción, es el de los actos típicos acompañantes, por los cuales, el delito ulterior, requiere del recorrido de varias acciones, que conforman a su vez tipos penales independientes, en una consideración abstracta, los cuales son necesarios para alcanzar la ejecución del delito posterior, por lo que también, integran la estructura del tipo penal, de ahí que, en la descripción típica del hecho que es complejo, los restantes hechos quedan ya consumidos, tal absorción de la complejidad, puede derivarse del supuesto de hecho o de una calificante especial, normalmente el hecho complejo, siempre tendrá una mayor penalidad, por que absorberá el desvalor del hecho, que ha sido consumido. Ejemplos claros son la concurrencia en el robo de amenazas, coacciones, de lesiones incorporadas al elemento violencia; o en el mismo delito de robo la utilización de armas de fuego como agravante especial, consume el delito de tenencia, portación o conducción ilegal de armas de fuego; en el delito de homicidio consumado o imperfecto, las lesiones que se causen quedan consumidas por aquel. En el delito de violación se consumen las agresiones sexuales coetáneas. En el delito de hurto o hurto agravado la violación de morada.

Otra forma de apareamiento de la consunción, es la que ocurre en los tipos penales alternativos, en los cuales, la pluralidad de conductas realizadas, no importa una nueva comisión de delitos, por que en ellos, basta que se realice uno de los

supuestos típicos, para que se entienda configurada la tipicidad, de ahí que, la ejecución de otras formas del mismo supuesto de hecho, no multiplican la tipicidad, un solo hecho consume la conducta típica.

Uno de los fundamentos del concurso aparente de leyes o normas penales, radica en la prohibición, de penalizar doblemente o múltiplemente un único hecho, esta garantía es una derivación del axioma de la culpabilidad, en el subprincipio de proporcionalidad, puesto que resulta irrazonable, que a una persona le sean impuestas diversas penas, ante la subsunción de la conducta, en varios tipos penales, cuando el hecho generador es uno sólo, y este puede reconducirse a una exclusiva tipicidad, que desvalora de manera completa la conducta del justiciable, de ahí que, el concurso aparente de normas, es un excelente instrumento para evitar estas múltiples penalizaciones, y ello no es cuestión baladí, en la realidad, se imputan a partir de una conducta, diversas calificaciones de delitos, los cuales inclusive llegan a juicio con esa multiplicidad de imputaciones, cuando la conducta únicamente, puede ser adecuada típicamente a una sola imputación, según el caso de que se trate, en tal sentido, parece ser que hay una disfunción, en cuanto a la función teleológica del bien jurídico, por que se parte del hecho, que si hay distintos bienes jurídicos comprometidos, inexorablemente deben haberse cometido diversos delitos; esa línea de orientación me parece deficitaria, por cuanto el bien jurídico es un criterio limitador, y no expansivo del derecho penal, el hecho de que una conducta afecte distintos bienes, no necesariamente hace surgir la multiplicidad de delitos, en el sentido de un concurso delictivo. Precisamente, para evitar esos excesos, es que se utiliza el concurso aparente de normas. Además, otra cuestión importante en el mismo sentido preindicado, es que por medio del concurso de leyes, es posible dar una mayor vigencia a la garantía de *Ne bis in idem*, que también es un axioma, que complementa el principio de estricta legalidad, por que no es posible, que una persona sea perseguida o sancionada doble o múltiplemente por un solo hecho, que se tipifica en un único delito, ello es compatible con la concepción de prohibición de múltiple persecución penal, que adopta nuestra Constitución en el artículo 11, por cuanto no asimila una formula restringida de *Ne bis in idem*, vinculándolo a la “cosa juzgada”, sino que la hace descansar en la prohibición de doble enjuiciamiento, de tal manera que, sí esta prohibido el ser “enjuiciado dos veces por la misma causa”, con mucha más razón, está prohibido también, no sólo el doble procesamiento, sino también y con mayor razón, la posibilidad de una doble condena por un mismo hecho, de ahí la importancia, de un instrumento racionalizador de la tipicidad, como lo es el concurso aparente de normas penales.

## **ARTICULO 8.**

### **JURISPRUDENCIA:**

### **NOTA DE ACTUALIZACION.**

La aplicación de la ley, se refiere a dos ámbitos de validez, que están interrelacionados, la aplicación de la ley penal en el espacio y el tiempo. En este caso, se esta ante el llamado principio rector, que es el de territorialidad (una forma de *ius solius*) que en primer lugar, reconoce que, a todo hecho punible cometido en el territorio, debe aplicársele de ordinario la ley penal, sin embargo, también se tiene a cuenta que el acontecer del delito, puede perfectamente involucrar a dos o más Estados, ora que el delito se comience a ejecutar en un territorio, y el resultado acontezca en otro o viceversa. El fundamento del principio de territorialidad, ha sido correctamente invocado por el comentarista original, y reside en la plenitud de la soberanía, como expresión de la misma, la ley penal del Estado, se aplicara a los hechos cometidos en el territorio nacional, o en los lugares sometidos a la jurisdicción del país. De ahí, conforme al principio de territorialidad, la ley penal se aplica ordinariamente a todos los habitantes con capacidad penal sean nacionales o extranjeros, sin hacer tampoco acepciones de quien es la víctima por el hecho cometido.

El concepto de territorio, esta necesariamente vinculado a la configuración que de él haga la Constitución y de ello se comprende: 1) la parte continental; 2) el territorio insular; 3) las aguas territoriales, incluidas las comunitarias del Golfo de

Fonseca; 5) el espacio aéreo; 6) el subsuelo; 7) la plataforma continental e insular; 8) el mar, el subsuelo y el lecho marino, hasta una distancia de 200 millas marinas desde la más baja marea según el derecho internacional.

Conviene –con las limitaciones del caso– apostillar algunas breves consideraciones sobre los componentes del territorio: a) La parte continental, se corresponde al suelo territorial o espacio geográfico natural, que esta constituida por la superficie de la tierra la cual alcanza hasta las demarcaciones fronterizas. El subsuelo constituye la dimensión terráquea que esta por debajo del suelo y que se prolonga verticalmente hasta el centro de la tierra; b) las aguas territoriales, son las aguas del mar que mojan las costas y que incluyen conforme a la “Convención del Mar”, la llamada “zona contigua”, que no puede rebasar las 24 millas marinas; c) la plataforma continental, es la parte submarina que esta en inmediato contacto con la línea de la costa, y su profundidad depende de regulaciones internacionales; d) el alcance territorial, que nuestra Carta Magna, da a las doscientas millas marinas constituye la llamada zona de exclusión económica; e) el espacio aéreo, es una zona en la cual también se ejerce territorialidad y comprende además del espacio aéreo propio, la atmósfera, la cual se encuentra limitada por el espacio sideral que es de codominio de todas las naciones. Un aspecto novedoso, dentro del espacio aéreo, es el espacio electromagnético, que esta constituido por la diáspora del conjunto de radiaciones de naturaleza electromagnética, por medio de la cual, el Estado recibe y difunde las ondas televisivas, radiales y satelitales.

Un aspecto importante a considerar, es el evento de que el hecho punible, pueda suceder en una embajada o en sede diplomática, sujeta a las reglas especiales de territorialidad, por ejemplo un homicidio que se comete en una embajada que esta acreditada en El Salvador; la ficción de territorialidad podría excluir de la aplicación de la ley salvadoreña a la persona que en dicho lugar cometió el delito y si la persona queda sujeta a la ley del país de ese lugar.

Los presupuestos para aplicar la ley penal salvadoreña, en virtud del principio de territorialidad serian los siguientes: 1) que el delito se halla cometido totalmente en el territorio; 2) que el delito se haya cometido parcialmente en el territorio, lo cual puede involucrar, que la ejecución del delito inicie en El Salvador, y se consume fuera del territorio, o a la inversa que el inicio de ejecución sea en el exterior, y el desarrollo de la ejecución, o la consumación del delito acaezca en el territorio del país; 3) que el delito suceda, en lugar sometido a la jurisdicción de El Salvador; 4) que tratándose de faltas, únicamente si su comisión se realiza en el territorio.

Debe indicarse, que en la tipología penal, no todos los tipos penales, estarán dotados de la capacidad, de poder ejecutarse en países distintos, en el sentido de iniciar su ejecución en un determinado territorio, y continuarse ejecutando o consumarse en otro. Por ello, es conveniente debe tenerse en cuenta que clase de delitos que podrían tener esa cualidad típica de extender su ejecución. Sin embargo, debe considerarse como casos especiales las realidades de la denominada delincuencia no convencional, que precisamente, uno de los paradigmas que desarticula es el de la aplicación de la ley penal en el tiempo y el espacio.

## **ARTICULO 9.**

### **JURISPRUDENCIA:**

**Nacionalidad. Sala de lo Constitucional. IS15-1995; 23-04-01.** La nacionalidad es el vinculo que une a una persona determinada con un Estado particular, fija su pertenencia a dicho Estado, le da derechos a reclamar la protección del mismo y la somete a las obligaciones impuestas por sus leyes. La nacionalidad no puede ser concebida como un derecho fundamental, sencillamente porque ésta no es una situación activa de poder concreto oponible al Estado o a otros particulares, sino una cualidad o estado de la persona. Aunque no existe un derecho fundamental a la nacionalidad protegible en el ámbito constitucional de un modo expreso y autónomo, como situación jurídica fundamental que es, siempre puede ser protegida de un modo directo cuando su afectación acarrea como consecuencia la imposibilidad de ejercer determinados derechos fundamentales.

#### **NOTA DE ACTUALIZACION.**

El principio de nacionalidad, también llamado de personalidad, permite por una ficción, que la ley penal, “siga” a sus nacionales, en el sentido de hacer prevalecer sus mandatos, tanto en cuanto incriminaciones activas como pasivas. Es este principio de carácter extraterritorial, por el cual, se permite imputar conductas delictivas, derivadas de la ley penal salvadoreña, a los hechos que los salvadoreños cometan en el extranjero, o a los cometidos contra salvadoreños. Es conveniente indicar, que este principio, asume dos arquetipos distintos, según sea la concurrencia del nacional en el hecho delictivo. Si el nacional, interviene como autor o participe en el delito, se da el principio de nacionalidad activa; por el contrario, si la ubicación del nacional es como víctima del hecho delictivo, se da el principio de personalidad pasiva. Las consecuencias de esta diferenciación, no son ociosas en la dogmática, si concurre el principio de personalidad activa la ley penal, se aplica sin importar quien es el titular del bien jurídico afectado, siempre que el bien jurídico sea objeto de tutela efectiva por las leyes salvadoreñas, lo cual incluye la extensión del tipo penal. Un ejemplo, podría aclarar lo anterior, si un nacional causa la muerte de un extranjero en el extranjero, el objeto de protección tiene una simétrica tutela en el delito de homicidio, por tanto la ley penal es aplicable. Si un nacional falsifica moneda extranjera en un país extranjero, tal objeto de la acción –la moneda– no esta resguardado por el bien jurídico, en este caso, fe publica del país, y a ese hecho no puede aplicarse la ley penal salvadoreña. En cambio si concurre el supuesto de personalidad pasiva la ley penal salvadoreña sólo es aplicable a la comisión del delito que perjudique bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento jurídico penal salvadoreño.

#### **ARTICULO 10.**

##### **JURISPRUDENCIA:**

#### **NOTA DE ACTUALIZACION.**

El principio de universalidad, también conocido como de justicia universal o de extraterritorialidad absoluta, se finca, en el principio de solidaridad entre los estados ante el fenómeno del delito; en este caso se aplica la ley penal salvadoreña, sin distinción de personas que participen en la comisión de los hechos, ni de los lugares en los cuales, las acciones u omisiones se realicen; la única limitación, se corresponde a la peculiaridad de los delitos que se tutelan, mediante la aplicación del principio de universalidad, puesto que no se trata de cualquier ilícito penal, sino que tiene que tener una caracterización normativa especial, que ya se ha tratado por el comentario original; y solamente corresponde agregar una cuestión de perogrullo, el hecho que se persiga por la ley penal debe estar construido con precisión en la tipología penal salvadoreña, vale decir por ejemplo el delito de Genocidio que se encuentra regulado 361 CP o el desaparecimiento forzado de personas que esta tipificado en el artículo 365 CP. Junto al principio de universalidad es importante recordar el principio de imprescriptibilidad conforme a las normas del derecho internacional, aspecto que será oportunamente abordado en otro comentario.

#### **ARTICULO 11.**

##### **JURISPRUDENCIA:**

#### **NOTA DE ACTUALIZACION.**

Quizá convenga señalar aquí algunas cuestiones a los comentarios originales, cuyo contenido esencial se comparten ampliamente. La excepción a la aplicación de la ley nacional, y la preeminencia de una ley extranjera, únicamente puede ser concebida si parte del principio de favorabilidad en el sentido de aplicar la ley más benigna. Si ello es así, el alcance de la aplicación normativa, esta supeditado casi con exclusividad, a las consecuencias jurídicas del delito; es decir la benignidad



de la ley deberá en principio estar limitada a la sanción, y es que ello, parece razonable si se tiene en cuenta que la aplicación de una norma penal, pasa por la posibilidad de su conocimiento, de ahí que el mismo merme, si se trata de una incriminación de leyes extranjeras; obviamente, también es punto importante, el principio de reserva de ley, que en nuestro medio esta consagrado para el poder legislativo salvadoreño, de ahí que la referencia que se haga a la ley vigente del lugar del hecho punible, pase por estas consideraciones; en virtud de lo anterior, es que el supuesto segundo del artículo en comento, no puede entenderse como una forma de aplicar la ley extranjera, aunque fuera menos favorable que la salvadoreña, por que además de perderse el supuesto de excepción, como lo es la favorabilidad, único que le da cierto grado de legitimación, se cernirían de manera más aguda los problemas enunciados de conocimiento de la ley, pero sobre todo de aplicación de una norma penal, por un órgano de poder, que no es el reservado para dictarla, y que sea aplicada por la jurisdicción nacional. Por último, la intelección de la última frase, que coincidimos es umbría, también podría dar lugar a la cuestión, de la extradición pero de extranjeros nunca de nacionales y ello es plausible, por que en los dos supuestos normativos invocados por el artículo 11 CP, es posible que personas extranjeras, se encuentren en dicha situación, el caso del principio de personalidad pasiva es uno de ellos, en los cuales, el extranjero, puede haber cometido fuera del territorio un delito contra una persona salvadoreña, o el caso del principio de universalidad. Si es oportuno recalcar que en caso de nacionales la extradición no esta permitida y el supuesto no es aplicable.

## **ARTICULO 12.**

### **JURISPRUDENCIA:**

**Principio de vigencia. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Inc. 3-86.** Toda nueva ley que se emita es con la convicción de que regulara mejor las relaciones jurídicas de la que esta llamada a reemplazar, por lo cual su aplicación debe ser inmediata, sin afectar por supuesto, los derechos adquiridos bajo la vigencia de la antigua ley. De lo contrario si se lesionare un verdadero derecho nacido bajo la ley anterior, se atentaría contra la seguridad y confianza que los gobernados tienen en el imperio de las leyes existentes. Ello es así pues el principio de irretroactividad de las leyes es consecuencia directa de la garantía de seguridad jurídica, que exige que las situaciones o derechos creados o surgidos al amparo de un ordenamiento jurídico vigente, no sean modificados por una norma surgida posteriormente”.

### **NOTA ACTUALIZADA.**

Los comentarios originales son lo suficiente claros en este aspecto, por lo que únicamente deberán exponerse unas adendas. Los dos primeros incisos, tratan del tiempo del hecho punible, vinculándolo a la acción y omisión, bajo la regla de que, el hecho se estima realizado en el momento en que sucede la acción o la omisión, y esta última bajo la particularidad, que se estima realizada, en el momento en que debió haberse realizado la acción que se omitió. Especial relevancia tiene el tiempo del hecho punible, para determinar, cuando se estima cometido el hecho, bajo el aforismo *tempus commissi delicti*, en relación, a la ley aplicable al momento de la comisión del hecho delictivo, que se rige por el principio *tempus regit actum* (artículo 13 CP) salvo que concurra un concurso de leyes, situación en la cual, la favorabilidad de la norma penal, decidirá su retroactividad o ultractividad. El problema ciertamente se suscita, con la complejidad de la conducta delictiva, por que no todos los tipos penales, responden a una estructura simple de ejecución y consumación. De ahí que, es acertada la invocación por el comentarista original de los supuestos de delitos permanentes, que son aquellos que extienden sus efectos en el tiempo pero debe a su vez distinguirse: a) entre delitos de efectos permanentes, en los cuales, la conducta del agente, se renueva de manera continua en el tiempo, postergando su consumación, propios de estos casos son la privación de libertad, el secuestro, etcétera; b) de los delitos de estado permanente, que únicamente extienden en el tiempo, un estado derivado de la comisión del delito, pero no su consumación, en el sentido de renovar la ejecución del mismo, puesto

que estos, si alcanzan la consumación sin extenderla permanentemente, y lo único que extienden es un estado. Propios de estos delitos son las falsedades documentales, la bigamia, el uso de documento falso, etcétera. Igual complejidad con la aplicación de la ley penal en el tiempo, presenta el delito continuado, cuando en dichos casos de permanencia o continuidad delictiva, ocurre un concurso de leyes de diferente entidad.

Ante tal situación, el código ha tomado una opción, y es la de dar cabida a la denominada “teoría de la conducta”, por la cual el hecho –como acción u omisión– se entiende cometido, en el momento en el cual se produjo la expresión de voluntad, sea acción u la omisión de la acción debida, independientemente del momento en el cual acaezca el resultado. De ahí que, en los supuestos de continuidad delictiva o de delitos de efectos permanentes, el tiempo de la acción, estará constreñido a la norma más favorable, puesto que la acción se ejecuta en ambos periodos. En caso de los delitos a distancia –que son aquellos que se inicia la ejecución en un tiempo y lugar diferente, y el resultado si se verifica ocurre en otro tiempo y lugar diferente– el hecho se considera cometido cuando se realizó la acción, independiente del tiempo del resultado, de ahí que la norma aplicable sea la del tiempo de la comisión, salvo favorabilidad posterior.

Un último punto, respecto de esta temática, es la dimensión que puede alcanzar el principio de conducta, al oponerse al principio del resultado, en cuanto al tiempo del delito, por ejemplo, en un delito de homicidio imperfecto, el acusado es juzgado y condenado por ese delito, posteriormente la víctima fallece a consecuencia de la lesión causada –digamos pasó un periodo dilatado en coma – a tales efectos la imputación es inmodificable, pesan aquí los efectos de la cosa juzgada.

En cuanto al lugar del hecho punible, debe señalarse que de manera similar, a la del tiempo del hecho punible, se proponen por la doctrina distintas teorías, para resolver los problemas que se devengan, siendo estas la teoría de la acción, la de el resultado, y la de la ubicuidad, que atiende a una formula mixta al considerar tanto el lugar de la acción u omisión como donde ocurra el resultado; es esta última la que adopta el código, al considerar ambos supuestos y únicamente en cuanto a la omisión, se adopta como lugar del hecho aquel en el cual debió haberse realizado la acción omitida.

Como corolario, deberá indicarse que nuestro código penal, no sigue la doctrina de los delitos de hábito, vinculados a la habitualidad delictiva, por ser una tendencia totalmente opuesta al principio de culpabilidad, ya que se trata de una clara manifestación de derecho penal autoral.

## **ARTICULO 13.**

### **JURISPRUDENCIA:**

**Ultractividad de la ley penal. Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador. 13-05-02.** Actualmente la reforma del artículo 71 vigente desde el nueve de agosto del año dos mil uno acuerda una pena de prisión cumulativa para el caso del concurso real de setenta y cinco años de prisión –norma que es de dudosa constitucionalidad– no tiene aplicación en el presente caso, puesto que en el campo del derecho penal se impone el principio de estricta legalidad, siendo una de las manifestaciones del mismo el *Nullum crimen, nulla poena sine lege praevia* lo cual indica que ni la tipificación, ni la pena, como creaciones legislativas posteriores a la ejecución del delito, pueden aplicarse retroactivamente cuando son desfavorables; es decir: cuando limitan más un derecho o una garantía fundamental del acusado. Este brocardo está estatuido en el artículo 15 Cn y en los artículos 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 9 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Fiel expresión de todos ellos, es el artículo 1 del CP, (...) Para garantizar el apotegma anterior, en el artículo 13 CP se establece el principio de irretroactividad al decir que “Los hechos punibles serán sancionados de acuerdo con la ley vigente al tiempo de su comisión” lo cual se complementa con el principio de la ultractividad –art. 14 CP– que es una expresión de la favorabilidad de la norma en el sentido que si la norma que se ha derogado o reformado y que estaba vigente al momento de la comisión del hecho, era más beneficiosa para el imputado

que la norma posterior, es decir que era menos restrictiva de sus derechos o garantías fundamentales, se aplicará la norma anterior, la cual se aplicará de manera ultractiva.

**Aplicación del principio de irretroactividad de la ley penal-habilitación de la ultraactividad de la ley favorable.**

**Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador. 09-10-02.** Sobre todos esos hechos, se indica que estaba vigente la pena en el delito de secuestro de diez a veinte años de prisión, por que todos ellos suceden durante el año dos mil, y también estaba vigente para esa época; la pena unificada del concurso real de delitos, que indica que la misma no excederá de treinta años de prisión, conforme a la regla del artículo 71 del CP, que tampoco estaba reformado. Todas esas normas deben aplicarse ultractivamente por que eran las vigentes al momento de cometerse los delitos que nos ocupan y, aunque actualmente, las mismas han sido objeto de reformas, la retroactividad de la ley penal más perjudicial está proscribida conforme lo dispone el art. 21 de la Constitución, que prohíbe que las leyes tengan efecto retroactivos –salvo que en materia penal fueren favorables a los justiciables– y en este caso, son desfavorables, pues incorporan penas más severas, las mismas entonces son irretroactivas, conforme al principio de legalidad que establece el *nulla poena sine lege praevia*.

**NOTA DE ACTUALIZACION.**

Los comentarios que se realizaron respecto del principio de legalidad, en su consecuencia de que no hay crimen ni pena sin ley previa, a son totalmente aplicables a este precepto; quizás valga la pena únicamente remarcar, que este principio de irretroactividad de la ley penal, abarca no sólo a los supuestos de hecho de los tipos penales, sino también a las consecuencias jurídicas, es decir a las penas o medidas de seguridad, y que de estas, la garantía se extiende por igual tanto al aspecto cuantitativo de la pena como a su contenido cualitativo, es decir la forma de ejecución de la pena, que en la realidad, tiene una mayor practicidad en la ejecución de la pena de prisión; de ahí que la ejecución de la pena privativa de libertad mediante el régimen penitenciario, no escapa al principio de legalidad, mediante la interdicción de la retroactividad; las penas que en sus modalidades de ejecución sean más restrictivas de derechos o libertades fundamentales, por reforma de normas posteriores, son irretroactivas, conforme al artículo 21 Cn y al 13 CP. Esta regla de irretroactividad en cuanto a la pena esta también determinada por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que en el artículo 15 en lo pertinente reza: “Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”; de igual manera la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 9 prescribe que: “Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”. Pero es importante también recordar que el principio de la irretroactividad de la ley penal desfavorable, no sólo se sustenta en el principio de legalidad sino como se ha destacado también se encuentra vinculado a los principios de culpabilidad y al de seguridad jurídica bajo el modelo de protección de confianza –*Vertrauensschutz*– por lo cual significa una clara limitación al *ius puniendi* estatal (Frigols I. Brines, 2002:74/91)

Conviene recordar, que la norma de irretroactividad de la ley penal, aplica tanto para todos los preceptos de la parte general del código penal, como a los tipos penales de la parte especial, incluidos aquellos que se establezcan en leyes especiales, por que la garantía de que la ley penal sea irretroactiva, deviene directamente del principio de estricta legalidad, sustentado en la Constitución, con fuerza normativa superior a cualquier norma infra-constitucional o a cualquier acto de un funcionario público.

## **ARTICULO 14.**

### **JURISPRUDENCIA:**

**Retroactividad de la ley penal favorable. Sala de lo Constitucional. HS18700; 17-08-00.** La retroactividad de la ley significa una extensión de la vigencia de la ley hacia el pasado, en cuanto implica subsumir ciertas situaciones de hechos pretéritos que estaban reguladas por normas vigentes al tiempo de su existencia, dentro del ámbito regulativo de las nuevas normas creadas. La retroactividad se utiliza como un recurso técnico de producción normativa como parte de la expresión del acto de voluntad de la ley, lo que implica indefectiblemente que sólo puede ser utilizado por el órgano que crea la ley, el carácter de orden público de una ley no le concede a ésta ipso jure, efecto retroactivo, puesto que dicho carácter debe estar consignado expresamente en la misma ley. En materia penal es admitida la retroactividad, cuando la nueva ley sanciona el hecho imputado con una pena menor o inferior que la señalada en la ley anterior, o cuando elimina del catálogo de hechos punibles el delito cuya emisión se atribuye al imputado.

### **Aplicación de norma penal favorable. Sentencia de la Sala de lo Penal, de las once horas del día dieciocho de octubre de dos mil dos.**

Dicha regla ha sufrido modificaciones en el Código Penal vigente, donde el Art. 36 No. 1 considera cómplices a quienes “presten al autor o autores una cooperación de tal modo necesaria, que sin ella no hubiere podido realizarse el delito”; este nuevo concepto, ha significado un tratamiento diferente en la penalidad del cómplice necesario, pues el Art. 66 del Código Penal vigente, determina que la pena aplicable se fijará entre el mínimo legal que corresponde al delito y las dos terceras partes del máximo de la misma pena, no pudiendo en ningún caso igualar o exceder la sanción aplicada al autor. Cabe señalar que ha sido atinada la modificación normativa comentada, pues en el Código Penal de 1974 se cometía el error de confundir al cómplice necesario con el autor mediato, no obstante tratarse de categorías penales totalmente diferenciadas (...) En cuanto a la aplicación de la norma sustantiva vigente, basta tener presente lo preceptuado en el Art. 13 del Código Penal aplicable, así como la garantía constitucional desarrollada en el Art. 21 Cn., debiendo observarse la prevalencia de los preceptos vigentes como ley penal más favorable al imputado.

**Retroactividad de la ley penal. Tribunal Primero de Sentencia de Santa Ana. 23-02-99.** La seguridad jurídica de toda persona es una necesidad esencial para conocer los derechos y obligaciones de que se goza; por ello el ser humano, como sujeto destinatario de un ordenamiento jurídico, debe saber con antelación y claridad qué le está mandado, permitido o prohibido; a fin de organizar su conducta presente y programar expectativas jurídicas posteriores. Una de las formas más evidentes de expresión de esa seguridad jurídica es la irretroactividad de las normas legales, con el conocimiento exacto que las normas que, a vía de excepción permite su aplicación retroactiva. El artículo 21 de nuestra Constitución es explícito al expresarnos que las únicas dos excepciones al principio de la irretroactividad de las leyes son: cuando se trate de materias de orden público y en el caso de materia penal, cuando la nueva ley sea más favorable al delincuente. Es en el ámbito penal en donde se puede hacer materialización práctica de la retroactividad, sin que sea menester la confirmación o pronunciamiento especial de las instancias jurisdiccionales jerárquicamente superiores, de manera que el operador del sistema judicial puede aplicar inmediatamente la retroactividad en vista de lo prescrito por el artículo 14 del Código Penal, el que está redactado en consonancia con el artículo 21 de la Constitución. Esa disposición penal sustantiva indica que, si la ley del tiempo en que fue cometido el hecho punible y las leyes posteriores fueren de distinto contenido, se aplicarán las disposiciones más favorables al imputado en el caso particular que se juzgue.

## NOTA DE ACTUALIZACION.

Es importante repetir aquí, la gran excepción al principio de irretroactividad, en el sentido que una ley posterior, que sea más favorable al justiciable, permite la aplicación retroactiva de la misma, o en su caso, aunque la ley anterior haya sido derogada, si la posterior es de un contenido desfavorable, se permite la ultractividad de la ley anterior, también en virtud de la favorabilidad, además de que en este caso, se aplica directamente el principio de que la ley vigente, es la del tiempo de comisión del hecho punible. Dos puntos –ya tratados– deben considerarse, uno de ellos corresponde al límite para aplicar ultractivamente la ley penal, este confín esta representado por el momento en el cual sucede el hecho criminal; para que una ley penal puede operar de manera ultractiva, el hecho debe haber sucedido necesariamente en la vigencia de dicha norma, si la conducta se realiza con la vigencia de la nueva norma penal, aunque esta sea más restrictiva de los derechos o libertades, la misma debe aplicarse, y no opera aquí el principio de ultractividad, puesto que si así fuera la nueva norma penal sería completamente inefectiva, lo cual tornaría disfuncional la política penal de reforma de leyes; sin embargo la nueva ley aunque desfavorable debe también cumplir un requisito *sine quae non* para su legitimidad, y este radica en que la nueva norma jurídico-penal, debe de ser conforme con la Constitución, es decir debe respetar los principios, derechos, libertades y garantías que la Carta Magna, otorga a los gobernados, de no cumplirse este presupuesto ineludible, de respeto a la Constitución, la norma no debe ser aplicada, lo cual trae cuestiones relevantes como la creación de las llamadas “lagunas dikelógicas” y las forma de suplirlas, si ello fuere posible.

Debe abonarse en cuanto a la relación de las leyes penales en blanco, que de manera atinada es convocada por el comentarista original, que dicha problemática es compleja, y demuestra la fragilidad del uso de éste recurso, en el ámbito del derecho penal, por las consecuencias que genera, debe considerarse que la norma de reenvío, que completa la norma penal en blanco (que es el precepto del código penal) no tiene carácter retroactivo, en cuanto perjudique, es decir, el tipo penal aunque anterior, no le otorga una función de legitimación retroactiva, todas las normas complementarias, de índole secundaria o reglamentaria, se ven limitadas en este aspecto; en cuanto a la favorabilidad, al variar el supuesto de reenvío de la norma penal en blanco, si el mismo era relevante para la imputación del hecho típico, se enerva la tipicidad con lo cual la conducta anterior ya no puede ser imputable.

En cuanto a los criterios de favorabilidad o desfavorabilidad, debe indicarse que la medición de los mismos, estará representada por la mayor restricción, que se haga de los derechos fundamentales de los gobernados; ello implicará, no sólo atender criterios de graduación de la pena o de medidas de seguridad, sino también de todos los elementos del tipo penal que puedan incidir, incluidos las normas incompletas de la parte general, que al ser modificadas, también pueden representar una situación de desfavorabilidad para el justiciable, por ejemplo modificaciones en el ámbito de la tentativa, de la autoría o de la participación, de las circunstancias agravantes o atenuantes, de la determinación de la pena, de las reglas de penalidad especiales, como las de los concursos; de la modificación de las penas y de sus formas de ejecución, de los subrogados penales etcétera. Todos esos paramentos habrán de ser tenidos en cuenta para evaluar si una norma penal posterior es favorable o desfavorable.

En cuanto al juicio en abstracto que se propone, debe hacerse sólo una precisión, ciertamente en la aplicación de leyes favorables o desfavorables por retroactividad, la doctrina acuña, la inadmisibilidad de la combinación de leyes, pero esta prohibición rige de manera más rigurosa, para las llamadas “leyes simples” sin embargo tratándose de leyes “complejas”, si estas son divisibles, se acepta que pueda haber una homogeneidad normativa en bloque, en virtud que la divisibilidad de las normas lo permite y siempre que se utilicen bloques normativos y no fragmentos (Cousiño Mac Iver, 1975; 127).

Es oportuno respaldar el criterio adoptado por el comentarista, respecto de la leyes denominadas “intermedias”, que es aquella en la cual, la norma entra en vigor después de la comisión del delito o falta, y que vuelve a modificarse antes de que se dicte sentencia; por lo que concurre, una sucesión de normas que al menos deben ser tres; la primera cuando se ejecuto

el hecho, la segunda que es posterior a la ejecución, y la tercera que es la que se modifica antes de dictar sentencia; en dichos casos opera la retroactividad favorable o la ultractividad favorable, es decir debe aplicarse la ley más benigna, por cuanto el principio de irretroactividad tiene su núcleo esencial en la aplicación de la norma más favorable.

## **ARTICULO 15.**

### **JURISPRUDENCIA:**

#### **NOTA DE ACTUALIZACION.**

Correctamente, el precepto esta erigido sobre el principio de retroactividad de la ley más favorable, sólo que de manera extraordinaria, puesto que la aplicación ocurre posterior a la condena del justiciable. Esta noción, marca la primacía de los efectos del principio de retroactividad de la ley más favorable, el cual es una concreción de una garantía de orden constitucional estatuida en el artículo 21 Cn, y además incluida en normas de carácter internacional como lo son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que en el artículo 15 en lo pertinente reza: “Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”. De igual manera la Convención Americana sobre Derechos humanos prescribe en el artículo 9 “Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

Dos son los supuestos que se contienen, en materia de aplicación retroactiva, en caso de condena: 1) El primero de ellos, se reconduce al supuesto de despenalización parcial, por el cual, la modificación recae en un supuesto agravatorio, que se tomó en cuenta, para imponer la dosimetría en concreto de la pena, y que en la nueva ley no es considerada como una circunstancia de agravación; en tal caso si ese fue uno de los motivos, de un mayor reproche, y por ello la pena tuvo una proporción mayor, el condenado se vera beneficiado parcialmente, y en tal caso, procedería una modificación de la pena. Un ejemplo de ello sería, que se decidiera suprimir la agravante de premeditación en el homicidio, la concurrencia de dicha calificante, importa la imposición de una pena agravada, por lo cual al ser excluida, el homicidio devendría en simple, el cual tiene una pena menor, por lo que procedería el examen de dicha situación para modificar la pena impuesta. Un supuesto diferente es, si el delito por el cual la persona esta condenada, sufre una reforma que atempera, la pena en su dosimetría abstracta, y ello impacta en el caso particular del condenado. No toda modificación de la penalidad, será base para la procedencia de la aplicación ultractiva de la norma, sino aquella, que incida en la pena que tenia fijada el condenado. Por ejemplo, si la condena que se impuso fue en el mínimo de la pena, y este mínimo se ha modificado, haciéndolo descender, es obvio que ello tiene relevancia para el condenado, puesto que en tal caso, el desvalor en el merecimiento del reproche ha disminuido, y en ese límite el justiciable fue sancionado; igual situación se presentaría, si habiendo sido condenado al límite máximo, este fuera reducido a un menor desvalor punitivo, o si por ejemplo los limites de la pena bajaran, rebasando la pena impuesta al condenado, en todos esos casos la aplicación de la ultractividad para reajustar la pena es posible.

2) El otro supuesto, es el de la despenalización completa, por el cual al desaparecer de manera absoluta la conducta, que se tenía como desmerecida, *incontinenti* cesa la pena para el justiciable, quien goza de manera automática del derecho de rehabilitación, es decir se extinguen también todas las consecuencias de las penas accesorias y se restituye los derechos políticos de la persona

## **ARTICULO 16.**

### **JURISPRUDENCIA:**

**Leyes de Carácter temporal. Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro. 21-06-01.** Sienta el maestro español Jiménez de Asúa que, cuando se dictan leyes temporales o excepcionales, la ley no es derogada, sino que queda en suspenso mientras dure la ley temporal o excepcional; de modo que al expirar la ley pasajera, reasume el

ordenamiento jurídico que no incriminaba tales hechos. Recobra su imperio la antigua legislación, y por lo tanto, y de acuerdo con los principios generales, el problema queda circunscrito a averiguaciones si esta ley posterior (la ley suspendida que recobra vigor) es o no más favorable que la ley pasajera, para aplicarla o no según los casos. Las leyes transitorias, puesto que se rigen por los principios comunes relativos a la eficacia de la ley penal en el tiempo, no tiene efectos ultraactivos. Ni la ley temporal ni la contingente, derogan los preceptos que estaban en vigor antes de su vigencia y que renacen al cesar aquéllas, por eso no deben tener efecto ultraactivos, ni cuando crean delitos, ni cuando aumentan penas. Una vez concluida la vigencia de la ley temporal o excepcional, para que ésta tenga efecto ultraactivo, indispensable es que se emita alguna disposición o derecho específico que lo regule, pues al no haberlo, indiscutiblemente que la ley que está en suspenso entra de pleno a regir ya que debe tenerse en cuenta que, aún en el caso de la ley procedimental de carácter general, se requiere tal regulación, tal como se hizo en el artículo 1 de La Ley Transitoria para la Regulación de los Procesos Penales iniciados antes de el veinte de abril de mil novecientos noventa y ocho; con mucha más razón entonces se requiere de esta regulación cuando las causas que han motivado el decreto de la ley temporal son de carácter excepcional.

#### **NOTA DE ACTUALIZACION.**

En cuanto a las leyes temporales, la doctrina señala una distinción, entre las leyes temporales en sentido estricto, que son aquellas que rigen para un periodo específico, sin la característica de permanencia; y las leyes temporales en sentido amplio, que están referidas a leyes de excepción que ocurren ante situaciones extraordinarias. La invocación que se hace del régimen de excepción constitucional, debe ser precisado, puesto que dicho estado de excepción, esta dirigido únicamente a ciertas garantías fundamentales, pero no involucra la formulación de leyes penales temporales o de emergencia. Ciertamente el artículo 29 Cn cuando establece el régimen de excepción para ciertas garantías las limita a: 1) libertad para entrar permanecer o salir del territorio; 2) libertad de opinión y de informar; 3) la libertad de asociación; 4) la inviolabilidad de correspondencia y de comunicaciones; 5) La asistencia de defensor ante los órganos auxiliares y el término de la detención administrativa. Sobre la permanencia de la ley el artículo 140 Cn es el único que hace referencia desde el texto Constitucional, de manera expresa no se refiere a leyes transitorias, y ello es importante destacarlo, por cuanto por ejemplo aún las leyes de carácter temporal deben satisfacer de manera escrupulosa el periodo de vacancia de la ley respecto de su publicación, en estos casos el plazo únicamente puede ampliarse pero no restringirse y ello es comprensivo para toda clase de ley temporal inclusive las de emergencia, de lo contrario la ley tiene un vicio de validez formal, que la torna contraria a la constitución en el proceso de formación de ley; quedando únicamente no abarcadas las llamadas leyes calamitosas que deben emanarse de manera inmediata, en virtud de grave catástrofe o calamidad.

La posición que asumimos es que las leyes temporales, no pueden ser una excepción al principio de favorabilidad, de ahí que, al menos en su versión más restrictiva, debe de entenderse, que cuando el hecho suceda en la vigencia de la ley temporal, podrá ser sancionado de acuerdo con la misma, siempre que dicha ley temporal no haya cesado en el periodo de su vigencia. Si ese periodo específico de vigor ha fenecido, la ley no puede tener pervivencia, y a los hechos cometidos durante esa época deberá aplicársele la norma más favorable, esa interpretación restrictiva es la que se propone para hacer una interpretación conforme con el postulado de favorabilidad del artículo 21 Cn, teniendo siempre en cuenta el criterio de no excepcionabilidad.

## **ARTICULO 17.**

### **JURISPRUDENCIA:**

#### **NOTA DE ACTUALIZACION.**

Sólo corresponde agregar, que el precepto trata las llamadas indemnidades, que son aquellas en las cuales, la conducta del sujeto que es destinatario de la cláusula de indemnidad, esta sujeta a una impunidad total, que es el caso de los diputados en cuanto a las opiniones o votos que emitan (art 125 Cn) lo interesante del caso, es determinar en cuanto a su contenido, en que ocasión debe entenderse esta excepción de indemnidad, si sólo se corresponde con las opiniones o votos, que emitan en el ejercicio estricto de sus funciones, es decir en las actuaciones propias del poder legislativo (discusión de comisiones, plenarias) o si por el contrario, dicha indemnidad se extiende a las opiniones vertidas fuera de sus funciones, aunque relacionadas a la función publica que desempeñan, y en las cuales puedan incurrir en alguna conducta delictiva (entrevistas radiales, televisivas, de prensa escrita) Parece razonable entender, que la indemnidad debe ceñirse a lo estricto de la función, y que esos deben ser los límites que resguarden la inviolabilidad de la indemnidad aludida, de ahí que un ponderado balance con los derechos fundamentales de las personas, y la garantía de acceso a la justicia y de tutela judicial efectiva, no extiendan tal indemnidad a supuestos en los cuales, no se esta en el ejercicio estricto de la función parlamentaria. La vinculación del segundo supuesto, es atinente a lo que se conoce como inmunidad, y radica en la vigencia de un fuero, que opone impedimentos de índole procesal en cuanto a la persecución de los delitos, para las personas que en atención a la función que realizan, se encuentren amparadas en dicho privilegio.

En cuanto al límite de la edad, para que la ley penal sea aplicable en toda su extensión, particularmente en cuanto a las consecuencias jurídicas del delito, debe hacerse notar que el precepto establece que la persona tenga **mas** de dieciocho años, por lo que los dieciocho años cumplidos exactos, sin que discurra un instante de tiempo, ubica a la persona en el ámbito de la jurisdicción especial de menores, cuya mayor diferencia se marca en el régimen de sanciones; ciertamente la ley del menor infractor, tiene una redacción ambigua en el artículo dos, pero como ya se expreso en otro apartado, una manifestación del principio de legalidad, en su versión de ley estricta, es la posibilidad de extender la interpretación sólo en beneficio, y de restringirla sólo cuando dicha actividad hermenéutica es perjudicial, de ahí que en virtud de tal principio, en la duda en la interpretación de la norma en el derecho penal de fondo, esta debe únicamente interpretarse *in favor rei* y como la sujeción a la justicia minoril es más favorable, por la menor amplitud de las restricciones que se imponen en cuanto al régimen de sanciones, debe –en nuestra opinión– atenderse al criterio que establece el código penal, en el límite de que la aplicación total de la ley penal es para personas que tengan más de dieciocho años.

## **ARTICULO 18.**

### **JURISPRUDENCIA:**

#### **CULPA-DOLO-ERROR. Sentencia de la Sala de lo Penal, de las ocho horas del día catorce de mayo del dos mil tres (188-00).**

Al sintetizar las aseveraciones transcritas, es claro que el tribunal de sentencia se reduce a expresar, de una parte, que no existió dolo en el accionar de los procesados, y de otra, que en vista de las circunstancias en que se efectuaron los disparos, eran previsibles las consecuencias dañosas a la integridad física, y por lo tanto, las conductas examinadas no están exentas de la previsión del resultado ocurrido, bien sea a nivel de dolo eventual o de culpa con representación (...) Con base en lo anterior, es discordante la motivación de la sentencia basada en la falta de dolo o culpa para excluir, sobre esa base, la imputación del resultado, ya que el tribunal ha cometido una incongruencia al confundir el tipo subjetivo con la construcción del tipo objetivo, sin tomar en cuenta que éstos, no obstante se articulan en forma complementaria, cada uno responde a una estructuración particular regida por parámetros diferentes. En ese sentido, la determinación del tipo



objetivo, atiende al examen de los hechos a efecto de establecer la concurrencia de los elementos que componen la figura delictiva; en cambio, el tipo subjetivo se traduce en una vinculación personal del sujeto con el acto realizado, donde únicamente se discute a nivel doctrinario si esa relación tiene carácter psíquico o normativo. Por lo tanto, la ausencia de dolo produce el efecto excluyente sobre la responsabilidad, al configurarse alguno de los supuestos negativos de la culpabilidad; tal como sucedería, por ejemplo, si el imputado ha obrado motivado por un error esencial e invencible (...) Cabe hacer notar que, aún frente a la posibilidad de una comprobación insuficiente sobre quien o quienes causaron directamente las lesiones, los sentenciadores reconocen la previsibilidad del resultado, al consignar algunas consideraciones acerca de ese extremo, y particularmente el siguiente razonamiento:..."con su conducta evidentemente colocaron en peligro la vida e integridad física de la víctima, pues fue previsible para éstos la posibilidad de atacar el bien jurídico vida e integridad física desde el momento en decidieron abrir fuego contra un vehículo en el cual se sabía se conducía una persona, aún cuando los ejecutores de los disparos no consintieron el resultado dado, confiando en su, pericia al efectuar los disparos..... (sic); de lo dicho, es evidente que al menos existió culpa en la conducta de los imputados, Pero no será competencia de esta Sala pronunciarse a ese respecto, sino el tribunal que se designará para tal fin.

**Principio de confianza-auto puesta en peligro. Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador. 01-11-02.** Hay una apreciación normativa que debe ser contextualizada en virtud del principio de confianza y del ámbito dogmático de la autopuesta en riesgo como criterios de imputación en la tipicidad objetiva. Aunque una víctima infringiera el deber de cuidado o realizara una acción que la coloca en riesgo para su persona, si esa actividad es advertida por otra persona, ésta no puede innovar esa autopuesta en peligro o esa infracción normativa, para desatenderse de su propio cuidado y así afectar derechos de la víctima; es decir, la conducta descuidada de ésta, cuando es advertida oportunamente no puede justificar a una persona a continuar con la acción que venía desarrollando y lesionar derechos de la víctima que ya había advertido, que podía resultar lesionados, en estos casos al controlar una fuente de riesgo, la persona si advierte oportunamente que otro está en una situación de riesgo debe extremar los cuidados que le competen para evitar daños a terceros, aunque esos terceros, estén procediendo con infracción de normas de cuidado, el extremar el cuidado debido, surge aquí precisamente de la intelección que la persona tiene del riesgo que está percibiendo, ante lo que no debe acrecentar ese peligro, sino disminuirlo, siendo más cuidadosos aún ante aquel que se comporta de manera descuidada (...) en estos casos, cuando se advierte oportunamente que otro se ha autopuesto en riesgo, el principio de confianza, comienza a ceder y el conductor que ha previsto de manera oportuna el riesgo debe extremar su deber de cuidado, por que precisamente de manera objetiva y previsible ya no puede confiar que el otro cumpla con su deber, y no puede ampararse en la infracción del otro, para afrontar un accidente. En estos casos, cuando el conductor se da cuenta de manera oportuna y anticipada, debe –como lo dijimos– extremar todos los cuidados y evitar convertirse en fuente de peligro, la diferencia la hace aquí, la oportuna intelección del riesgo que se viene desarrollando y la previsibilidad que entonces tiene la persona de que está ante un evento peligroso ante el que cede el principio de confianza, y deben extremarse los cuidados por la situación particular que la persona está observando y que por percibirla anticipadamente puede evitar oportunamente extremando por su parte sus cuidados.

**Importancia del nexo de determinación. Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador. 01-11-02.** Con esos elementos el tribunal deberá valorar lo respectivo al actuar culposo, que en este caso en su ámbito objetivo se constriñe a determinar quién de manera relevante ha violentado de manera decisiva el deber objetivo de cuidado, que en este caso particular, circunscribiéndose al tráfico vehicular se fundamenta en la observancia de las normas de tránsito; empero, se hará ya una precisión jurídico-penal en el sentido que la infracción de una disposición de la Ley de Transporte Terrestre o

del Reglamento General de Tránsito automáticamente no significa la tipicidad de la conducta transgresora, ni mucho menos su culpabilidad, ni tampoco la exclusión de responsabilidad del autor por un comportamiento infractor de la víctima, es decir, infracción normativa no equivale a delito culposo, para ello se requiere un análisis más de fondo que permita afirmar cuál es el acto infractor del deber de cuidado que decisivamente ha producido el resultado.

#### **NOTA DE ACTUALIZACION.**

Por haberse abordado en este apartado lo relativo al delito culposo, deberá hacerse al respecto algunas consideraciones. La primera, es relativa al régimen de punición, que se ha adoptado por el legiferante, que es acorde al sistema denominado de *numerus clausus*, por el cual, las conductas culposas sólo son criminalizadas como delitos, cuando específicamente estén previstas en los tipos penales correspondientes, de ahí que, si un hecho culposo, no ha sido previsto de manera expresa como delito, en sede penal no puede generarse respecto del mismo, ninguna consecuencia jurídica, este sistema de especificidad de la culpa, es compatible con el denominado “franco-germánico”, y se opone al sistema hispánico o de *Numerus apertus* –prácticamente en desuso– por el cual, a partir de una noción de la imprudencia incardinada en la parte general, ésta se hace extensiva, a todos los tipos penales, en cuanto fuera compatible con su propia estructura. Por demás esta decir, que tanto el principio de legalidad, como el de intervención mínima, se ven mejor garantizados con un sistema de punición específico de los delitos imprudentes.

Otra acotación importante, en cuanto a la culpa, es su naturaleza de tipo penal abierto (Choclan Montalvo, 2001: 29; Durán Ramírez, 2001: 8) lo cual, no es incompatible con el principio de legalidad, en cuanto ley cierta, que en este aspecto esta vinculado con un diferente énfasis, en los delitos dolosos; ello en razón de que entre el tipo doloso y el tipo culposo, media una particularidad, en la forma en la cual se eleva el merecimiento de la conducta prohibida. Así, mientras en los delitos dolosos, el objeto de la prohibición debe encontrarse siempre determinado, mediante una forma descriptiva de mayor especificidad; en el delito imprudente, la conducta aparece indeterminada, pero debe ser posible su determinación en cada caso en particular; de ahí que, aunque constituyan tipos penales abiertos, esta estructura tiene sus límites, como imperativo del principio de legalidad (Rusconi, 1999: 20/21). En virtud de ello, la formula de criminalización de la imprudencia, abarca la punición de conductas, que causen un resultado lesivo –en general– siempre que dicho resultado, sea la consecuencia de una violación sustancial del deber objetivo de cuidado y que el mismo, sea capaz de ser previsto; esta estructura de imputación, hace que las conductas culposas, sean tipos abiertos por que la extensión del deber de cuidado es vasta y daría lugar a una casuística insostenible.

Los delitos culposos, pueden ser cometidos por acción u omisión, ello dará lugar a la conformación de diferentes modelos de tipo penal, el delito culposo de comisión y el delito culposo de omisión, cuyo detalle particular, rebasa el contenido de estos comentarios, por lo que importa nada más, dejar especificado que la conducta dolosa puede ser activa u omisiva y que en la misma el sujeto debe guardar el cuidado debido.

El fundamento esencial en los delitos culposos es determinar el deber de cuidado, ello se concretiza, en la exigencia de desarrollar una conducta razonable, ante las situaciones de riesgo que una persona ejecuta, empero normalmente la ley penal, no indicará cual es el cuidado debido, de ahí que esta valoración del deber de cuidado, sea altamente normativa y deberá ser apreciada por el juez, en el caso en particular, si es oportuno indicar, que hay situaciones de riesgo en las cuales, si habrá una detallada normatividad, que regule aspectos de normas de cuidado, como por ejemplo en el trafico viario, en el cual la ley y el reglamento de la materia, establecen diversas normas que tienen por objeto regular, la actividad riesgosa, y establecer normas de cuidado, para desarrollar esa actividad riesgosa; de igual manera sucederá, cuando se trate de control o manejo de fuentes de riesgos que están formalizadas, en tales casos habrá normas reglamentarias, que regulen ese ámbito (reglamentos, instructivos, manuales etcétera).

Conviene aquí señalar que respecto del deber de cuidado en el delito imprudente se distingue entre deberes de cuidado externos y deberes de cuidado internos, los cuales permanen el ámbito valorativo de la infracción de las normas de cuidado que deben adoptarse; dichos ámbitos se desarrollan así: (a) el deber de cuidado interno. Se corresponde con el precepto general de los cuidados debidos, es decir se trata del deber de advertir situaciones peligrosas en el desarrollo de conductas de riesgo, dicho aspecto se denomina como “deber de examen previo” y respecto del mismo se ha dicho que consiste en “en la observación de las condiciones bajo las cuales se realiza una acción y en el cálculo del curso que seguirá y de las eventuales modificaciones de las circunstancias concomitantes, así como en la reflexión acerca del como se puede evolucionar el peligro advertido y cuales son sus efectos” (Jescheck, 1993: 525); (b) El deber de cuidado externo. Por el cual se exige que la conducta de la persona, se adecue a los eventos de riesgo que han sido advertidos, para que asumiendo una actitud cuidadosa, se eviten los peligros que podrían concretarse en un resultado lesivo. Desde esta noción se señalan algunos parámetros del cuidado externo que se reconducen a: (I) la abstección de realizar conductas idóneas para la realización de la conducta típica imprudente o “cuidados como omisión de acciones peligrosas; (II) la exigencia de realizar todas aquellas conductas de riesgo permitido, bajo parámetros de cuidado debido, es decir empleando las medidas de precaución, control y supervisión de las actuaciones que se ejecutan, para mantener las conductas dentro de la esfera de riesgo permitido o “cuidado como actuación prudente en situaciones de peligro”; (III) se vincula además el cuidado debido externo a la observancia de los deberes de preparación y de información respecto de las conductas peligrosas que hayan de ejecutarse, para prevenir los riesgos que se pueden derivar de dichas conductas o “cuidado como cumplimiento de un deber de información” (Jescheck, 1993:527).

Un punto medular, es como graduar el deber de cuidado, en principio se desarrollaron criterios objetivos como el del hombre medio y criterios subjetivos como el tener en cuenta los especiales conocimientos o habilidades del autor, que eran excluyentes entre si, para ello se recurría a la formulación del deber objetivo de cuidado y del deber subjetivo de cuidado. Sin embargo, se ha postulado la simbiosis de los criterios objetivos y subjetivos, para apreciar si concurrió o no, el deber de cuidado (Choclan, 2001:57/59) y por ello se acepta, que deber valorarse desde una perspectiva *ex-ante*, cual hubiese sido el cuidado debido, de un hombre prudente en la situación del autor (criterio objetivo) pero con los conocimientos y habilidades de la persona en particular (criterio subjetivo). A la consideración del deber de cuidado, se le agregan correctivos como el principio de confianza, de cual se indica, no es exclusivo de la imputación objetiva (Puppe 2002; 50/55); se ha indicado que el principio de confianza –*Vertrauensgrundsatz*– es un criterio valorativo, por el cual, se delimitan los respectivos deberes de cuidado, cuando se actúa en conductas de riesgo, que requieren división de funciones, de ahí que, es un parámetro para actuar bajo el riesgo permitido sin que –en principio– los resultados le sean imputables a quien actúa confiando en los deberes de cuidado de los demás (Choclan, 200: 97) Si este ámbito, se trabaja con el modelo de la imputación objetiva, en este aspecto deberá valorarse, si se esta ante una conducta, que ha creado un riesgo no permitido o jurídicamente desaprobado, y para tal graduación servirán, los criterios expuestos *infram*, de conductas realizadas dentro de un riesgo permitido, conductas que disminuyen el riesgo y conductas que no han aumentado el riesgo de manera relevante. Punto importante en los delitos imprudentes, es el llamado nexo de determinación, por el cual, debe establecerse que, entre la violación del deber de cuidado y el resultado producido, ha mediado una relación de determinación, en el sentido que esa violación del deber de cuidado, es la que ha determinado el resultado y no otra; es decir, la relevancia de la producción del resultado, debe quedar determinada, por la violación del cuidado debido que no se cumplió; y que fue el determinante para que se produjera el resultado, de no ser así , aunque halla violación al deber de cuidado, no se configura el nexo de determinación, por que, no fue la violación al deber de cuidado, la causa determinante del resultado. Ahora bien, para graduar el nexo de determinación puede servir el juicio de inclusión hipotética, en el cual de manera inferencial, puede incluirse la conducta cuidadosa que debio haberse observado al caso en particular, y si el resultado no sobreviene, se

constata el nexo de determinación, es decir la conducta violadora del deber de cuidado, determinó el resultado; empero si aun con la inclusión de la conducta cuidadosa, el resultado siempre se produce, no existe nexo de determinación, y el resultado no esta determinado por la violación al deber de cuidado en cuyo caso se excluye la tipicidad culposa. De considerarse el modelo de la imputación objetiva, en este aspecto se evaluaría, el fundamento de que el resultado, debe ser la concreción del riesgo creado, el cual esta jurídicamente desaprobado; siendo los criterios de imputación objetiva a considerar: conductas que habiendo creado un riesgo no permitido no concretan el resultado; la imputación del resultado por incremento de riesgo; conductas que provocan un resultado no cubierto por el fin de protección de la norma; conductas que aceleran el resultado; cursos causales hipotéticos y causalidades de reemplazo; pero es menester precisar que algunos de esos criterios no alcanzan un pacífico consenso en el ideario de la dogmática penal.

El resultado, es otro elemento del tipo objetivo culposo, generalmente los tipos culposos, exigirán un resultado verificable desde la fácticidad, si el tipo penal requiere en el caso particular un resultado con entidad material –como delito de lesión– la falta del resultado, impedirá la realización del tipo penal, por cuanto en estos casos, el desvalor del acto, que radica en la infracción del deber de cuidado, no es suficiente para colmar la tipicidad, por cuanto en los delitos culposos, no concurre la tentativa que requiere un inicio de ejecución dolosa. Aunque también, pueden haber tipos culposos contruidos sobre la noción del peligro, y en ellos no se exigirá un resultado de lesión, sino solo la ocurrencia del peligro.

Aspecto también fundamental en los delitos culposos, es la previsibilidad, ésta se construye, como la posibilidad efectiva de conocer el peligro que la conducta representa para los bienes jurídicos, y la posibilidad de prever el resultado de acuerdo a ese conocimiento. Si concurrió un conocimiento efectivo de la situación habrá culpa consciente, si los hechos no fueron previstos, pero eran previsibles habrá culpa inconsciente.

De acuerdo a lo anterior, puede concurrir una culpa representada o consciente, que es aquella en la cual, el sujeto habiéndose representado como posible la producción de un resultado, respecto de la conducta que verifica, confía en poder evitar el resultado, que al final deviene como consecuencia de la conducta imprudente. La culpa sin representación o inconsciente, es aquella en la cual, el agente no previo la posible ocurrencia del resultado lesivo, el cual era previsible, a consecuencia de lo cual, se ocurre el resultado lesivo; ahora bien, debe aquí matizarse, que esta previsibilidad, debe sustentarse en la posibilidad efectiva del poder y deber haber previsto el hecho que ocurrió, es decir debe tenerse la posibilidad real de haber previsto el hecho, y el deber de hacer esa previsión; por que de lo contrario, se entraría en un ámbito de responsabilidad objetiva, ante el acaecimiento de un resultado lesivo.

Por último, dado que la culpa representada comparte con el dolo eventual el mismo elemento de conocimiento, deben precisarse algunos criterios de diferenciación: a) En el dolo eventual, el agente asume con displicencia el resultado, el cual aunque no quiere producirlo, lo asiente en caso de que se produzca; en cambio en la culpa representada la actitud del agente no es de apatía, sino de imprudencia, confiando en que al final, evitará el resultado; b) En el dolo eventual, el agente no renuncia al desarrollo de la conducta, de la cual es evidente que se devendrá el resultado, no haciendo nada, para evitar la producción del mismo; en la culpa consciente, se hace lo posible por eludir el resultado, pero debido a la falta del cuidado debido, el resultado se produce; c) en el dolo eventual, no basta la representación del resultado, sino que el agente acepta ese resultado; en la culpa con previsión, aunque el resultado se concibe como posible, no hay aceptación del mismo y se confía en poder evitarlo.

## **ARTICULO 19.**

### **JURISPRUDENCIA:**

**Delitos omisivos propios. Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador. 18-05-01.** La conducta omisiva es aquella en la cual el sujeto activo, no realiza una determinada acción que le impone la norma jurídica, siendo que tal inactividad sólo

será relevante en la medida que esté exigida por la norma, es decir el concepto de omisión debe entenderse bajo una connotación normativa, es decir jurídico-penal y no meramente en su sentido natural. La omisión que se estructura a partir del artículo 201 CP la podemos adecuar a las que la doctrina califica de propias; con ello se quiere indicar que en tales omisiones, lo que se punibiliza es la mera infracción del deber de actuar, que le es impuesto al sujeto activo, por el supuesto de hecho de la norma penal. Son elementos dogmáticos de los delitos omisivos propios a nivel del tipo objetivo: (a) la descripción del deber de acción, la cual consiste en los presupuestos del hecho que originan el deber de actuación; (b) la no realización por parte del sujeto activo de la acción determinada que la norma penal ha impuesto; (c) el poder de acción el cual consiste en la capacidad actual que el sujeto tenga para poder realizar la acción mandada; (d) el nexo de evitación. En el aspecto subjetivo se requiere la concurrencia del dolo sobre la situación típica y del poder de realización de la acción mandada.

#### **NOTA DE ACTUALIZACION.**

Otro supuesto que debe abarcarse, es el de las causas que normalmente se entienden que excluyen la acción u omisión, en virtud de que el derecho penal, únicamente se dirige a la regulación de la conducta de personas humanas, y esa es la estructura que ha adoptado actualmente el orden penal patrio. Los supuestos de inexistencia de conducta en su sentido de ser relevantes para el derecho penal son los siguientes: a) El aspecto interno bajo el apotegma *Cogitationis poenam nemo patitur* –que nadie tenga pena por sus pensamientos– de ahí que, las actitudes, los pensamientos, las intenciones, las emociones, no son conductas con trascendencia penal, y aquí debe incluirse por extensión las formas de ser, la vida por el carácter, la personalidad del sujeto; por que asociado a este axioma, están la garantía de que no hay crimen sin conducta y de que la culpabilidad es de acto o de hecho y no de autor; de tal manera que, nadie puede ser sancionado por su forma de ser, máxima garantía del respeto a la autonomía ética de las personas y por ende al principio de dignidad humana; b) los supuestos de ausencia de acción, en los cuales, los actos meramente físicos, no son una expresión de voluntad de la persona, por que la misma, esta completamente anulada. En esta circunstancia, concurren la fuerza física irresistible –*vis maior*– que pueden ser tanto interna como externa, se diferencia de la vis compulsiva, que es de orden moral y excluirá en su caso la culpabilidad, mientras que la *vis maior* excluye la acción; los actos reflejos, excluirán la acción, mientras los llamados actos en corto circuito o impulsivos excluirán la culpabilidad; los estados de inconsciencia, son otra causa de exclusión de la conducta, el fundamento, es la ausencia de la actividad de las funciones mentales superiores, lo cual origina una pérdida plena de la conciencia: el sueño, el sonambulismo, la narcosis, la epilepsia, la embriaguez comatosa u letárgica, la hipnosis. Dos precisiones deben indicarse sobre estos últimos aspectos: el primero, es que la similitud que tienen con el estado de inimputabilidad, se ve diferenciada en que en los supuestos de exclusión de acción, no hay conducta, la cual si ocurre en los actos del inimputable; el segundo es que en algunos en estos supuestos, podrían concurrir cuestiones de imprudencia, que deberán ser valoradas para negarlas o afirmarlas según los criterios de imputación de la culpa; el caso fortuito, también es un acontecimiento, que por su imprevisibilidad excluye la conducta, puesto que aquí se trata de eventos en los cuales, no hay imputación respecto de un actuar doloso o imprudente.

#### **Nota de Actualización. Delito omisivo.**

Es proverbial la distinción entre los delitos comisivos y los delitos omisivos, aquí conviene abordar la cuestión del delito omisivo; siendo que la estructura típica del delito omisivo, puede responder al delito doloso de omisión, o al delito culposo de omisión, pero como ya se dijo antes, esas particularidades rebasan los alcances de estas reflexiones. Conviene entonces iniciar indicando, que la omisión se construye a partir de preceptos imperativos que mandan a desarrollar ciertas conductas, contrario a los tipos penales de acción que prohíben comportamientos (Fuentes de Paz, 2002: 185) No obstante,

la sistemática penal, ha venido elaborando el concepto de omisión, paralelo al de acción mediante el principio de inversión; sin embargo es imprescindible señalar, que la diferenciación de hace algunos lustros entre delitos de dominio (vinculados a la acción) y delitos de infracción de deberes (vinculados a la omisión) cada vez más se ha ido difuminando para parte del pensamiento penal (Jakobs, 1996; 59/65) por cuanto los modelos de competencia en la organización y de competencia institucional se han ido equiparando entre delitos de dominio y de infracción de deberes, cuestión que debe ser prudentemente analizada (Schünemann, 1994: 13/14)

La omisión puede manifestarse de tres formas distintas: a) los llamados tipos de omisión propia, en los cuales, lo que se criminaliza es la infracción de un deber de actuar, sea que acontezca o no un determinado resultado, estos tipos penales se describen expresamente como tipos omisivos, ejemplos de los mismo serían, el art. 175 CP, 176 CP, 201 CP, 278 CP entre otros ; b) los denominados tipos de comisión y omisión propia, en los cuales se sanciona en el mismo tipo penal, tanto la acción generadora de un resultado como la omisión de evitarlo, dando lugar a la combinación simbiótica de acción y omisión, un claro ejemplo del mismo es el artículo 275 N° 1CP; c) la llamada comisión por omisión, o tipos impropios de omisión, por los cuales, la no realización de una conducta bajo circunstancias especialísimas importa que equivalga a la comisión de un hecho.

Conviene aquí examinar brevemente, lo referente a la omisión propia, para ello, debe tenerse en cuenta, que los tipos omisivos describen una conducta debida, es decir imponen un deber de realización, de ahí que, esa es la conducta que habrá de considerarse, quedando proscrito extender la apreciación a cualquier otra conducta diferente. Si se parte de un mandato normativo, la omisión no es un simple no hacer, sino, no realizar lo que estaba impuesto como deber que se realizara. Son elementos constitutivos de la omisión: a) La situación típica. La cual consiste en el supuesto de hecho que se describe en el respectivo tipo penal, en ella se encuentra el mandato preceptivo que impone el deber de actuar; b) La no realización del mandato. Lo cual significa que el sujeto, ante el mandato que le impone la norma, lo incumple, realizando una conducta diferente a la prescrita por la norma; este aspecto es esencial en la conducta omisiva, el incumplimiento del mandato, es lo que centra la tipicidad; de ahí que, si se cumplió el mandato, pero el resultado fue insatisfactorio no habrá tipicidad omisiva, por que lo que se impone, es la realización de un mandato, no que en la ejecución el cumplimiento del mismo, alcance la eficacia debida; para medir este parámetro, debe hacerse una comparación entre la conducta que realizó el sujeto activo, y la requerida por el cumplimiento del deber impuesto por la norma. c) La posibilidad de cumplir el mandato. Este elemento se ciñe a que, el agente debe tener la posibilidad efectiva, de poder realizar la acción ordenada, si en el caso concreto, no se tiene el poder de cumplir con el acto mandado, no concurre la tipicidad en la omisión; e) El nexo de evitación. Esta relación de imputación entre el acto que se omitió y el resultado que se produjo, es hipotético, y consiste en la probabilidad de que la conducta debida hubiese evitado el resultado, ello cuando, en la omisión se requiera un resultado de lesión, por que de ordinario los tipos omisivos propios, estarán contruidos como tipos de infracción de deber y ese el elemento que debe constatararse.

La omisión también tiene una construcción subjetiva, un tipo subjetivo que debe ser colmado. Si se trata de una omisión dolosa, deben concurrir en este aspecto: a) el dolo, el cual tiene cierta peculiaridad, por cuanto, desde el elemento cognitivo necesita del efectivo conocimiento de la situación típica generadora del deber de actuar en toda su extensión; b) el conocimiento del agente del poder de actuar para impedir el resultado. (Bacigalupo 1989: 232).

**Nota de Actualización. Relación de causalidad-imputación objetiva.** También es oportuno considerar en este apartado, la cuestión de la causalidad, puesto que la misma fue considerada en este lugar por el comentarista original –con ello se guarda la sistemática del comentario– y por que la reforma del artículo 4 CP, permite cavilar el aspecto del nexo de

imputación, desde una visión causal y otra normativa que podría corresponderse con algunos criterios de la imputación objetiva –que es una cuestión diferente a la responsabilidad objetiva – por lo que se justifica abordar dicha temática.

Debe iniciarse considerando que, en los delitos de resultado, en los cuales hay una escisión entre conducta realizada y resultado producido, se ha exigido una relación causal entre dicha conducta y resultado concurrido, y dicha causalidad en sus orígenes se ha determinado como una causalidad física. De las teorías más relevantes de la causalidad física, se señala la teoría de la equivalencia de condiciones, y para la misma, es causa del resultado, toda condición que suprimida mentalmente, fuera capaz de que no se produjese el resultado, dicha teoría en su momento significó un avance, aunque la misma fue objeto de críticas por la posibilidad de regresión hacia eventos anteriores, inclusive remotos que también constituyen causa; este exceso fue debidamente corregido por la concurrencia del dolo o la culpa dándole sincretismo entre lo subjetivo y lo objetivo; como propia expresión de la causalidad física, en este ámbito estaría ubicado, el aspecto del nexo causal que se introdujo en la reforma del artículo 4 CP.

Siguieron posteriormente a la causalidad natural, teorías como las de la causalidad adecuada, según la cual no toda condición se torna causa del resultado, sino sólo las condiciones, que según la experiencia general, habitualmente producen el resultado. Otra teoría explicativa de la causalidad, que tuvo fuerte influencia, fue la teoría de la relevancia, ésta parte de una causalidad física, pero los problemas posteriores a dicha causalidad fáctica, se resuelven con criterios normativos, los cuales se extraen del contenido de los tipos penales. La teoría de la adecuación social, también se plantea como un correctivo jurídico a la causalidad, mediante la interpretación del sentido de los tipos penales (Cancio Meliá, 2001:45/46); de ahí que la causalidad no podría imputar el hecho como típico, si la acción u omisión ejecutada, era socialmente adecuada, con ello, se corrigen la causalidad, y la misma opera, tanto en tipos dolosos como culposos (Schünemann, 1998: 221/226).

La nueva formulación de la imputación objetiva, descansa en la formulación de distintos criterios, que no son asumidos de *communis opinio*, y es un tema altamente controvertido y nada pacífico, el fundamento esencial, de la imputación objetiva, es la determinación de cuando un resultado, puede ser atribuido a una persona en sede de tipicidad objetiva (Schünemann, 1998:238/239). Según la imputación objetiva, se examina cuando un resultado, producto de una conducta según la causalidad física, puede jurídicamente ser atribuida al agente; de ahí que, se sostenga que dicha doctrina es de la causalidad jurídica y no física, y por lo mismo pretende ser un correctivo de la causalidad física, pero en sede de tipo objetivo, es decir sin recurrir al tipo subjetivo o al menos subordinándolo (Ferrante, 1998: 17).

Los presupuestos de la imputación objetiva para la doctrina sustentante, están erigidos sobre los siguientes aspectos: a) relación de causalidad natural entre acción y resultado utilizando los criterios de la teoría de la equivalencia; b) creación a través de la conducta de un riesgo no permitido o jurídicamente desaprobado; c) exigencia de que el resultado producido sea una concreción del riesgo que se creó, ello de acuerdo con la finalidad de tutela de la norma –fin de protección de la norma– (Eser, Burkhardt, 1995: 120/122). Sin embargo debe indicarse que desde el aspecto metodológico de la sistemática penal, la teoría de la imputación objetiva, se extiende en sus consecuencias a todas las categorías de la teoría del delito (Wolter, 1994; 65)

Cuestión importante, son los criterios que se utilizan por la imputación objetiva, aunque deben indicarse, que no todos ellos gozan de asentimiento en la doctrina, y algunos de dichos criterios se mantienen como opiniones minoritarias. Para la utilización de los criterios, debe recordarse que el primer presupuesto, es la afirmación de la causalidad física (Sancinetti, 1998: 44) lo cual es independiente de los criterios de imputación objetiva; afirmada la causalidad física, debe afirmarse ya la causalidad jurídica, y para ello es necesario confirmar, si la conducta ha producido la creación de un riesgo no permitido; para confirmar o negar ésta última cuestión, se han elaborado diversos criterios de imputación que son los siguientes: 1) conductas en que se actúa de acuerdo a un riesgo jurídicamente permitido; 2) conductas que tienden a disminuir el riesgo;

3) conductas que no han aumentado el riesgo de manera jurídicamente relevante. Sobre dichos criterios a pesar de las discusiones hay más beneplácito en aceptarlos (Eser, Burkhardt, 1995: 124).

Cuando se ha afirmado la creación de un riesgo no permitido, se pasa al restante presupuesto, que radica en la determinación de si la creación del riesgo no permitido, se ha concretado en el resultado, es decir, si ha operado la concreción del riesgo en el resultado; sobre ello se han creado diversos criterios –que son los más polémicos– siendo estos: 1) conductas en las cuales el resultado no realiza el riesgo no permitido; 2) imputación del resultado que supone un incremento sustancial del riesgo; 3) conductas en las que el resultado no está cubierto por el fin de protección de la norma; 4) conductas que producen una aceleración del resultado que siempre se hubiese producido; 5) criterios de cursos causales hipotéticos; 6) casos de causalidad de reemplazo.

A continuación –en apretado epitome– se abordará cada grupo de criterios: (A) creación de un riesgo no permitido. En este aspecto, debe determinarse si la conducta realizada, ha entrañado ya la creación de un riesgo no permitido. Y para esto, se han determinado diversos criterios, que son los que a continuación se detallan.

1) La actuación conforme a un riesgo jurídicamente permitido. En este criterio, el sujeto desarrolla una conducta riesgosa, pero que no está jurídicamente desaprobada, es decir esta permitida (Roxin 1990: 139-140) por ello, la asunción del riesgo esta habilitada por el derecho, si en esa actividad riesgosa, el sujeto no ha excedido los límites del riesgo permitido, el resultado dañoso que cause no le es imputable objetivamente. Cubre las áreas de deportes de riesgo, asunción de practicas de situaciones peligrosas, tráfico viario. Para corregir los ámbitos del riesgo permitido en conductas culposas, se han formulado correctivos, como el principio de confianza, el cual establece, que quien se comporta con el cuidado debido en una actividad de riesgo compartida, podrá confiar que las demás personas también guarden el cuidado debido, mientras no existan motivos fundados que permitan entender lo contrario, por que en tal caso el principio de confianza comienza a decrecer y debe incrementarse el cuidado debido (Jakobs 1996: 105-106) este principio tiene marcada relevancia en delitos culposos de tráfico viario, en responsabilidad por cooperación en la división del trabajo, responsabilidad médica, delitos contra la seguridad etcétera.

2) Conductas que disminuyen el riesgo: Este tópico, trata de los casos en aquellas conductas en las cuales, el autor ha disminuido el riesgo corrido por el bien jurídico, si tal es el caso, no puede imputársele el resultado sucedido a partir de la conducta desplegada. Si la conducta ha buscado aminorar un riesgo no creado, si a consecuencia de ella se lesiona un bien jurídico, ese resultado no es imputable objetivamente, la diferencia que se marca con el estado de necesidad, es que este criterio de imputación objetiva, resuelve el hecho en sede de tipicidad objetiva (Roxin 1996: 365). Si debe indicarse que en algunos casos referentes a las actuaciones medicas deben observarse criterios como el del consentimiento informado, y el de apego a la *lex artis*.

3) Conductas que no incrementan el riesgo de manera relevante. Si la conducta realizada no genera un aumento jurídicamente relevante respecto del riesgo, no procede imputar objetivamente el resultado dañoso sobrevenido. Si se nota, aquí se genera ya un aumento de riesgo, pero es tan mínimo, que el mismo se vuelve irrelevante para poder imputar un resultado lesivo. Para enjuiciar el aumento del riesgo, se proponen los parámetros de la causalidad adecuada, es decir, si *ex ante*, un observador cuidadoso, considera arriesgada la conducta para generar un peligro no permitido, teniendo en cuenta los propios conocimientos del sujeto (Roxin 1996: 366-368)

(B) La creación de un riesgo no permitido debe producir el resultado. Si se ha determinado que el riesgo se creó de una manera no permitida, ello no es suficiente para imputar objetivamente el resultado, para ello se requiere, que el riesgo no permitido que se creó, se concrete en el resultado acontecido. Debe señalarse que en estos criterios no hay una aquiescencia absoluta y que alguno de ellos inclusive son tesis minoritarias.



- 1) Conductas en las que la realización del riesgo no permitido no produce el resultado. En estos casos, el sujeto ha creado un riesgo desaprobado para el bien jurídico, pero el resultado, que se produce no es consecuencia de ese riesgo, aunque esta vinculado al mismo. En tal esquema, el resultado se produce por cursos causales impresivibles, y no dominables por lo que ese el motivo de no concreción del riesgo; por el contrario, si el curso causal es previsible, el mismo es irrelevante en una desvariación no esencial y se afirma la imputación (Roxin 1996: 373-374). Son casos por ejemplo donde se atenta contra la vida de una persona, pero ésta muere por otros cursos causales desligados esencialmente del riesgo originariamente creado. Por la creación del riesgo originario se responde en tentativa.
- 2) El incremento del riesgo considerable hace imputable el resultado. Se señala que, es imputable objetivamente el resultado a la conducta que ha provocado un aumento considerable en el riesgo que se ha concretizado en el resultado, aunque dicho resultado se hubiese evitado, si la conducta hubiese sido cuidadosa pero no con certidumbre. El criterio señala, que el incremento del riesgo es suficiente, aunque si se hubiese observado una conducta cuidadosa (probablemente) el resultado siempre hubiese ocurrido. (Roxin, 1996: 380/384). Aunque como ya se indicó, este criterio no es aceptado de manera unánime, y esta sujeto a consideraciones disimiles, algunas de ellas avanzan en el sentido de la formulación del principio de imputación objetiva en sentido estricto (Schünemann, 1998: 246/247).
- 3) Conductas en las cuales el resultado no esta cubierto por el fin de protección de la norma. Este criterio señala que, aunque la conducta haya creado un riesgo no permitido, y el mismo ha producido un resultado, si la razón de la norma, no tenia por finalidad cubrir al bien jurídico de esa modalidad de causación del resultado, se excluye la imputación objetiva del resultado respecto de la conducta. Es importante considerar, que lo esencial de este criterio es el fin de protección de la norma, que establece límites al riesgo permitido y no el fin de protección del tipo penal. Así cuando el resultado no es una realización del riesgo ilícito creado, ese resultado no queda protegido por el fin de la norma (Roxin, 1996: 377/378) Quedan comprendidos en este criterio, los casos de asunción de riesgos por la víctima (Roxin, 1996:387/393) bajo los modelos de auto-puesta en peligro, y heteropuesta en peligro consentido por la víctima, (Cancio Meliá, 1998: 195/200); de igual manera se considera la denominada auto-responsabilidad de la víctima, bajo los enfoques de autoresponsabilidad como principio prejurídico; autoresponsabilidad como magnitud determinada de modo funcional, que se divide en: teorías del comportamiento típico y autoresponsabilidad y prevención general positiva; la autoresponsabilidad como fundamento material del sistema de imputación (Cancio Meliá, 1998; 264/280) toda esa visión, bajo la línea de la victimo-dogmática (Cancio Meliá 1998, 219/225). También aplica a los casos de causalidad remota o completamente periférica.
- 4) Conductas que producen aceleración de resultados que siempre se hubiesen producido. En estos casos el resultado lesivo, esta por sobrevenir y es acelerado por una conducta dolosa o culposa, que crea un nuevo riesgo y acelera el resultado, mediante interferencia con el mismo. En tales casos, la imputación del resultado le es objetivamente imputable a quien causó la aceleración del resultado. Involucra interferencias de cursos causales y supuestos de eutanasia.
- 5) Cursos causales hipotéticos. Este criterio, permite imputar el resultado del hecho reprobado jurídicamente, y cometido por una persona que de no realizarlo, siempre hubiese sido realizado por otra persona; no opera aquí el principio de asunción, por que las prohibiciones –se dice– no pueden quedar subordinadas a la voluntad lesiva de los particulares, de ahí que, sí el resultado realizado, es la concreción de un peligro creado, exclusivamente por el agente, ese es el fundamento normativo para imputar la concreción del riesgo jurídicamente desaprobado al resultado; este criterio opera para imputaciones dolosas o culposas (Roxin, 1996: 368). La única excepción para excluir la imputación, es cuando se modifica únicamente la causalidad natural, sin empeorar la situación de la víctima, y el resultado siempre sobreviene por que era inevitable; si el daño no se anticipó, ni se aumento conforme al principio de intensificación el resultado no es imputable.
- 6) Causalidades de Reemplazo. En estos casos, se trata de dos o más causalidades diferentes que concurren sin connivencia, pero creadoras cada una de ellas de un riesgo no permitido, que por si solas no hubiesen determinado el

resultado, pero unidas si lo provocan; en estos casos se afirma la imputación del resultado, aunque no se afirme la causalidad física, en estos casos debe considerarse que la determinación de la imputación del resultado la propicia no la acción alternativa, sino la acumulativa.

## **ARTICULO 20.**

### **JURISPRUDENCIA:**

**Posición de garante. Sentencia de la Sala de lo Penal, de las nueve horas del día veintitrés de junio de mil novecientos noventa y nueve (44-98).**

En el Art. 20 Pn., se prevé la imputación de un resultado dañoso a la persona que en razón de un deber jurídico, tuviere la obligación de actuar a fin de evitar dicho resultado; hipótesis normativa aplicable también a las conductas culposas de omisión. En consecuencia, es la omisión del deber de actuar lo que origina el resultado, cuando tal resultado era previsible y evitable, según las circunstancias del caso en particular que se juzga (...) La posición de garante deviene de situaciones como la descrita por el fiscal, en que la realización de labores peligrosas por parte de un subalterno o jornalero, a instancias de un jefe o capataz, obligan a éste a adoptar medidas o a realizar acciones que impidan la producción de un resultado nocivo para la integridad física del trabajador, pues en tales circunstancias se origina el deber jurídico de actuar con el fin de evitar el eventual perjuicio.

### **NOTA DE ACTUALIZACION.**

A los comentarios originales se añaden los siguientes: Se ha dicho que los delitos impropios de omisión, son las infracciones no tipificadas del deber de impedir un resultado de un delito de comisión –tipificado– (Bacigalupo 1989: 228); para que pueda suceder esa inversión, debe existir una cláusula habilitadora, que bajo ciertos requisitos especiales, permita imputar la omisión de un deber jurídico a la comisión de un acto, dicha formula es la utilizada en el precepto que se comenta. En la estructura de los delitos omisivos impropios, coinciden algunos elementos de la omisión propia, que son los que a continuación sólo se mencionan: a) la situación típica generadora del deber; b) la no realización de la acción debida; c) El poder de realización respecto de la acción debida.

Pero los delitos de omisión impropia se caracterizan por la posición de garante, que también –coincidiendo con el comentarista– es el núcleo esencial de los delitos impropios de omisión (de otra opinión en cuanto a la unicidad de la posición de garante Kaufmann 1959: 275; Jakobs 1995: 259). La denominada posición de garante, constituye para el sujeto activo, una especial relación respecto a la tutela de bienes jurídicos, a los cuales en virtud de la posición que ha asumido, debe dispensarles cuidado, protección o vigilancia, pero debe tenerse en cuenta que la posición de garante implica únicamente deberes jurídicos y no deberes estrictamente morales, pues ello significaría una amplitud excesiva de la punibilidad (Dall’Anelles, Fernández, Gatgens, 2001: 27).

Entre nosotros, la posición de garante deviene de unos deberes jurídicos, que son impuestos normativamente, de ahí que los mismos deben entenderse taxativos, y su interpretación queda cubierta por el principio de legalidad (Vaquerano Gutiérrez, 2002: 259) por lo que debe imperar una intelección restrictiva de las fuentes de donde emana la posición de garantía.

Debe acotarse al menos, el origen de la posición de garante, para tener una mayor intelección respecto del presupuesto normativo que utiliza el código penal, así originalmente se distinguió, entre fuentes formales y fuentes materiales (Fuentes de Paz, 2002: 212/215). La sistematización más clásica de la posición de garantía, tiene su fundamento en las denominadas fuentes del deber –teoría formal de las fuentes del deber– para la cual, una omisión se torna antijurídica, cuando el agente tenía en el caso específico, el deber jurídico de actuar para evitar el resultado. De ahí que el deber puede surgir de la ley

(deberes amplios de familia) del contrato (en el sentido que obliga a tutelar bienes jurídicos dispuestos para su protección) y la injerencia o previo hacer peligroso; de esos supuestos los mandatos del deber se han extendido a las llamadas “relaciones especiales de comunidad” y a la libre aceptación del riesgo”.

De esta visión formal de fuentes de posición de garante, se ha pasado a la formulación funcional de las fuentes del deber – cuestión que es debatida todavía sin que medie consenso– por las cuales, el fundamento del deber que explica la posición de garante, se sustenta, en la función que corresponde al omisor en relación a la protección del bien jurídico que le corresponde tutelar. De ahí la división que se hace, entre posición de garante por función de vigilancia de una fuente de peligro, en la cual hay indiferencia de los bienes jurídicos tutelados, y lo que importa es el deber de resguardar el peligro que podría originarse de la fuente que debe tutelar el omisor; y la función de protección de un bien jurídico, en cuyo caso el sujeto activo sí está encargado de la protección de un interés jurídico determinado. A continuación, un breve resumen de lo anterior expone las particularidades de dicha cuestión:

A) Deberes de control sobre específicas fuentes de peligro: Se indica que, quien domina una fuente de peligro, esta constreñido a ejercer control sobre la misma fuente de peligro, de manera que no resulten perjuicios para los bienes jurídicos de los congeneres (manejo de sustancias peligrosas, de animales feroces, de instrumentos de riesgo). En este punto, lo determinante para fundar la cláusula de equivalencia de la omisión con la comisión, será la injerencia no permitida, en la esfera jurídica ajena, por defectuosa organización de quien tiene el dominio de la fuente del peligro, que incluso puede extenderse a terceros que deben vigilarse.

B) Deberes de protección de bienes jurídicos. En estos, el fundamento del deber, radica en los vínculos de deberes naturales, en las relaciones de estrecha comunidad o en la idea de asunción propia de la posición de garante. Por ejemplo los deberes de cuidado entre la familia, siempre que exista una comunidad familiar; los casos de estrecha comunidad, se extiende a casos de relaciones de unidad vitales, en las cuales, se genera una correspondencia de confianza, que implica asunción de deberes mutuos, ante la dependencia que surge de la reciproca asunción, por ejemplo la comunidad de peligros. También se considera, la asunción voluntaria por la cual una persona asume “por su propia cuenta” la protección o a la asistencia de una persona, de ahí que existe asunción, cuando se prometen prestaciones de manera expresa y terminante, o cuando media promesa de asistencia, con lo cual asume los deberes de protección.

De lo expuesto, puede considerarse que el código penal, no sigue en toda su extensión las denominadas fuentes funcionales en la posición de garante, sobre todo aquellas que extiende en demasía los ámbitos de protección, por fuera del tenor literal máximo posible, que brinda el precepto en comento conforme al principio de legalidad, de ahí que, la interpretación que se haga de las cláusulas que determinan la posición de garante, debe ser restringida, en virtud de la capacidad amplificadora de la omisión que tiene la virtualidad de imputar delitos dolosos o imprudentes.

La posición de garante que se recepta es la siguiente: 1) obligaciones de cuidado, protección o vigilancia emanadas de la ley. La posición de garante debe surgir de la ley, en virtud del principio de legalidad, el vocablo ley, debe entenderse en su sentido más restringido como ley formal, de ahí que, si la ley impone a una persona obligaciones de tutela, en el sentido de protección de bienes jurídicos de personas, frente a los riesgos que podrían afectarlos, la omisión de tal conducta es posible imputarla comisivamente si se da una completa adecuación a la tipicidad omisiva impropia tanto objetiva como subjetiva. Las obligaciones de cuidado, protección, o vigilancia, se entienden como deberes que asume el garante. Precisamente, me inclino por una interpretación restrictiva del vocablo “ley”, por que como se verá las otras fuentes de posición de garante, son lo suficientemente flexible para cubrir otras áreas, siempre respetando una interpretación dentro del sentido literal posible.

2) El comportamiento precedente creador del riesgo. Esta fuente de garantía, surge del deber que el agente tiene, de resguardar determinadas fuentes de riesgos, creados a partir de su propio actuar precedente, y es conocida como

“injerencia”, es decir que ante la creación de una situación de peligro –comportamiento precedente o injerencia– el sujeto debe evitar la concreción del resultado, esta modalidad no es nueva y fundamentó la posición de garante en el sentido de que la provocación de un evento de peligro sustentaba el deber de impedir que aconteciera el resultado (Roxin, 2001: 141/142) Precisamente, la injerencia puede tener diversos matices, dentro de los cuales se reconocen: a) los peligros que se originan de las propias acciones, por lo que un hecho anterior del agente es el que genera el riesgo para el bien jurídico (Bacigalupo, 1989: 239); b) los deberes que surgen de los riesgos creados por otras personas, que se encuentran dentro de la esfera de la influencia del omitente, y que el mismo tiene el deber de controlar; c) los deberes que se originan a partir del control directo que el agente tiene sobre determinadas fuentes de riesgo. Precisamente sobre el control de fuentes de riesgo, vinculado a los “focos” de peligro se informa que los mismos tienen una doble consideración: la primera atañe a los controles de origen, teniéndose en cuenta la conducta del productor del foco de peligro; así como la conducta del distribuidor o supervisor del foco de riesgo. La segunda atañe a la cuestión de los controles posteriores que a su vez contienen: a) Controles permanentes; b) controles periódicos; c) controles facultativos (Durán Ramírez, 2001:14/15). Últimamente se han formulado nuevas tendencias respecto de la ingerencia –las cuales deben ser asumidas con recelo– por cuanto extienden de manera amplísima, las relaciones de imputación de la ingerencia, así se señala como nuevos ámbitos de la ingerencia los modelos de organización (Jakobs, 2000:51/55).

3) La denominada “asunción voluntaria de la posición de garante”, por la cual, el agente asume voluntariamente deberes de protección respecto de bienes jurídicos, haciendo que otras personas, renuncien a la prestación de medidas de protección o de ayuda, en tal caso quien asume ésta función de garantía, debe cumplir con los deberes asumidos de protección respecto de la protección o vigilancia del bien jurídico que asumió tutelar, y ante el incumplimiento se da la transferencia de comisión por omisión.

## **ARTICULO 21.**

### **JURISPRUDENCIA:**

**Sala de lo Constitucional. IS002497 acu. 21-98.** Los delitos políticos, comunes conexos con políticos y comunes cometidos por un número de personas que no baje de veinte pueden ser amnistiados siempre que no sean a su vez delitos contra la Constitución o contra el orden constitucional, cometidos por funcionarios públicos dentro del período presidencial en el cual se pretende amnistiarlos (...) La asamblea legislativa puede conceder amnistía por los delitos políticos o conexos con éstos o por delitos comunes cometidos por un número de personas que no baje de veinte, siempre que dicha amnistía no impida la protección conservación y defensa –por la vía procesal penal– de los derechos fundamentales de la persona humana.

### **NOTA DE ACTUALIZACION.**

La adenda que se propone, versa primero en señalar la uniformidad de criterio, para definir el delito político –de ahí quizá la razón– de la extensión a los delitos comunes cometidos con fines políticos y los conexos con políticos, sin embargo hay un elemento común que destacar, y es que el delito político se caracteriza por ser una ofensa contra el ordenamiento político del Estado, por ello resulta explicable, la redacción de: “para efectos penales...” con la cual inicia el precepto. Dos criterios se aduce informan la construcción del delito político, uno es de carácter objetivo, mediante el cual sólo es delito político aquellos hechos que aparecen previstos en las normas penales para defensa de la existencia, seguridad u organización del Estado en cuanto institución política. En tanto, el criterio subjetivo se decanta, por los móviles que impulsan a la comisión de delitos con fines políticos sociales, en cuanto al cambio de una estructura política. Dentro de la teoría del delito político se han fijado algunos presupuestos: a) Que los agentes actúen en nombre de una representación tacita del grupo social que

defienden según su ideología; b) que siempre constituya un ataque a la organización política del Estado; c) que el sujeto activo obre por principios filosóficos, políticos, sociales, que condicionan y determinan su conducta; d) que la acción delictiva tenga una finalidad de trascendencia social.

Dentro de las consecuencias que genera la configuración del delito político es: 1) En caso de la extradición pasiva, si se trata de salvadoreños no procede en ningún caso por delito político, ni los delitos comunes que fueran su consecuencia; 2) la concesión de la amnistía, por delitos políticos, o comunes conexos con políticos.

Es importante adherirnos al comentario de que la divergencia o la disidencia política, no constituye un delito político, esencia de la democracia es el pluralismo, por lo que el disenso político debe tener amplios márgenes de tolerancia en la Construcción de un Estado Constitucional, puesto que la formulación del delito político sobre la base de “combatir” a la disidencia, cualquiera que este sea, es signo inequívoco de regímenes autoritarios, lo cual se puede constatar con los modelos punitivos de delito político, en los cuales sólo aquellos regímenes asentados sobre la idea de *autoritas* establecen penas severas para esta clase de delitos (Vásquez Rossi, 1995: 331/332).

## **ARTICULO 22.**

### **JURISPRUDENCIA:**

**Delitos oficiales y comunes. Sala de lo Constitucional. HS026C95. 96.** La Carta Magna establece únicamente dos categorías de delitos: Oficiales y comunes; los primeros son aquellos cometidos por funcionarios ya sea civil o militar en el ejercicio de sus atribuciones estatales y son ventilados en un procedimiento especial denominado Antejudio, en cambio los delitos comunes son aquellos cometidos por cualquier persona cuya infracción está penada en leyes ya sea de carácter general o especial que las desarrolle y su procesamiento se lleva a cabo en tribunales creados para tal efecto.

**Delito oficial-funcionario público. Sala Constitucional. Amp. 428-99: 22-09-00.** Se identifican con los funcionarios de gobierno en el sentido que ambos tienen poder de decisión frente a los particulares y expresan o ejecutan la voluntad del Estado, cuando esa voluntad se orienta a la realización de un fin público, lo cual los inviste de cierto carácter representativo. Algunos de ellos gozan de fuero constitucional, en el sentido que para ser juzgado por los delitos oficiales que cometan se necesita previa declaratoria de la Corte Suprema de Justicia que hay lugar a formación de causa”.

### **NOTA DE ACTUALIZACION.**

De las consecuencias de la configuración del delito oficial se pueden apostillar: a) La determinación del privilegio de Antejudio, para los funcionarios que menciona el artículo 236 por delitos oficiales, por lo cual la acción penal no puede ser ejercida si no se determina formación de causa –art. 17 CP, 30 CPP, 224 N° 2 CPP 381 CPP– ; b) La garantía de antejudio para los jueces de primera instancia, los Gobernadores Departamentales, los jueces de Paz por los delitos oficiales que cometan. Arts. 239 Cn. 382 CPP; c) La responsabilidad de los Concejos Municipales, por los delitos oficiales será ante los jueces de primera instancia; d) obligación de los funcionarios públicos, civiles o militares de denunciar delitos oficiales cometidos por funcionarios o empleados subordinados. Art. 241 Cn; e) La prescripción de los delitos oficiales, inicia desde que el funcionario cesa en las funciones en las cuales ha cometido el delito oficial que se le imputa. Art. 242 Cn en relación con el art. 243 Cn; f) la exclusión del jurado del conocimiento de delitos oficiales conforme al artículo 189 que únicamente le circunscribe el conocimiento de delitos comunes.

Un punto importante a considerar es, la regulación que el artículo en comento hace del delito oficial, en el sentido de incluir únicamente a funcionarios o empleados públicos, lo cual tiene trascendencia sistemática, por que en otro precepto penal –el artículo 39 CP– se establecen para efectos penales, los conceptos relativos a personas vinculadas al ejercicio de

potestades o labores dentro del Estado. El punto es medular, por que mientras los empleados públicos, que no tienen derecho a antejuicio, son incluidos en el delito oficial, los jueces de primera instancia, así como los jueces de paz y gobernadores, que si están regidos por el procedimiento de antejuicio sólo para delitos oficiales, según mandato constitucional se encuentran excluidos del precepto del artículo 22 CP.

Ante tal situación debe considerarse, que la Constitución es norma primaria y no esta subordinada a ninguna norma secundaria que la contrarie, y que la fuerza normativa de la constitución, se impone por ende ante normas de carácter infra-constitucional, de ahí que, el artículo 22 CP no puede contrariar lo que ha dispuesto el artículo 239 Cn; en tal sentido, se propone aquí una interpretación conforme con la Constitución, por lo que, todos aquellos delitos, que requieran en su estructura típica, la calidad de ser el autor una autoridad pública, cuando dicha calidad sea compatible con los jueces de primera instancia o de paz, el delito que se comete adquiere la calidad de oficial; ello en todo caso, por que así lo manda el artículo 239 Cn; y por ejemplo el prevaricato que requiere la calidad única de ser juez, constituye por antonomasia un delito oficial. La intelección aquí propuesta, no riñe con el principio de legalidad, puesto que el antejuicio, esta dispuesto como una especie de mecanismo de protección de la función que se desarrolla, ante acusaciones infundadas, de ahí que, la interpretación no redunde en perjuicio y además –que es lo más importante– cumple con el precepto de la Constitución, y es que la determinación del delito oficial, tiene dos cuestiones esenciales; una, el sometimiento al régimen especial de antejuicio; dos la exclusión del conocimiento del jurado de los delitos oficiales.

Si es bueno acotar, que delito oficial no significa *per se*, delito cometido por un autor con calidades especiales propias, el delito oficial se estructura, a partir de los requerimientos que la propia Constitución impone, en los artículos 236 y 239; en cambio las calidades especiales de autor, son propios de la dogmática penal, y pueden recaer en una persona que desarrolle una función del Estado, como en otras personas, que sean ajenas a dicha actividad. De ahí que, se pueda decir que todo delito oficial, requiere de una calidad especial del autor, pero que no toda calidad especial en el autor, convierte el hecho en un delito oficial, puesto que, esto último lo ha determinado la Constitución en atención a ciertos funcionarios o autoridades del Estado.

## **ARTICULO 22-A**

### **CRIMEN ORGANIZADO:**

#### **NOTA DE ACTUALIZACION.**

La adición de la reforma, respecto a considerar el fenómeno del crimen organizado, es una cuestión actual, pero a su vez sumamente compleja, desde una primera aproximación la forma de configurarlo –en mi opinión– no ha sido la más feliz, por que para parafrasear a un connotado autor, dicha redacción “peca por defecto” en su inciso primero y “peca por exceso” en su inciso segundo”. Sin embargo, el inciso primero no obstante las limitaciones de que adolece, sirve para hacer una aproximación a la realidad del crimen organizado. Pero debe tenerse en cuenta que sobre el fenómeno de la criminalidad organizada, existe una especie de “tentación” en reducir todos los fenómenos de la criminalidad a la misma, sobre todo de aquella criminalidad marginal, lo cual la vuelve precisamente disfuncional el concepto de crimen organizado, y encubre los verdaderos ámbitos de la criminalidad organizada, de ahí que, se pueda incurrir en excesos conceptuales (Zaffaroni, 2001: 9/11) como los que refleja el inciso segundo del precepto; es por ello que, aunque la criminalidad organizada sea un fenómeno actual, ello no supone la habilitación de exacerbación de los fines simbólicos del derecho penal, por cuanto ello significa, desmedro de garantías, con poca efectividad (Chirino Sánchez, 2002: 13/14) de ahí que, debe mantenerse el balance racional entre eficiencias y garantías como un límite propio del Estado Constitucional, por tal razón, el derecho penal no puede ser construido sobre la base de un derecho penal para enemigos sino para ciudadanos.

Una conceptualización de la criminalidad organizada es compleja, puesto que la dimensión del fenómeno, presenta un marco bastante “poroso” por ejemplo la doctrina distingue dentro de este prototipo de la criminalidad organizada: a) organizaciones mafiosas; b) organizaciones criminales sensiblemente mafiosas; c) organizaciones criminales funcionalmente mafiosas; d) organizaciones criminales ambiguamente constituidas que fundamentalmente persiguen fines económicos (Herrero Herrero 1997: 484).

El panorama bastante nebuloso, que presenta el ámbito de la criminalidad organizada, requiere de algunas precisiones, la primera de ellas es compatible con diferenciar entre un concepto amplio de criminalidad organizada y un concepto restringido de criminalidad organizada (Virgolini, 2001: 46/49). Así crimen organizado, en sentido amplio se refiere a la criminalidad de empresa, la cual comprende todas aquellas actividades, que se desarrollan en relación a las actividades empresariales, constituyendo lo que se conoce como “derecho penal económico”, se trata aquí de la criminalidad en la empresa (Terradillos Basoco, 2001: 97). Por otra parte, un enfoque en sentido estricto de criminalidad organizada, indica que la misma esta constituida por organizaciones criminales, que tienen unas características especiales, que la diferencian de la criminalidad convencional, siendo su finalidad la de cometer masificadamente conductas delictivas homogéneas o heterogéneas; de ahí, la connotación que se le da a la criminalidad organizada estricta como la de “criminalidad como empresa”; aunque para ello, perfectamente puede utilizarse la “empresa” como sucede con la nuevas modalidades de criminalidad; en razón de ello se distingue, de criminalidad contra la empresa, la criminalidad desde la empresa (Mazzacuva, 2001:189/198).

Punto fundamental de la criminalidad organizada, es el criterio que la distingue, el cual radica en la “organización”; sin este presupuesto, no puede haber crimen organizado, pero este no es un concepto rudimentario, que se homologue a la reunión o la planificación, o a la puesta en común en el delito, o la participación plural de personas; estos niveles “primarios” de organización no son compatibles con la noción que constituye la verdadera criminalidad organizada. La organización en materia del crimen organizado, requiere de una cierta complejidad, que la diferencia claramente de las asociaciones criminales (Insolera, 2001: 96/97) de ahí que, la criminalidad organizada pueda presentar diferentes niveles, dependiendo de los requerimientos en los cuales se desarrolle; así, puede constituir una organización criminal con alcance transnacional o solamente nacional; puede tener como finalidad la especialización en un rubro de la criminalidad –criminalidad unidireccional– o puede tener por objeto diversos ámbitos de la criminalidad –criminalidad multidisciplinar– ; puede asumir un modelo único de asociatividad, o un modelo integrado de asociatividad; puede construir un modelo uni-vertical de organización, o un modelo pluri-horizontal de organización. Como se nota, la breve reseña apenas esbozada, determina la complejidad organizativa, en la cual se estructura una organización criminal en sentido estricto.

La estructura de criminalidad organizada en el sentido de empresa criminal, es decir de organización para cometer delitos, requiere que concurren los siguientes parámetros sin los cuales, es difícil entender una organización criminal en estricto sentido: a) la actividad de un centro de poder en la organización, en el cual se toman las decisiones de orientación criminal, que hacer, como hacer, quien va hacer, pero a nivel de grandes directrices; b) distintos de niveles de jerarquía en la actuación de la empresa criminal bien diferenciados, desde la jerarquía hasta los ejecutores y proveedores; sin embargo, los niveles de jerarquía no tienen una interacción directa, sino sectorial, con lo cual, se desconoce por los ámbitos de menor jerarquía, la totalidad de los planes, conociéndose sólo el área que les toca desarrollar; c) Utilización de tecnología “de punta” y una amplia logística, índices elevados de profesionalidad en las áreas a desarrollar; d) fungibilidad absoluta de los miembros que integran la estructura criminal en las áreas inferiores; anonimato internivelario para los miembros de las cúpulas. Mientras en la cúpula se tiende a la estabilidad, en los niveles inferiores se tiende a la renovación por inclusión; e) nivel de obediencia altamente potenciado, y correspondencia disciplinaria al cumplimiento de órdenes; f) transnacionalidad y

corporatividad en el crimen internacional; g) apariencia de legalidad e infiltración en los centros financieros; h) vinculación con centros de poder estatal de mediana y larga entidad.

Es oportuno citar, que cada sector especializado del crimen, presentara sus propias características a nivel de organización criminal, sólo para detallar un ejemplo, es apropiada la cita que hace Joshi sobre las características de la organización criminal en materia de delitos relacionados al tráfico de drogas: “a) existencia de una seria planificación y preparación del hecho criminal..; b) la ejecución del hecho será realizada por profesionales altamente cualificados..; c) las ganancias obtenidas se intentan introducir mediante el blanqueo de dinero en la economía legal; d) los grupos mantienen vínculos supraregionales; e) estructuración fuertemente jerarquizada; f) Gran poder corruptor; g) ámbitos de actuación del más diverso tipo; h) actitud criminal de grupos”. (Joshi Jubert 1998: 199/200).

De lo anterior, es posible resumir las características que ostenta en general la criminalidad organizada, indicándose que alguna puede o no concurrir, pero atendiendo a las necesidades de la propia empresa criminal, así por ejemplo la transnacionalidad, empero deben de presentarse la mayoría de presupuestos que son los que a continuación se detallan: I) organización criminal con cúpula de mando; II) Jerarquización estratificada; III) especialización en una o diversas áreas de la criminalidad, finalidad permanente de ejecución delictiva; IV) objetivos de lucro en áreas financieras o de dominación política; V) utilización de una sofisticada logística; VI) Transnacionalidad y organización criminal internacional; VII) Altos niveles de disciplina y obediencia; VIII) fungibilidad de miembros inferiores, distribución de roles; IX) gran capacidad de corrupción; X) Vinculación con centros de poder estatal; XI) sentido de pertenencia de los miembros a la organización.

De lo anterior, debe distinguirse ya que la criminalidad organizada, debe ser pulcramente distinguida de la criminalidad asociada, y de la coautoría sea esta material o funcional, puesto que estas formas de pluralidad criminal, se ven desbordadas por la complejidad de la criminalidad organizada, de ahí que, en estos casos debe hacerse una interpretación restrictiva, puesto que, ni las asociaciones delictivas ni la coautoría o la participación plural en el delito, importan criminalidad organizada.

La criminalidad asociada, comparte algunos elementos de la estructura de la criminalidad organizada, pero no con la intensidad, ni con la extensión de la empresa criminal. En cuanto a los elementos comunes de la criminalidad asociada se cita: a) organización; b) sentido de pertenencia del sujeto a la asociación; c) Jerarquía; d) distribución de roles; e) objetivos delictivos generales; f) uso meridiano de logística; g) sentido de permanencia de la asociación. En cambio la coautoría funcional o la codelincuencia, solo asumen mínimos niveles de organización, fundamentados en el reparto de roles para la ejecución del delito. De ahí que no se puedan hacer analogía respecto de la criminalidad organizada, la criminalidad asociada y la coautoría; tampoco corresponde confundir criminalidad organizada y “criminalidad de masas”; por cuanto estas confusiones únicamente potencian el encubrimiento de la verdadera criminalidad organizada (Hassamer, 2001, 4); en virtud de lo mismo, debe reafirmarse que el precepto en comento, debe interpretarse en un sentido restrictivo, puesto que depara algunas limitaciones a derechos fundamentales, cuya legitimidad no corresponde analizar en este apartado.

Del examen del precepto que acuña la figura de crimen organizado, resultan algunas inconsistencias, por ejemplo se alude al término “forma de delincuencia” que es sumamente indeterminado, cuando lo oportuno hubiese sido vincularlo a una organización, con determinadas características; también la noción de hecho ilícito, no es precisa, puesto que el ilícito es común a todo el ordenamiento jurídico; se dejan por fuera características propias del crimen organizado que son vitales para enfrentar efectivamente este tipo de criminalidad. Sin embargo, haciendo un esfuerzo y mediante una reducción restrictiva del precepto pueden configurarse los presupuestos que aplican de *lege lata* : 1) De el elemento “conjunto de personas”, pueden extraerse la organización criminal, y dotarla de contenido con las características que se han mencionado *supra* para no manejar un concepto extensivo de organización; 2) del elemento “a mantener una estructura jerarquizada” puede dotarse de un contenido restrictivo en el sentido de exigir, una cúpula, estructura permanente, fungible, disciplinada, distribución de



roles, sentido de pertenencia ; 3) Del elemento “con el propósito de planificar y ejecutar hechos ilícitos”, puede colmarse el aspecto de finalidad de ejecución delictiva y de especialización delictiva; 4) Del elemento “finalidad de lucrarse con bienes y servicios ilegales” se puede obtener los presupuestos de gran capacidad de corrupción y utilización de extensa logística; 5) el último elemento es diferenciador, y de una finalidad lucrativa y de poder, se pasa a una finalidad organizativa para cometer actividades de terrorismo, que también es una forma de criminalidad organizada pero con otras características especiales.

El inciso segundo, de infausta creación –pierde toda racionalidad– puesto que homóloga el crimen organizado, inclusive con la coautoría, al ceñir la consideración de organización criminal a dos personas, lo cual es completamente disfuncional con la configuración de la criminalidad organizada; de igual manera, es completamente disfuncional vincular la criminalidad organizada a un régimen de delitos, como el que prescribe el código penal, inclusive –de manera insólita– el de “asociaciones ilícitas”. Para no hacer disfuncional la figura de crimen organizado, debe respetarse la estructura del precepto que se consideró en el inciso primero, y entender que los delitos mencionados deben ser cometidos no por dos o más personas, sino por una estructura criminal que debe reunir las características del crimen organizado, de lo contrario el precepto deviene en excesivo en cuanto a su contenido, vale decir, es desproporcional y además por su generalidad llevaría a transgredir el principio de certeza. Un último aspecto de eficacia para enfrentar el fenómeno de la criminalidad organizada, es no sólo recurrir a la prevención normativa, sino fortalecer y potenciar la prevención técnica (Hassemer, 2001: 4/6).

Conviene ahora examinar otros tópicos que son consecuencia de la aplicación de la figura del crimen organizado: a) Si el crimen organizado es de manera patente una organización ilícita, la excepción del régimen de libertad condicional, es una de las consecuencias que se manifiesta, en tal sentido quienes fueran condenados por delitos en los cuales se hubiese actuado mediante criminalidad organizada, estarían por fuera de que se les concediera la libertad condicional, cuestión diferente, es si ello es legítimo; b) El sometimiento a un régimen especial de prisión en aislamiento en virtud de lo establecido en el artículo 45 N° 1 que hace un reenvío “a los casos previstos por la ley” siendo que el artículo 103 de la Ley penitenciaria, asocia a los delitos cometidos bajo la forma de criminalidad organizada, la aplicación del régimen especial, lo cual es independiente a la conformidad con la constitución de una normas de tal calada de intervención punitiva; c) Modificación a la competencia territorial funcional de los jueces de paz, cuando el hecho sea cometido con visos fundados de una actividad de criminalidad organizada, por lo cual conocerán los jueces de Paz de la Cabecera Departamental, art. 59 inciso final CPP; d) Modificación de la competencia en cuanto el conocimiento de delitos bajo la forma de crimen organizado son de exclusiva competencia de los tribunales de sentencia, art. 53 N° 9 CPP; e) necesidad de los anticipos de prueba en casos de criminalidad organizada, art. 270 inciso 5 CPP; e) en el delito de fraudes a las comunicaciones la concurrencia de una agravante especial, al destinar el uso de comunicaciones a la realización de delitos por crimen organizado, art. 238-A CP. Como se nota, las consecuencias de la aplicación de la norma de crimen organizado, puede generar diversas consecuencias, por lo que se requiere una interpretación restrictiva del precepto, de lo contrario podría llegarse a cuestiones disfuncionales como por ejemplo, entender que un homicidio cometido en coautoría, es una actividad de crimen organizado, cuando esa figura es completamente incompatible con las cuestiones de la criminalidad organizada, cuando se comete en tal forma de participación en el delito. Por último debe señalarse que de *lege ferenda* el actuar bajo la estructura de criminalidad organizada lo que constituye es una circunstancia modificativa de la responsabilidad penal, por cuanto constituye una agravante (Joshi Juver, 1998:193/195) y tal opción parece viable desde fines sistemáticos, pero tal opción no fue acogida por el legisferante.

## ARTICULO 23.

### JURISPRUDENCIA:

### NOTA DE ACTUALIZACION.

Debe considerarse primero, el carácter extraordinario de la criminalización de la proposición y de la conspiración, su punibilidad les viene marcada únicamente cuando se configuren como tipos penales autónomos, pero debe hacerse énfasis que esta forma de criminalización de conductas, debe ser excepcionalísima, puesto que en relación con ellas se encuentran los principios de intervención mínima y lesividad del bien jurídico. Resulta legítima –entonces– la punición de la proposición y la conspiración, si la misma es sólo a título extraordinario y mediante penas proporcionadas a la entidad de peligro del bien jurídico. Si se nota, en la formulación del *inter-criminis*, la proposición y conspiración aparecen en la fase intermedia, como resoluciones manifestadas, y se ubican previamente a los actos preparatorios punibles, consistiendo en la comunicación que uno o más sujeto hacen a otro u otros, de la decisión de cometer delitos, se dividen en proposición y provocación, el ordenamiento salvadoreño sólo admite las dos primeras.

La proposición, consiste en la exteriorización de la propia decisión para cometer un delito y de la solicitud a una o más personas para que participen en su realización; de ahí que, el sujeto realice una actividad de convencimiento a otro para que cometa un delito, sin que el delito se cometa. Por ello se ha estimado por la doctrina, que la provocación es una especie de instigación frustrada. Se requieren como requisitos de la proposición: a) resolución del provocador para cometer un delito determinado; b) solicitud expresa a persona o personas determinadas para que ejecuten el delito; c) la conducta tiene que ser dolosa.; d) no ejecución del delito, por cuanto si se inicia la ejecución, la proposición es absorbida por la tentativa.

En cambio la conspiración, se constituye por el acuerdo de dos o más personas, para ejecutar un delito. El acuerdo para delinquir, no requiere que se haga a nivel de coautoría, sino que puede estar referido a que uno o algunos de los concertados intervengan en el delito como cómplices. Se ha señalado que la conspiración en su estructura, es asimilable a una coautoría anticipada, en el sentido que hay una concertación y posterior resolución para delinquir, por lo que siendo una figura análoga debe regirse también por los parámetros de que el conspirador debe reunir las calidades especiales que tendría el coautor anticipado; y de igual manera rigen las normas del desistimiento, por lo que, si los concertados deciden por su propia voluntad ya no seguir con el plan criminal, el hecho se deviene en impune. Los requisitos para la conspiración serán: a) Concierto de dos o mas personas determinadas para cometer un delito cierto y determinado; b) resolución de ejecutar el delito determinado; c) la conducta tiene que ser dolosa; d) no debe mediar inicio de ejecución del delito, por que si este ocurre absorbe la conspiración. De manera importante la doctrina señala que para el delito conspirado deben concurrir los siguientes elementos: 1) concurrencia de dos o mas personas; 2) unión o concierto de voluntades; 3) orientación de todos al mismo hecho; 4) decisión firme de ejecutarlo plasmado además en un plan concreto ya acabado; 5) actuación dolosa de cada conspirador; 6) Viabilidad del proyecto. Este último requisito es importante a fin de no caer en el absurdo de castigar por conspiración a individuos que no tenían posibilidad alguna de llevar a cabo su plan. (San José Arango, 2001, 96).

Los delitos de proposición y conspiración tienen su fundamento en la denominada “criminalización en un estadio anterior, o en las avanzadas de la lesión de un bien jurídico (Arce Viquez/Chirino 2000: 4) el fundamento de dichas opciones de criminalización, es extender la tutela penal hacia espacios que tienden a preparar el delito aunque sea de manera remota, pero debe tenerse en cuenta que esta forma de tutela, no es legítima de cualquier bien jurídico, sino sólo de aquellos que por su importancia requieren una tutela reforzada, por ejemplo la vida, sin embargo debe considerarse ello como extraordinario y debe también considerarse que la punición debe estar acorde al peligro lejano para el objeto de tutela. Precisamente, este aspecto es esencial para considerar, que de acuerdo al principio de proporcionalidad de penas y al principio de lesividad, ambos de rango constitucional, la sanción penal que se señale para estas formas de resoluciones

manifestadas, debe ser mínima y debe respetar, no sólo por sistemática sino por la primacía de los principios anteriores –al cual se vincula además el principio de culpabilidad– los límites de otros institutos penales, como la tentativa y el delito consumado.

De ahí que, la proposición y conspiración cuando adoptan la modalidad de delito autónomo, no pueden tener límites que coincidan ni siquiera con el mínimo del delito tentado, es decir la penalidad de la provocación y la conspiración, debe estar por debajo del límite de la tentativa, y es que, las primeras se corresponden a un peligro remoto para el bien jurídico –tan distante que es previa a los actos preparatorios– mientras que la tentativa, es un inicio de ejecución, que genera ya un peligro concreto para los intereses vitales, ello es así, en virtud del principio de diferenciación en los ámbitos externos de la configuración típica, que estatuye el principio de culpabilidad en materia de proporcionalidad de penas, el cual establece que, las penas del delito consumado, deben ser diferentes a las del delito imperfecto en cuanto a sus límites mínimos y máximos; y de igual manera las penas de la tentativa, no deben ser coincidentes en sus límites respecto de las penas que tengan asignadas la conspiración y la provocación en delitos de la misma naturaleza.

Si no se guarda esa simetría, hay una clara violación de los principios aludidos. En nuestro caso, la criminalización de la proposición y conspiración para los delitos de homicidio agravado, robo, robo agravado, extorsión y conducción de mercaderías de dudosa procedencia, entrañan esta desproporcionalidad, que altera la esencia de los principios aludidos. Conviene aquí destacar la opinión del Instituto Interamericano de Derechos Humanos que refiriéndose a la punición de los actos preparatorios, que inclusive son posteriores a las resoluciones manifestadas tiene dicho: “el delito se convierte en un mero signo de voluntad contraria a la ley pasa a segundo plano su naturaleza de lesión al derecho. Se trata de una variable idealista de la teoría del acto sintomático, que lleva a la punición de la voluntad revelada con el acto inequívoco. Nuevamente se quiebra el dique que separa la moral del derecho y el Estado asume el papel de director ético de las personas, se convierte en un estado ético” (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1986: 67)

## **ARTICULO 24.**

### **JURISPRUDENCIA:**

**Elementos de la tentativa. Sentencia de la Sala de lo Penal, de las diez horas y treinta minutos del día veintisiete de noviembre de dos mil dos (183-01).**

Esta Sala estima que de conformidad al Art.24 Pn.: "Hay delito imperfecto o tentado, cuando el agente, con el fin de perpetrar un delito, da comienzo o practica todos los actos tendientes a su ejecución por actos directos o apropiados para lograr su consumación y ésta no se produce por causas extrañas al agente". Tal concepto guarda concordancia con lo sustentado por la doctrina según la cual existe tentativa cuando el autor del hecho "da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores y no practica todos los actos de ejecución que debieran producir el delito, por causa o accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento". De lo expuesto se extraen como elementos del delito tentado: 1) El comienzo de la ejecución del delito, lo cual significa traspasar la frontera de los actos preparatorios a los actos ejecutivos; 2) Tal inicio de ejecución debe ser con el fin de perpetrar un delito, por lo cual se advierte que debe haber conocimiento y voluntad de un delito determinado, por lo cual se requiere una conducta propiamente dolosa; 3) que los actos para lograr la ejecución y la consumación sean directos y apropiados; y 4) que no obstante esa propiedad y primariedad de los actos no se logre la consumación por causas extrañas al agente.

**La tentativa no es un tipo penal autónomo sino dependiente. Sentencia de la Sala de lo Penal, de las nueve horas del día catorce de mayo de dos mil dos (88-00).** La tentativa entonces tiene una doble fundamentación, la primera aparece sustentada por el dolo (la concreta voluntad de obtener un resultado afectante de un bien jurídico); y la segunda en

la exteriorización de ese dolo. Por regla general, la Tentativa, siempre y cuando sea idónea, es punible, de acuerdo a nuestro ordenamiento legal; en consecuencia, es susceptible de ser reprimida con la imposición de una sanción penal conforme a lo establecido en el Art.68 Pn.. Haciendo eco de determinadas corrientes del pensamiento jurídico que postulan que la conducta consumada y la intentada son acreedoras del mismo reproche punitivo en tanto que demuestran similar peligrosidad y reprochabilidad en el sujeto activo del delito, quien no ha visto consumada su acción por circunstancias ajenas a su pretensión, sin que por ello deba verse -favorecido, el Código desarrolla una regla de tal amplitud que permite que la conducta consumada y la intentada puedan ser objeto de reproche de similar trascendencia.

En ese orden de ideas, de acuerdo al grado de realización del tipo penal, se distingue entre consumación y tentativa, siendo ésta denominada por la doctrina "Dispositivo Amplificador del Tipo", por cuanto se refiere una de las fases de ejecución del delito, revistiendo por ello una importancia fundamental par la interpretación y aplicación práctica del Derecho Penal. Mientras que en la consumación se alcanza la perfección de la conducta descrita como punible, es decir, que el autor ha realizado su voluntad de acuerdo al plan que previó, no concurre lo mismo con la tentativa, en donde, a pesar de la puesta en marcha del plan, el hecho no se consuma por causas independientes de la voluntad del autor. En virtud de la existencia de éste dispositivo amplificador del tipo puede plantearse una división entre tipos autónomos y tipos subordinados, según la terminología del autor Ernest Von Beling. Son autónomos los tipos penales que se rigen por sí mismos dentro de un marco penal determinado, por ejemplo: el homicidio. La autonomía de estos tipos está referida a la realización del tipo objetivo; es decir, para que se consideren autónomos, precisan de su consumación. Son subordinados aquellos tipos que en conjunción con otros, dan lugar a figuras delictivas accesorias. Esta subordinación obedece a que el comportamiento del autor, aún logrando el tipo subjetivo, no realiza el tipo objetivo, tales son los casos de las figuras imperfectas en su consumación.

Los elementos que constituyen la tentativa se corresponden a: 1) inicio de ejecución doloso; 2) que el comienzo de esa ejecución sea para realizar un delito determinado, por lo cual se requiere una conducta dolosa; 3) realización de actos directos o apropiados para la ejecución; 4) no consumación del hecho por causas extrañas al agente.

Por último es oportuno acotar, que fundamento esencial de la tentativa, ha sido distinguir entre los actos preparatorio y los actos de ejecución, siendo que precisamente en esos ámbitos han discurrido la formulación de diferentes teorías que han pretendido fundamentar la tentativa, siendo ello un aspecto demasiado extenso conviene aquí únicamente citarlas: a) la teoría de la univocidad –Carrara– que señala que mientras los actos preparatorios son equívocos, los actos ejecutivos son unívocos; b) La teoría formal objetiva –Liszt– que señala que la ejecución constituye la realización del núcleo del tipo penal o con palabras propias del profesor de Berlín cuando “la manifestación de la voluntad dirigida a la producción del resultado (es decir emprendida en la creencia de que el resultado sobrevendrá) queda sin efecto” (Liszt, 1929: 3); c) Teorías materiales objetivas que en su más avanzada formulación señalan como criterio rector, la puesta en peligro del bien jurídico respecto de la acción ejecutada (Stratenwerth, 1982: 205); d) Teoría individual-objetiva –que supera las teorías meramente subjetivas– por la cual se formulan de manera sincretica, criterios de naturaleza objetiva tanto en su vertiente formal –vinculación al tipo penal– como de índole material –de intermediación al tipo penal–; pero a su vez añade criterios de carácter subjetivo –como el plan del autor– que permite configurar la tentativa desde la representación del autor, pero teniendo en cuenta –como límite– su cercana vinculación a la realización del tipo penal, es por ello que se señala que: “mediante el elemento de dar principio directamente a la realización del tipo se pretende aproximar la tentativa “hasta el límite mismo de la acción típica”. Las acciones de la tentativa sólo son, por consiguiente sucesos “que se encuentren situados inmediatamente antes de la realización de un elemento del tipo” (Jescheck, 1993: 470).

## ARTICULO 25.

### JURISPRUDENCIA:

**Delito imposible-agente encubierto. Sala Constitucional. HS209-2000; 15-03-01.** La figura del agente encubierto no puede ser considerada per se inconstitucional, ni por el contrario puede afirmarse de manera general, que esté revestida de total constitucionalidad, ya que dependerá en cada caso de cómo se haya desarrollado la actuación policial. Si el agente encubierto se infiltra en una organización criminal, no encuentra resistencia a la comisión de hechos con toda certeza conocidos como punibles; y el imputado actúa con libertad y espontaneidad, y si bien los hechos surgen a raíz del contacto que impulsa el agente encubierto, debe tenerse en cuenta que la decisión última queda reservada al sujeto investigado; por lo que no sería adecuado reconocer que hay violación a sus derechos.

**NOTA DE ACTUALIZACION AL INCISO SEGUNDO:** El inciso segundo agregado por reforma, excepciona alguno de los supuestos del delito imposible, en los casos de lo que denomina operaciones policiales autorizadas y parte de los supuestos siguientes: 1) alteración de circunstancias reales para la consumación; 2) alteración de los objetos necesarios para la consumación; 3) que se alteren la existencia o las calidades de los sujetos, para la consumación.

Por la forma en que se concreta la “operación policial”, en el sentido de alterar circunstancias de la realidad, de los objetos, o calidades, o existencia de los sujetos, resulta obvio que nos encontramos ante las llamadas “operaciones de investigación encubiertas” las cuales se indica, constituyen un “método de inducción engañoso al delito para detener al inducido y poder inculparle posteriormente responsabilidad penal”. Sin perjuicio de otras valoraciones ético-políticas, que se le podrían hacer al agente provocador, respecto de su legitimidad constitucional, conviene aquí valorar exclusivamente el aspecto dogmático de ofensividad al bien jurídico, que es el punto esencial desde el derecho penal que entiendo resulta comprometido.

Como se dijo en los comentarios a la garantías penales mínimas, los principios que se derivan de la Constitución, son indisponibles para el legislador, en cuanto ello signifique vaciarlos de sus contenidos esenciales; puede que los principios, como toda norma mantenga un margen de excepcionalidad, pero las mismas, no los pueden llevar a volverse disfuncionales, es decir a perder el contenido meridiano garantizador, si ello sucede así, el principio se ve alterado en su núcleo esencial y esa alteración es desproporcional. En el precepto examinado, lo que se plantea es un delito sin ofensa real para el bien jurídico, y en éste, priva el principio del artículo 3 CP, que es una derivación del principio de lesividad de rango constitucional, y que exige que la conducta para que merezca pena o medida de seguridad, debe poner en peligro al bien jurídico, de ahí que, si mediante la operación encubierta, nunca estuvo en riesgo ningún bien jurídico, no puede haber injusto penal, puesto que una de las manifestaciones del principio de lesividad, es la concreción del principio de antijuridicidad material, por el cual, no sólo basta la mera infracción normativa, sino que además debe ofenderse en grado de peligro al bien jurídico; pero si se trata de alteraciones de circunstancias reales, alteración del objeto en el cual recaerá la conducta delictiva, o de las calidades o existencia del sujeto, no es posible que se manifieste una ofensa para el bien jurídico, y en tal caso, sólo se tiene un desvalor de acción, pero no un desvalor de resultado, de ahí que la conducta no pueda ser punible en esas circunstancias. Algunos ejemplos aclaran lo anterior. Si en una operación encubierta de drogas, para capturar a un comprador-distribuidor, se le entrega una sustancia que no constituya “droga”, como podría imputarse esa alteración del objeto, como un delito que ofenda la salud pública. Si para capturar a un peligroso “sicario”, se realiza una operación encubierta, en la cual la víctima es un “muñeco”, como podrá imputarse una tentativa de homicidio, como delito que haya puesto en peligro la vida. Si para “atrapar” a un médico abortista, se verifica una operación encubierta, en la cual una mujer no embarazada es el “señuelo”, como podrá imputarse posteriormente un aborto si no ha habido nunca peligro

para el *naciturus*, por que éste no existía. Es importante indicar, que el principio de lesividad, impide punir aquellas conductas, en las cuales el bien jurídico nunca ha sido puesto en riesgo, y esa razón opera para la indoneidad de las conductas, sean o no producto de una operación encubierta, por lo que, al no haber riesgo para el bien jurídico no puede haber pena como lo afirma el artículo 3 CP, que es rector en materia de punibilidad y que subordina a los demás tipos penales. Los límites admitidos en este caso, serían las operaciones mediante agente encubierto y el delito experimental, en los cuales el bien jurídico si es posible que se someta a un riesgo de lesión en cuyo caso quedaría salvada la lesividad y su legitimidad corresponde a problemas de licitud o ilicitud de la prueba.

## **ARTICULO 26.**

### **JURISPRUDENCIA:**

### **NOTA DE ACTUALIZACION.**

Aquí sólo conviene destacar, que la punición de los actos de la tentativa, tienen sus excepciones sistemáticas con la figura del delito desistido, tanto el denominado desistimiento activo como el desistimiento pasivo. En ambos casos, el agente debe desistir voluntariamente. En el desistimiento activo, el sujeto ya ha realizado todos los actos de ejecución, y sólo falta que sobrevenga el resultado, se impone aquí para que se desista voluntariamente, que el sujeto realice una actividad positiva, para que el daño no sobrevenga, esta actividad dado el grado de avance de ejecución del delito –en el cual sólo resta la consumación– debe ser eficiente, es decir debe evitar el resultado, de lo contrario si se estropea el intento de evitar el resultado y el delito se consuma, el hecho queda imputado en grado de consumación, aunque si es ponderable la atenuante del artículo 29 N° 4.

De evitarse exitosamente el resultado, la conducta se excluye, salvo que por el grado de ejecución, y atendiendo al delito en particular, se impute la consumación de un delito de pasaje, que también halla alcanzado por los avances de la ejecución un grado de autonomía. El otro aspecto es el llamado desistimiento pasivo, por el cual, el sujeto ha dado inicio a la ejecución, pero sin desarrollar todos los actos ejecutivos, en tal situación, es suficiente con que el agente interrumpa la ejecución, es decir cese en los actos que realice, aquí el desistimiento siempre que sea voluntario, se colma con un dejar de hacer, para no continuar con la ejecución y alcanzar el resultado. De los elementos del desistimiento, puede indicarse que son: a) una desistimiento del agente de proseguir con los actos de ejecución del delito (desistimiento pasivo) o un desistimiento de alcanzar el resultado (desistimiento activo); b) que dicho desistimiento sea voluntario, lo cual significa que no debe ser impuesto por ninguna circunstancia extraña a la decisión agente, pero en este punto debe serse comedido, los factores extraños sólo tienen relevancia si son internos, cuando son externos, pierden su relevancia; por impactar en el desistimiento haciéndolo involuntario, de ahí que la clave sea la voluntad del agente, pero con independencia de cuestiones externas; por que como bien se ha dicho: “no es la causa la que tiene que ser independiente sino la voluntad del autor” (Muñoz Conde, 1972: 70/71) es decir libre determinación sin condicionamientos externos conocidos por el autor; c) que sea definitivo, lo cual expresa que el desistimiento no puede ser provisional, aunque este parámetro también debe considerarse ponderadamente en cada caso en particular; d) el desistimiento debe impedir el resultado.

Cuestión importante sobre el desistimiento, son las siguientes: se indica que no hay desistimiento voluntario cuando: a) se desiste por que se cree que se han realizado todos los actos necesarios para la consumación; b) cuando ya no es posible proseguir la ejecución por el concurso de causas extrañas que interrumpen la ejecución; c) por que el medio material que se ha utilizado ha sido insuficiente; d) cuando se decide realizar otra forma de ejecución de conducta; e) cuando se interrumpe mediante engaños del sujeto pasivo. En cuanto a que el desistimiento sea definitivo, se indica que el mismo no concurre en el caso de postergación, que es cuando el sujeto difiere por una razón de conveniencia la ejecución delictiva, pero no desistiendo de ella sino sólo aplazándola transitoriamente para continuarla después. También es oportuno citar, la famosa

frase de Frack que resume la cuestión del desistimiento: opera el desistimiento voluntario cuando el agente se dice: “puedo pero no quiero”; por el contrario no hay desistimiento voluntario cuando el sujeto afirma: “quiero pero no puedo”.

## **ARTICULO 27.**

### **JURISPRUDENCIA:**

#### **NOTA DE ACTUALIZACION.**

**A) El cumplimiento de un deber legal:** Los requisitos que se señalan son: a) la existencia específica de un deber jurídico, puesto que tiene que devenir de la ley entendida en su sentido material, límite de ello es el respeto de los derechos y libertades fundamentales; b) el deber cumplido amparado en el precepto penal, debe de ser mayor jerarquía del que no se cumple; c) el cumplimiento del deber debe ser estricto, de ahí que al agente no le es dable, rebasar los límites que se establezcan por el deber normativo, se trata de impedir las situaciones de abuso de derecho, de ahí que los casos de abuso de poder que no son competencia del agente no se encuentran cubiertos por la eximente; d) Necesidad de ejecución de la conducta que impone el deber, en virtud de ello, si no es necesaria la limitación de un derecho, para cumplir con el deber la misma es excesiva; e) la exigencia subjetiva de que el sujeto realice la conducta con la finalidad de cumplir con el deber.

### **JURISPRUDENCIA.**

#### **NOTA DE ACTUALIZACION.**

**II) El ejercicio legítimo de un derecho.** Los requisitos son: a) la existencia de un derecho subjetivo, puesto que la causa permisiva no puede amparar el ejercicio de cualquier derecho, constituye un derecho subjetivo, la prerrogativa, concedida por el derecho objetivo, a una persona para hacer, no hacer o exigir, de ahí que no se trate de una mera situación jurídica, sino de un verdadero derecho que por ello debe emanar del orden constitucional, fuente de todo derecho; b) el agente debe ser el titular de dicho derecho, es por ello que, el ejercicio del mismo sólo a él le corresponde; c) el ejercicio del derecho debe ejecutarse respecto de la persona que aparece obligada a soportar; d) el ejercicio del derecho, debe ser actual respecto del particular a quien le corresponde su débito, salvo caso de los derechos absolutos; e) el agente debe tener la capacidad jurídica de obrar; e) el ejercicio del derecho debe ser legítimo, lo cual significa, que ese derecho no puede ser usado abusivamente o de hecho, cuando hay otros mecanismos para hacerlo, de ahí que por esta vía, se evita el ejercicio arbitrario del derecho, para lo cual su ejercicio debe interpretarse restrictivamente; f) el ejercicio del derecho debe ser necesario; g) el ejercicio del derecho en ningún caso puede implicar una afectación grave contra la dignidad de la persona.

### **JURISPRUDENCIA.**

#### **NOTA DE ACTUALIZACION.**

**III) cumplimiento de una actividad lícita.** El fundamento de la eximente, es el del interés preponderante, pero de manera esencial no rige la ponderación de bienes respecto del interés, sino la satisfacción del mismo, aunque ello pasa siempre por un juicio de proporcionalidad, respecto de otros derechos en conflicto. Requisitos: 1) la existencia de la actividad, lo cual implica que en el caso específico, el dispensante, tiene que haber realizado la conducta en el ejercicio de la profesión oficio o arte. De ahí que, haya una necesidad de obrar en el sentido de ejercicio de la actividad, para quedar comprendido dentro de la exigencia; 2) la actividad en cuanto profesión, oficio, o arte debe de ser lícita, ello significa que no deben ser contrarias a la legalidad, de ahí que, en el ámbito de los oficios o arte, dicho ejercicio puede quedar subordinado al libre ejercicio, sin necesidad de grado académico, salvo que las mismas impliquen un peligro ostensible para los bienes jurídicos; 3) El ejercicio de la actividad debe ser legítima, lo cual implica, la observancia a la reglamentación debida si la actividad esta reglada, de no estarlo, la atención al cuidado debido; 4) el ejercicio de la actividad no puede encontrar sustento en

violaciones graves contra la dignidad humana, lo cual tendrá que considerarse en cada ámbito de la actividad que se desarrolle (periodismo, medicatura, ejercicio de la abogacía); 5) el ejercicio de la actividad, debe colmar el aspecto subjetivo de obrar con la finalidad del ejercicio profesional o de la actividad que se desarrolla.

Conviene aquí mencionar, que este grupos de casos, se discute en la doctrina si pueden ser tratados como causas justificante o como cuestiones que revelen la tipicidad, sobre ello no hay consenso, y la postulación de los mismos rebasa los alcances de estos comentarios, pero es importante dejarlo al menos señalado, por que los efectos de tratarlos como justificante o causas de exclusión de la tipicidad, genera diversas consecuencias (Campos Calderón, Jaramillo Lescano, Sánchez Escobar: 2001: 142/143)

#### **IV ) LEGITIMA DEFENSA.**

##### **JURISPRUDENCIA:**

**Legítima defensa-necesidad de defenderse. Tribunal Primero de Sentencia, de San Miguel, 21/06/00.** Según Cobo del Rosal, tratadista de Derecho Penal español, la necesidad del medio defensivo empleado ha sido vista generalmente como una referencia a la proporcionalidad entre ataque y reacción; no obstante que aunque en sentido amplio puede utilizarse la idea de proporcionalidad como criterio rector a partir del cual establecer los límites de la reacción defensiva; en sentido estricto, puede afirmarse que la legítima defensa no contiene exigencia alguna de proporcionalidad concreta. Para determinar si el comportamiento empleado por el acusado se debió a la necesidad de defensa, la doctrina nos expresa que la necesidad del medio defensivo empleado debe ser razonable, por cuanto no hace referencia a ninguna suerte de ponderación o comparación entre el mal que se causa con la defensa y el que se pretende evitar impidiendo o repeliendo la agresión. Tampoco alude el texto legal a que el medio legal utilizado para la defensa haya de guardar una proporción con el utilizado por el agresor; el Código Penal en el artículo 27 numeral 2 literal “b” exige que haya una necesidad razonable de la defensa empleada. Por tanto el actuar con voluntad para salvar su vida, con el fin de defender su persona constituye el elemento subjetivo de la defensa necesaria, configurando la causa de justificación de legítima defensa con todas sus exigencias tanto objetivas como subjetivas, las cuales al concurrir excluyen la responsabilidad penal del agresor.

#### **V) Inimputabilidad.**

##### **JURISPRUDENCIA.**

**Imputabilidad-culpabilidad. Tribunal Tercero de Sentencia. San Salvador. 12-10-99.** El juicio de culpabilidad es personal y es en nuestra opinión primordialmente normativo-valorativo, basado en un juicio de reproche al autor, en virtud de podría evitar su conducta y asumir una diferente motivada conforme a la norma penal. Si partimos de que sólo es culpable el sujeto que razonablemente podía actuar de manera diferente, entenderemos que la culpabilidad se estructura a partir de ciertas condiciones personalísimas: 1) la capacidad síquica del sujeto de comprender lo que hace, por ende de determinar sus actividades con esa comprensión; 2) la capacidad del sujeto de comprender la ilicitud de sus actos es decir de percibirlos como ilícitos; 3) la capacidad del sujeto que comprendiendo lo que hace y sabiendo de lo prohibido puede comportarse de manera diferente. Al primer enunciado se le conoce como imputabilidad o más técnicamente como capacidad de culpabilidad penal. Se entiende que una persona es capaz de ser culpable cuando puede comprender la criminalidad de su actuar por que goza de un estado normal de conciencia. Nuestro código penal de manera similar a las diferentes legislaciones, no define positivamente que es la imputabilidad, empero de manera negativa señala cuales son las causas que afectan la capacidad de ser culpable, ello mediante la intelección del numeral cuarto del artículo 27 CP. Que expresa la exclusión de responsabilidad penal cuando en el sujeto concurre: una enajenación mental, una grave perturbación de la conciencia o un desarrollo psíquico incompleto (...) la excluyente de inimputabilidad es distinta a la falta



de acción por la primera lo que se excluye es la culpabilidad, pues al no comprender el agente lo ilícito de su actuación u omisión no es posible declararlo culpable. Ausencia de acción significara no arribar ni siquiera a la categoría de la tipicidad, en virtud de que no hay conducta relevante.

#### **VI) No exigibilidad de otra conducta.**

##### **JURISPRUDENCIA.**

**No exigibilidad. Sentencia de la Sala de lo Penal, de las quince horas y treinta minutos del día veintisiete de noviembre de dos mil dos (191-00).** Se analizará el juicio de antijuricidad desarrollado en la resolución impugnada, sobre la base de los hechos que el tribunal tuvo por acreditados; y posteriormente, en caso se determinare la existencia del error denunciado, se procederá a pronunciar la sentencia respectiva, tal como lo indica el Art. 427 Inc. 3Pr.Pn. De los hechos probados, se desprende que la acción catalogada como defensiva de parte del imputado Salomón Iraheta, se produjo durante una discusión en la intervenían otras personas, momento en el cual uno de los ahí presentes lanzó una botella a la parte trasera de la cabeza del procesado, siendo entonces que este sacó su arma y disparó lesionando a dos personas y provocando la muerte de dos de ellas. La defensa de los derechos propios o ajenos, según lo regula el Art. 27 No. 2 Pn., está excluida de responsabilidad penal, cuando se conjugan las tres situaciones ahí establecidas; es decir, que la reacción defensiva tenga lugar frente a una agresión injusta, actual y no provocada por el que se defiende (...) Un aspecto digno de analizarse, es si por la manera en que tuvo lugar la agresión, podría considerarse que ella había ya cesado al momento de reaccionar el imputado; es decir, cabe determinar si podría asumirse la cesación inmediata del ataque luego de producirse el golpe con la botella, en cuyo supuesto la agresión perdería legitimidad por no ser actual ni inminente (...) Por otra parte, en cuanto a lo que el representante fiscal considera exceso en la reacción defensiva del procesado, tal observación atañe al segundo requisito contemplado en la ley, es decir, la necesidad razonable de la defensa empleada para impedir o repelar la agresión, parámetro que involucra una cierta dosis de proporcionalidad, sin que ello implique equiparación de medios, sino más bien, la medida e intensidad de la reacción, ha de corresponder en cada caso con el grado de peligro, con el bien agredido y con la disponibilidad de los medios de defensa, y que, en definitiva, la reacción debe dirigirse contra el atacante, excluidos bienes jurídicos de terceros (...) Con base en los elementos relacionados, en lo concerniente a la afectación de bienes jurídicos de terceros, la Sala es del criterio que se ha configurado la excluyente denominada no exigibilidad de otra conducta, en su modalidad de estado de necesidad disculpante, Art. 27 No. 5 Pn., conclusión necesaria que se obtiene de los datos relacionados, en virtud de no ser reprochable la conducta del imputado al defenderse de la agresión, pues tal es la reacción normal de una persona ordinaria en las condiciones descritas, al defenderse con el único medio disponible.

(I) El estado de necesidad disculpante. Este forma de exclusión de la responsabilidad penal, debe reunir los mismos presupuestos de el estado de necesidad justificante, por lo que debe concurrir, la existencia del peligro, su inminencia o actualidad, la tutela de un derecho propio o de un tercero, la no evitabilidad del perjuicio por otro medio que no sea la lesión del otro bien jurídico, la proporcionalidad, la no causación intencionado del peligro, el tener el deber de afrontar el peligro, la finalidad de dañar el bien jurídico para salvar otro. Ahora bien, el elemento que distingue el estado de necesidad exculpante, es que los bienes jurídicos, deben de ser de similar entidad, de ahí que entre el mal causado y el mal evitado, hay una simetría, en cuanto a la ponderación de ambos males, lo cual no sucede con el estado de necesidad justificante. Cuestión importante, es si el bien jurídico afectado es de mayor entidad que el jurídico que se resguarda, en cuanto a si son o no aplicables las mismas reglas del estado de necesidad justificante, o si el mismo podría derivar a otra forma de exclusión que parece ser lo más apropiado. El reconocimiento de dicho estado de necesidad, lo establece el precepto cuando señala que la lesión del bien jurídico puede ser igual que la del salvaguardado. La consecuencias que se derivan de ambos estados de necesidad son diversos: frente al estado de necesidad disculpante el afectado puede oponer legítima defensa –aunque ello

es debatido— ; por el principio de accesoriedad limitada la intervención de un partícipe será de ordinario punible respecto de éste; en caso de error podrían plantearse algunas diferencias en cuanto a si las consecuencias corresponden, a una forma de error de tipo o no.

(II) La coacción. Esta forma se vincula a la llamada *vis compulsiva* por la cual, una persona es constreñida por otra a realizar, omitir o tolerar un acto que es contrario a su voluntad, pero al cual tiene que acceder, por tener una grave amenaza, sobre los bienes jurídicos propios o de una persona concreta, el grado de coacción debe ser bastante y actual, siendo que únicamente releva de la culpabilidad, a quien es coaccionado pero no a quien coacciona. Inclusive en la actualidad hay tendencias a homologar la coacción con el estado de necesidad disculpante.

#### **NOTA DE ACTUALIZACION.**

(III) El miedo insuperable. Actualmente dicha forma de exclusión de responsabilidad ya no es considerada una forma de trastorno mental transitorio, de ahí que su fundamento, no sea en estricto sentido, una afectación de la psique sino una dispensa normativa, por la cual el orden jurídico, no puede hacer un juicio de reproche a una persona a quien, una causa de miedo le turbe su capacidad de control, lo cual sin desconectarse totalmente de la esfera psíquica, hace de manera preponderante incidencia en la voluntad de la persona. El miedo que genere esta situación de cometer una conducta disvaliosa, no puede ser considerado como cualquier situación de pavor, sino que tiene que tener una entidad, que es ordinariamente calificada de “insuperable”, y ello debe ser entendido como de imposibilidad de vencimiento, respecto de la situación psicológica de la persona que puede alterar su capacidad de frenación , de ahí que el miedo, este constituido por una especial forma de afectación, que no se limita al simple temor, formando una especie de pánico, en virtud de ello, el fenómeno que provoca ese estado de terror, también debe tener cierta entidad la cual se exige que sea grave, actual o inminente y real, siendo estos los supuestos objetivos que deberán examinarse, en relación al aspecto subjetivo del sujeto, de no haber una causa de miedo realmente existente, deberá valorarse la cuestión del error y la superabilidad del mismo.

Por último, concurren dos cuestiones altamente debatidas y polémicas, que no pueden dejar de mencionarse, la primera de ellas se corresponde con la antigua formula de la “obediencia debida”, la cual ha sido altamente cuestionada, por su forma legitimadora de graves violaciones a los derechos humanos, y que adopta la formula actual de la orden no legítima de autoridad, aunque se plantea que la situación, puede resolverse dependiendo del caso en particular, por un error prohibitivo, en caso de que la orden aparezca con visos de legalidad, como una situación de inexigibilidad por coacción, o como una forma especial de autoría mediata de autor tras el autor en órganos de poder, que no genera ninguna exención de culpabilidad para ninguno de los actuantes. Otro aspecto también álgido, es la de los hechos realizados por los objetores de conciencia, en el cual se comete un hecho delictivo contrario a los bienes jurídicos, que informan las normas penales, por que el sujeto activo tiene una convicción respecto de la validez de las normas jurídicas, tal caso es una situación límite y debe ser examinado pulcramente en la situación particular del objetor; de igual manera se distingue entre objetor de conciencia y el llamado “delincuente estricto por convicción” cuya situación es más compleja y más difícil de considerar.

#### **JURISPRUDENCIA.**

#### **NOTA DE ACTUALIZACION.**

**VII) Colisión de Deberes.** El precepto por su forma de redacción exige: 1) que exista una colisión de deberes; 2) que sean deberes de realización –acción– ; 3) que solamente pueda cumplirse con uno de los deberes; 4) que el cumplimiento de ambos deberes sea coetaneo, regla que debe ser interpretada flexiblemente en cuanto a la simultaneidad; 5) los deberes pueden ser de diversa jerarquía; 6) el aspecto subjetivo de salvaguardar un deber. Salvo el caso de deberes no sincréticos, que ante la exigencia del precepto, de ser deberes de realización –de acción– quedan fuera del supuesto por tratarse de

deberes heterogéneos –deber de acción y deber de omisión – por lo cual su solución puede presentarse, o por el cumplimiento de un deber o por un estado de necesidad, según sea la opinión que se sostenga. Es apreciable la situación de error, en caso de que no exista el conflicto entre deberes, la solución del mismo dependerá de la postura que se asuma en materia de error.

## **ARTICULO 28.**

### **JURISPRUDENCIA:**

**Error de tipo. Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador. 05-03-03.** La situación del denominado error de tipo, cuando concurre tiene por circunstancia esencial afectar el dolo, con lo que, si este elemento de lo subjetivo perteneciente a la tipicidad, se encuentra afectado por una situación errática, la imputación en el ámbito de lo subjetivo podría verse modificada de un actuar doloso a uno culposo, atendiendo al grado de vencibilidad del error. Es importante anotar, que la situación de error, cuando se considera a nivel de tipicidad, puede cubrir cualquiera de los aspectos que informan el tipo penal, puede recaer sobre elementos que estructuran el tipo penal, afectando el dolo que debe de manera actual cubrir cada uno de esos elementos para que la conducta pueda ser imputada bajo la nominación de un actuar doloso. De tal manera que si el dolo esta constituido por conocimiento del supuesto de hecho típico, en cuanto facticidad que se desarrolla en la realidad y por la voluntad del querer realizar esa realidad a partir de la propia conducta, una situación de error deberá afectar cualquiera de esas dos circunstancias o bien el conocimiento de la realidad que se presenta, que es percibida de manera errática por el sujeto activo o bien sobre la voluntad de realización de esa realidad que se percibe.

**Conciencia de la ilicitud-fundamento del error de prohibición. Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador. 19-07-02.** El segundo elemento de la culpabilidad, es la llamada “conciencia de lo ilícito” supone una ponderación normativa sobre la capacidad del sujeto activo para enjuiciar su comportamiento como prohibido penalmente. En palabras llanas cuando el juez se pregunta si el imputado tenía potencialmente conciencia de la ilicitud, lo que está examinando es si razonablemente el imputado sabía que matar es un acto delictivo y por ende prohibido como delito. Tal examen no requiere que el conocimiento del sujeto sea actual y preciso, lo que se valora es si al imputado le es exigible este juicio de valor, es decir si debe estar potencialmente informado que matar es delito. Lo anterior lo afirmamos por que, quien comete un hecho desconociendo que tal actividad es prohibida como delito, puede incurrir en un error de prohibición directo, siempre que respecto de los deberes de información, sea plausible tal desconocimiento.

### **COMENTARIO.**

**A) ERROR DE TIPO.** Respecto de los elementos de carácter normativo, por su alto contenido valorativo, se ha debatido, si su conocimiento corresponde al dolo; ello por que la estructuración de los elementos normativos de la tipología penal, es compleja en cuanto a su tratamiento; en principio los elementos normativos son divididos en: (a) elementos normativos jurídicos, dentro de los cuales se connota, los elementos jurídico-penales y los extra-penales; (b) los llamados elementos de sentido; (c) los denominados elementos de valor (Díaz y García Conlledo, 1999: 68/69). El problema fundamental, gira en determinar si los errores que se pueden presentar respecto de los elementos normativos del tipo penal, en atención al grado de abstracción que requieren, deben ser tratados como errores de tipo, como un error de prohibición, o si constituye una especial categoría sobre la base del error de sub-sunción, partiendo de una visión tripartita del error, en el sentido de error sobre el supuesto de hecho (error de tipo) error respecto de la valoración de la conducta prohibida (error de prohibición) y error de sub-sunción, aunque –debe aclararse– esta postura no es aceptada en la doctrina mayoritaria, que considera al error de sub-sunción un especial error de prohibición (Díaz y García Conlledo, 1999: 80).

Otro aspecto importante, es el de los elementos que constituyen la norma de reenvío en los tipos penales en blanco, en tal caso, al ser la norma referida parte de la norma referente, le son aplicables los mismos efectos del error en el tipo penal, de ahí que si la equivocación recae, sobre algún elemento de la norma de reenvío, se deriva un error de tipo, si al contrario, es sobre la certidumbre de la norma referida, en cuanto a que existe como prohibición, se da un error prohibitivo.

Dentro de los ámbitos del error se encuentran: a) el error sobre la conducta o sobre el objeto, excluye la tipicidad si es invencible, si es vencible, puede generar la imputación de un delito imprudente, si el error es respecto del objeto, pero este no existe, ocurre lo que se denomina error de tipo al revés (delito imposible) el cual no es punible.

b) El error sobre el curso causal. En este punto, pueden concurrir aspecto de relevancia, por cuanto el autor, debe entender el hecho típico en su desarrollo, y las consecuencias que provocará –que son las quiere el autor– lo cual significa llanamente, que el autor debe conocer que su conducta, producirá un resultado, de ahí que, cuando haya desviación de un curso causal de la acción al resultado, puede generarse una situación errática que será esencial, si afecta el aspecto típico subjetivo del agente. Un caso importante es aquel error en el cual, el resultado es una consecuencia distinta, de la que el autor había considerado, el cual cree que con su conducta querida –la que es dolosa– ha colmado el resultado –y este no ha acontecido– y con la conducta posterior –la cual ya no es dolosa en el sentido típico– el resultado es sobrevenido. Un sector de la doctrina, se inclina por un concurso delictivo, entre delito tentado –el inicialmente cometido que no concretó un resultado– y delito imprudente –el cual ya no estaba cubierto por el dolo pero precipitó el resultado–; en cambio otra línea de pensamiento –que es mayoritaria– entiende que las dos conductas, conforman una acción total, por cuanto el dolo colma todo el suceso, desde el inicio hasta el final, y por ende se dice, que se trata de un mismo dolo, el llamado *dolus generalis* es decir un dolo general que ha cubierto todo el hecho y por cuanto el error es inesencial (Jescheck, 1993: 282).

Sobre el error llamado en el objeto o *vel in objeto*, debe indicarse que se trata de un error sobre el objeto en el cual recae la acción, pero la conducta alcanza al objeto percibido, aunque el equivoco es sobre la misma identidad, pues se trata de un objeto distinto, si se trata de bienes jurídicos que tutelen el mismo objeto, el error es irrelevante y debe considerarse un único delito, si hay causas agravatorias, sólo se estiman, si concurren en el otro objeto de manera individual, a menos que sean indiferenciadas. Cuando concurre una no igualdad valorativa, si el resultado acontecido es más grave, la falta de dolo que cubra la circunstancia agravatoria, impide su imputación a título más gravoso; si el error hace concluir en una conducta menos gravosa de la esperada, se indica que concurre la tentativa por el delito doloso, y se imputa un delito culposos si el hecho menos grave esta sancionado de esa forma (Jescheck, 1993: 279/280)

En el caso del error que recae sobre la trayectoria del golpe –*aberratio ictus*– por el cual, el autor provoca un resultado sobre un objeto distinto, del cual quería injuriar –que por regla general es un error no esencial– se indica que el caso debe resolverse, sobre la base de un concurso ideal (Jescheck, 1993:281) entre delito imperfecto sobre el cual erró y delito imprudente sobre el cual acertó, para ello deberá determinarse si los bienes jurídicos son homologables conforme al principio de igualdad valorativa, es decir de “equivalencia cualitativa” (Wolter, 1991:124) ; en este caso se indica que no aplica la solución del *dolus generalis*, por que el resultado provocado en el sujeto afectado no ha sido querido, salvo que concorra dolo eventual.

c) Error sobre circunstancias agravantes o atenuantes. Como se expuso, el dolo tiene que cubrir las circunstancias calificantes, sea que agraven o atenuen el injusto o la culpabilidad, empero, el recaimiento del error es distinto en ambas situaciones. Si se trata de error sobre una circunstancia atenuante, que el sujeto cree concurrida, cuando en verdad la misma no acaece, el efecto es que el sujeto pasivo debe ser sancionado por la conducta atenuada, por que es la que se ha representado, y por la cual debe hacerse posteriormente su reproche; si por el contrario, la causa de atenuación concurre objetivamente, pero el sujeto la desconoce la solución corresponde a no apreciar el tipo penal atenuado, cuando dicha calificante se vincula a la culpabilidad como atemperadora de la misma, pero si es una circunstancia que atenuaría el injusto

si debe aplicarse, aunque el sujeto no la conozca, por cuanto la figura más gravosa, no podría nunca aplicarse por que típicamente no ha concurrido, de ahí que se aplique la figura atenuada. Si se trata de circunstancias que agravan la pena, sólo el conocimiento de las mismas circunstancias, podrá cualificar el delito, ello en virtud del principio de culpabilidad que sólo permite reprochar lo que subjetivamente se conoce, lo cual normativamente encuentra su apoyo, en la comunicabilidad de circunstancias y cualidades las cuales además de concurridas deben estimarse conocidas (art. 67 CP).

Si el error de tipo es invencible, siempre excluirá la responsabilidad penal, aunque pueda imputarse la responsabilidad civil en la sede correspondiente. Si el error de tipo es vencible, sólo excluye el dolo, es decir el hecho ya no es posible imputarlo como doloso, pero puede imputarse como un hecho imprudente, cuando el sujeto pudo observar una conducta cuidadosa, y por ende haber salvado la situación errática; empero tal imputación culposa, sólo procede si la conducta inicial admite la forma culposa, de lo contrario la conducta es impune. Si el error es vencible, y procede imputarlo culposamente, ello no significa una condena automática por el delito imprudente, para ello deben ser satisfechos todos los elementos del delito culposo, desde su tipicidad hasta la afirmación de la culpabilidad por el delito imprudente.

**B) ERROR DE PROHIBICIÓN.** Esta forma de error, ya no recae sobre el carácter típico del hecho, en el sentido de sus elementos constitutivos; sino que recae sobre la ilicitud de ese hecho. Es decir, el sujeto tiene una falsa representación sobre que el hecho sea ilícito o no. De ahí que, si la culpabilidad en uno de sus elementos, presupone que el sujeto conozca la antijuridicidad de su hecho, el desconocimiento de tal situación, genera una no conciencia de ilicitud, respecto del hecho realizado y en tal sentido, un derecho penal erigido sobre el principio de culpabilidad, no puede imponer pena, a una persona que no ha tenido conciencia de lo ilícito, y por lo tanto que no ha podido ser motivada por la norma, para actuar conforme a la misma. En atención a ello, cuando el error de prohibición en esta modalidad, recaiga sobre la conciencia de lo antijurídico, excluirá la misma, cuando es invencible; tradicionalmente se distingue entre error de prohibición directo y error de prohibición indirecto (Campos Calderón, 2001, 74/75)

## **ARTICULO 28-A**

### **JURISPRUDENCIA:**

### **NOTA ACTUALIZADA.**

Siguiendo el contenido del precepto, podría plantearse una *actio liberae in causa* (ALIC) de especie dolosa y una de contenido imprudente. En el ámbito de la ALIC dolosa deben concurrir los presupuestos siguientes: a) que el sujeto se haya colocado en un estado de intoxicación plena por el consumo de sustancias que afecten su capacidad psíquica; b) que consecuencia de ese estado el sujeto sea inimputable al momento de cometer el hecho; c) que dicho estado de intoxicación haya sido buscado de propósito para cometer un delito, el cual debe ser un delito determinado; 4) que el delito tenga un inicio de ejecución. En estos casos, aunque el sujeto haya actuado en un estado de inimputabilidad, la responsabilidad penal no puede ser excluida, pero todos esos elementos que se han señalado, deben ser probados como situaciones de hecho, los mismos no pueden especularse, es decir carecer de un presupuesto objetivo probatorio. De ahí que, si por ejemplo, no se demuestra que la intoxicación ha sido de propósito para cometer un determinado delito, no procede imputar responsabilidad por concurrencia de ALIC.

De la intelección del precepto, es posible derivar una fundamentación para los delitos imprudentes en caso de ALIC, pero debe considerarse aquí la formula utilizada “o cuando hubiese previsto la comisión del mismo”. En términos dogmáticos, la cuestión de exigir que el sujeto haya previsto la comisión del delito, involucra únicamente a la culpa representada, en la cual, el sujeto si ha previsto la situación de hecho aunque no la afirma como un resultado querido; al contrario, la culpa inconsciente, se caracteriza por su falta de previsibilidad, en ella el sujeto no prevee, cuando debería de haberlo hecho, de ahí que la exigencia de ALIC, de vincular la concurrencia efectiva de la previsibilidad, importa considerar únicamente la

culpa representada, no quedando comprendidos los casos de culpa inconsciente; en tales casos, no sería aplicable la excepción de la ALIC, por lo cual se impone entender como inimputable a quien ha actuado con culpa inconsciente cometiendo un delito imprudente, salvo el límite de la culpa por asunción como cuestión propia del delito imprudente, en el modelo asumido por el legifesor, esa es la consecuencia que se deviene respecto de la inclusión de la previsibilidad.

## **ARTICULO 29.**

### **NOTA INICIAL.**

Conviene destacar un comentario inicial, a la articulación tanto de las circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal, como de las circunstancias agravatorias de la misma como circunstancias modificativas de la responsabilidad penal; tal regulación descansa, sobre un aspecto esencial, la magnitud graduable del injusto penal –hecho típico y antijurídico– así como a la cuestión de que, también la culpabilidad es graduable, en ambas cuestiones, es susceptible de fijarse distintos desvalores respecto de cada hecho y de cada autor o partícipe que ha intervenido en el hecho; fundamentan lo anterior el principio de igualdad en la determinación de la pena, por el cual a la inversa, las penas o medidas de seguridad no deben ser fijadas homogéneamente –salvo que las personas se encuentren en las mismísimas circunstancias– sino heterogéneamente dependiendo de la graduación que particularmente se haga para cada autor o partícipe, en relación al hecho en el cual ha intervenido. De ahí que, el impacto de estas circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, se notara sensiblemente en el área de la determinación de la pena, por cuanto, la pena debe ser proporcionada al desvalor del hecho y al desvalor de la propia culpabilidad, esta última siempre en relación al ilícito, cuando se trate de circunstancias agravatorias, o de la culpabilidad pero por un mayor reproche que no se sustenta en cuestiones de derecho penal autoral; de ahí que, si especiales circunstancias, concurren a modificar ora atenuando ora agravando el desvalor del injusto, que comprende desvalor de acción y desvalor de resultado, ora la culpabilidad, ello debe influir en la determinación de la sanción penal. Sobre este punto en particular, debe indicarse que hay circunstancias atenuantes o agravantes que harán desmerecer menos el injusto, en cambio otras impactarán decisivamente en la culpabilidad, algunas de ellas, por la particularidad en la cual se construyen, tienen un contenido mixto, en el sentido que afectan el desvalor del injusto pero a su vez afectan la culpabilidad. Estos ámbitos por ejemplo deben ser tomadas en cuenta para determinación de pena, la entidad o el impacto de la circunstancia modificativa cuando concurre.

Otra cuestión importante, es señalar la separación que media entre circunstancias agravantes generales y circunstancias agravantes especiales –que son las más se presentan– las primeras de ellas, solo añaden un desvalor al injusto, en cuanto a su merecimiento abstracto, es decir, inciden o no sobre el límite mínimo o máximo que la pena tiene graduado, y la modificará según la intensidad de la circunstancia, pero sin modificar el título de imputación, que siempre se mantiene inalterable. En tanto, las circunstancias agravantes especiales, tienen otra virtualidad, la de erigir un tipo simple en un tipo agravado, por la especial consideración del desvalor, ya no desde el injusto en su sentido genérico, que se ve afectado por una circunstancia general, sino por una cualificación especial, que siempre determina un tipo penal más agravado, y por ende recepta una pena especialmente agravada. En estos casos y en otros concurre una prohibición de doble desvaloración que será desarrollada en lo que respecta a las agravantes.

Una cuestión que nos parece no legítima, en la sistemática del código penal, es la no regulación de un catálogo de atenuantes especiales, puesto que entratándose de agravantes, las mismas, si se han cualificado en la parte especial en cada tipo penal, que se entiende debe ser cubierto con un mayor merecimiento, y la gravosidad de la pena en cuanto a su incremento es notable. Lo anterior no es una cuestión baladí, sino que por omisión legislativa, podría en algunos casos, comprometerse, el derecho de igualdad, en este caso, en la determinación de la pena en abstracto, que esta fijada para un merecimiento general, pero que normativamente no garantiza principio de la diferenciación, cuando por circunstancias

especiales, las personas no se encuentran equiparadas normativamente, con lo cual el trato “igualitario” crea una “desigualdad” no permitida –baste señalar el caso de los semi-imputables o de personas mayores de sesenta años–; sobre este aspecto debe considerarse que la formulación de los tipos penales, asocian una pena cuyo merecimiento se hace en abstracto, sobre un contenido de generalidad, es decir es un tipo penal construido dentro de ámbitos “normales” para personas que se encuentran en esa misma situación de “normalidad” o en condiciones de igualdad, de ahí que, el desvalor quede fincado al cometimiento del delito, en unas circunstancias de ordinariedad, aun cuando las circunstancias sean extraordinarias, de ello se abundara en la atenuante respectiva.

## **JURISPRUDENCIA.**

### **NOTA DE ACTUALIZACION.**

**INFERIORIDAD PSIQUICA POR INTOXICACIÓN.** En este caso, se comprende los estados de semi-imputabilidad o imputabilidad disminuida, estados que no alcanzan a generar un estado pleno de inimputabilidad, los cuales obviamente, son merecedores de un menor de juicio de desvalor, respecto de la capacidad de motivación –o de reproche– siempre que, esos fenómenos de alteración del psiquismo, hayan influido en el hecho cometido, es interesante denotar, que el precepto se refiere únicamente a aquellos estados de inferioridad psíquica por intoxicación alcohólica, analogando también otras formas de intoxicación –drogas, psicotropicos, estupefacientes etc.– que influyan en el psiquismo de la persona; se requiere además, que dicha evento de alteración, en la psique del sujeto, no sea pleno, por que de lo contrario, se constituye en una situación de inimputabilidad, que tendría que ser apreciada por la concurrencia o no de la ALIC, no sólo por la regla del artículo 28-A CP, sino también por que el precepto, exige que para que funcione la atenuante, no debe de ser preordenada al hecho, lo cual la vincula a la intencionalidad, y en el alguna medida, da base para sustentar una imputación a la acción precedente, siempre que esta se haya buscado deliberadamente, concurre un complemento entonces, entre el artículo 28-A y esta atenuante.

Dos cuestiones deben valorarse, una es que la causal exclusivamente se refiere, a la inferioridad psíquica por intoxicación de una droga –en sentido amplio incluido el alcohol– por lo que no se considera en principio, las cuestiones de semi-imputabilidad que no estén asociadas con alcohol o sustancias similares, y que tienen otro origen que puede ser orgánico o no, cuando no constituye una cuestión de inimputabilidad. Tal situación, es superable, por cuanto la interpretación analógica –Numero 5 del precepto– permite la suficiente amplitud, para analogar inferioridades psíquicas de otra índole, con lo cual, la situación quedaría salvada.

Sin embargo, hay un punto más de fondo que merece ser destacado, vinculado a una situación de desproporcionalidad punitiva, que podría representar, un quiebre al principio de igualdad, recalando en el principio de culpabilidad, en cuanto a los grados de diferenciación externa, cuya medición corresponde estrictamente a parámetros de proporcionalidad; ello por que, al no haber una formulación de atenuantes especiales, para situaciones extraordinarias, que no son iguales al desmerecimiento de pena que tiene el tipo penal, y al régimen ordinario de atenuación, que nunca se sale del límite ordinario de la pena, entre su mínimo y su máximo; ello trae como consecuencia una equiparación desproporcional, por cuanto, la exigencia que se hace a una persona, en sus competencias psíquicas normales, es igual a la exigencia que se formula a una persona, que no esta en igualdad de competencias psíquicas, y que en virtud de ello, debería tener un tratamiento diferenciado tal como sucede con el régimen de agravantes especiales.

## **EXCESO EN LAS CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL.**

### **NOTA ACTUALIZADA.**

Respecto de la misma, debe indicarse que se trata de una atenuante, que no opera en principio para todas las circunstancias que excluyen la responsabilidad penal, abarcando las contenidas en el artículo 27 N° 1 CP cumplimiento de un deber legal, ejercicio legítimo de un derecho, ejercicio de una profesión lícita; artículo 27 N° 2 CP la legítima defensa; y 27 N° 3 CP estado de necesidad; quedando excluidos las situaciones de inimputabilidad, las de no exigibilidad de otra conducta y la colisión de deberes. Para el primer grupo de casos, habrá que señalar, que la cuestión de la antijuridicidad puede ser graduada, en atención a ello, en cuanto un hecho puede presentar un desvalor de injusto de mayor o menor intensidad, de ahí que las causas que incidan sobre ese contenido de injusto, también pueden ser graduables, no en el sentido de ser consideradas parcialmente, puesto que la causa de permisión concurre o no concurre en cuanto eximente, es decir excluyen o no la antijuridicidad; y cuando no concurren, si es posible una valoración atenuatoria, graduando aquellos elementos que se manifestaron, y que no alcanzaron para conformar a plenitud la justificante, ora por que faltaron elementos esenciales, o por que un exceso inexcusable. De ahí que, la concurrencia de ciertos elementos, pueden justificar un menor desvalor y la aplicación de la atenuante. Se ha indicado, que para apreciar estas causas de exceso, es indispensable la concurrencia de los elementos sustanciales, sin los cuales, la eximente no podría existir. Por ejemplo en el caso de un deber legal, debe haber concurrencia del deber y del funcionario obligado a cumplir el deber, en el ejercicio legítimo de un derecho, la existencia del derecho; en el ámbito del ejercicio de una profesión lícita, el hecho debe realizarse en el ejercicio de la profesión de lo contrario no puede concurrir exceso; en la legítima defensa, debe existir una agresión ilegítima, sin ella no concurre defensa alguna, además debe haber necesidad de ejercer la defensa ; en el estado de necesidad la colisión de bienes y el estado necesario; se indican como esenciales los elementos subjetivos –lo cual es discutible–; se estima que, son inesenciales, por lo que en ellos puede recaer el exceso, en la legítima defensa la proporcionalidad para repeler o impedir la defensa, la falta de provocación; los casos de excesos cronológicos o extensivos son discutibles; en el estado de necesidad es inesencial la no provación del peligro, la obligación de afrontar el riesgo por ejemplo. Si lo que concurre es un exceso por equivoco, la cuestión compete a la teoría del error. Aunque la atenuante sólo esta dispuesta, para estas eximentes incompletas, el ámbito extensivo de la atenuante, por la cláusula de analogía, las hace concurrir para todas las demás eximentes, con los mismos criterios, salvo la inimputabilidad, aunque ello debe ponderarse reflexivamente.

### **ESTADOS PASIONALES.**

Quizá lo más importante a destacar, es que esta atenuante concurre, cuando la persona ejecuta la conducta, “presa” de ese arrebato u obsecación; media una diferencia entre ambos conceptos de temporalidad; mientras el arrebato ha sido definido como una emoción repentina, de no muy dilatada duración, la obsecación se vincula a una alteración de la psique y de la voluntad de un periodo más luego. Es importante destacar que, es precisamente ésta alteración mental, la que debe ser apreciada como influyente en la comisión del delito; de ahí que, dicha atenuante tenga una base en el transtorno mental transitorio, del que se diferencia por su intensidad, por cuanto el primero, sí enerva de manera completa la facultad psíquica o volitiva; que en este caso sólo se ve disminuida; se requiere una intensa emoción, causada por un hecho injusto, en contra de la persona o de aquellas muy cercanas por sus vínculos afectivos o parentales; el hecho injusto no debe entenderse en términos de delito, sino de manera extensa, por cuanto si se tratase de un delito, se estaría ante una legítima defensa; de ahí que, la connotación de un hecho que sea injusto, tiene una dimensión de límite ético-social en cuanto al estado pasional, es decir, encontrar un motivo razonable. Estas limitaciones, pueden flexibilizarse por cuanto en materia de atenuante, tiene vigencia la aplicación de atenuantes por analogía, por la cual puede extenderse a situaciones similares,



como por ejemplo, el actuar no mediante arrebatos pero si en una situación de cólera, no respecto de un padre, hijo o hermano, pero si sobre un sobrino, primo, amigo con estrechos vínculos de afectividad.

#### **DISMINUCIÓN DEL DAÑO.**

#### **NOTA DE ACTUALIZACION.**

Deben añadirse sólo dos cuestiones, la primera es la vinculación del precepto al desistimiento; sólo que en estos casos, el desistimiento no tuvo efectos de plenitud, habiéndose producido el resultado, sea cómo delito de pasaje o como resultado de la conducta ulterior, en ese primer aspecto, corresponde apreciar la atenuante de disminución de daño, por cuanto el precepto valora positivamente “evitar o atenuar las consecuencias dañosas del delito”. Claro esta que, esta conducta debe ser espontánea, con lo cual se vincula a los mismos parámetros de la voluntariedad del desistimiento, y debe hacerse énfasis, que sólo se requiere en este caso, una conducta a evitar o atenuar los perjuicios, con lo cual no se requiere, que efectivamente así haya sucedido, aunque la conducta del actor debe tener al menos objetivamente esa entidad. Con la cláusula de atenuante por analogía, se pueden cubrir otros periodos, no asociados directamente a la ejecución del delito, por lo cual se podría entender concurrida, las reparaciones en el procedimiento, cuando no extingan la responsabilidad penal, como una forma de compensación posterior al delito, por la cual el justiciable, atenua las consecuencias dañosas del injusto penal, respecto de la afectación de la víctima que se ve resarcida, finalidad trascendente para el derecho penal.

#### **ATENUANTES POR INTERPRETACIÓN ANALÓGICA.**

#### **JURISPRUDENCIA.**

**Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador. 14-05-01.** La atenuante de inferioridad psíquica por intoxicación alcohólica, requiere que el sujeto se encuentre en un estado de etilismo que afecte de manera incompleta su capacidad psíquica para comprender plenamente. Esta situación, en principio no se ha acreditado de manera absoluta, pero el tribunal si ha tenido por acreditado según el testimonio de (...) que el acusado tenía síntomas de embriaguez. Pues bien, el tribunal estima, que aunque no se haya graduado con precisión el grado de intoxicación alcohólica y la respectiva disminución de la psique de la persona basta con que la prueba señale de manera meridiana que estaba bajo los efectos del alcohol. Si concurre esta situación, análogamente debe entenderse que la ingesta de bebidas alcohólicas es base suficiente para apreciar la atenuante, aunque no se tenga el parámetro del grado de inferioridad psíquica, pues la sola embriaguez determinada por la prueba, aún de manera genérica indica razonablemente que la persona ya no podría estar en la normalidad de sus facultades psíquicas, sin que la mengua de éstas facultades signifique en modo alguno inimputabilidad. Si la prueba de manera genérica indicó plausiblemente que el acusado había consumido bebidas embriagantes al momento de los hechos, tal situación debe estimarse así, para hacer concurrir análogamente la situación de embriaguez, pues tal evento es una situación de hecho, que en términos de prueba, en cuanto a duda debe estarse a lo más favorable al acusado, en tal sentido que tenía algún grado de embriaguez.

#### **NOTA DE ACTUALIZACION.**

En los comentarios anteriores, se ha destacado la importancia de la interpretación analógica, vinculando ya ha algunos supuestos en los cuales procedería, mismos que no son *numerus clausus*, y que pueden extenderse a otras situaciones de entidad análoga, sin embargo conviene destacar, que la identidad que se requiere entre las causas atenuantes precedentes (números 1, 2, 3, 4 precitadas) y el hecho que debe ser apreciado, no constituye una semejanza formal, sino que el juicio de comparación analógico, debe versar sobre el mismo fundamento de significación, de ahí, los parámetros que deben de analogarse en principio, son respecto de la significación del motivo de menor desvalor del injusto o de la reparación de las

consecuencias del delito, en virtud de ello son cubiertas las áreas de: a) disminución de la capacidad psíquica; b) todas las situaciones de exceso en las causas de exclusión de responsabilidad, incluido el error; c) los eventos que se asocian respecto de alteraciones mentales por reacciones emocionales; d) los ámbitos de la disminución del daño causado por el delito.

Pero además, el precepto establece una formula de mayor amplitud, que rebasa los límites de conexión con las atenuantes preestablecidas, y las asocia a condiciones de: 1) Peculiares condiciones personales del agente; 2) peculiares condiciones del ambiente en el cual se relaciona el sujeto activo. Estas fórmulas son importantes, por cuanto ya no están vinculadas, a los presupuestos de las atenuantes anteriormente descritas, sino que se dimensionan sobre otras áreas, las condiciones personales del agente, y las de su ambiente; en tal sentido, esta atenuante se constituye en una formula genérica de individualización de la pena, puesto que se conecta con presupuestos de la determinación de la pena, como lo son los numerales 4 y 5 del artículo 63 CP, de ahí que, la amplitud de extensión de esta formula atenuante es vasta y puede cubrir, sólo para enunciar las llamadas compensaciones destructivas de la culpabilidad, de entre ellas las llamadas *penas forensis*, para graduar la culpabilidad haciéndola descender por las dilaciones indebidas (Sánchez Escobar, 2001: 227/223) como condición personal del justiciable; puede abarcar las confesiones de los acusados; la dependencia del alcohol o de las drogas o los síndromes causados por dicha dependencia o abstención, cuando no concurren como eximentes; situaciones de exclusión social, de edad, de baja o nula escolaridad; de desempleo etcétera.

## **ARTICULO 30.**

### **COMENTARIO INICIAL.**

Si bien es cierto se hicieron comentarios previos a las atenuantes, que eran también predicables a ambas formas de modificación de la responsabilidad penal, es provechoso en este apartado abundarlos. (a) el fundamento de las circunstancias agravantes, radica en poder desvalorar de una manera más intensa, sea el desvalor del injusto en cuanto desvalor de acción o desvalor de resultado, y el desvalor de culpabilidad, el cual puede recaer de manera singular, en cualquiera de estos aspectos o puede concurrir de manera integrada sobre los mismos; (b) las agravantes pueden ser genéricas o especiales, son genéricas las estatuidas en el artículo 30 CP, siempre que no concurren en ningún tipo penal de manera explícita o implícita; son especiales propias, las agravantes que al concurrir modifican la tipicidad, creando un tipo agravado, por la concurrencia de la circunstancia agravante que en este caso se denomina especial; son especiales impropias aquellas que se contienen implícitamente como elemento del tipo penal, pero que no conforman un tipo penal agravado, sino que están incluidas dentro del merecimiento abstracto de pena; (c) las circunstancias agravantes genéricas y las especiales deben ser probadas, es decir sobre ellas debe recaer un elemento objetivo de prueba para su acreditación, por ende no pueden ser presumidas legalmente; (d) la prohibición de interpretar por vía de analogía las circunstancias agravantes genéricas, y en cuanto a las agravantes especiales la interpretación debe ser restrictiva, cuando se usen fórmulas de expansión, por ejemplo cuando se dice “con veneno u otro medio insidioso”, la interpretación debe hacerse en conexión al concepto de origen, mediante una interpretación lo más situada dentro de ese tenor literal posible; e) punto importante es la prohibición de doble valoración, respecto de las circunstancias agravantes, de acuerdo al principio de culpabilidad, estaría proscrito hacer una doble valoración respecto de las agravantes, puesto que ello incidirá en la magnitud del injusto o de la culpabilidad, que significara a su vez un incremento de la pena. De ahí que, si la agravante genérica ya esta contenida como un elemento del tipo penal simple, no procede su apreciación como circunstancia genérica, pues ello implica doble valoración. Si la agravante genérica ya esta considerada como una agravante especial en el tipo penal, que determina un tipo penal agravado, tampoco procede su valoración. Si se valora una circunstancia agravante, como fundamento de la determinación de la pena (63 N° 5 CP) ya no puede ser valorada, en los restantes condiciones de la

determinación de la pena, y lo mismo sucede a la inversa, la consideración en la determinación de la pena de un desvalor del injusto o de la culpabilidad (extensión del daño o calidad de motivos) que impute un mayor desvalor al hecho, impide volverlo a valorar como circunstancia agravante, en virtud de la prohibición de doble desvaloración.

## **JURISPRUDENCIA:**

### **1) ALEVOSIA.**

#### **Sentencia de la Sala de lo Penal, de las quince horas del día cuatro de abril del dos mil tres (268-01).**

A este respecto la Sala es del criterio que para la aplicación de la agravante de alevosía basta que resulte evidente que al verificarse la agresión el ofendido no haya podido imaginarse el ataque y que no haya podido defenderse del acto no esperado, siendo irrelevante que dicha defensa haya sido posterior como en el caso de autos y si a esto agregamos que la alevosía tiene lugar no solo, cuando el delincuente busca y selecciona los medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurar, la ejecución del delito, sino que también cuando intencionalmente se aprovecha de las situaciones existentes para ejecutarlo, con mas la consideración de la agravante es correcta.

**Requisitos Alevosia. Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador. 09-08-02.** Los autores Tomas Vives Anton y otros; en su obra "Derecho Penal. Parte Especial", señalan que la jurisprudencia española determina que existe alevosía cuando se cumplen los cuatro requisitos siguientes: a) **NORMATIVO**. Pues sólo puede aplicarse en los delitos cometidos contra las personas; b) **OBJETIVO**, que radica en el "modo operandi" y se refiere al empleo de medios, modos o formas en la ejecución tendentes a asegurarles eliminando cualquier posible defensa de la víctima; c) **SUBJETIVO**, pues el agente ha de haber buscado intencionalmente, o al menos haberse aprovechado conscientemente, de perseguir eliminar toda resistencia del ofendido; y d) **TELEOLOGICO**, pues ha de comprobarse si en realidad en el caso concreto, se produjo efectivamente una situación de indefensión.

## **NOTA DE ACTUALIZACION.**

Únicamente añadir, sobre el doble fundamento de la alevosia, que por una parte radica en un mayor desvalor de la acción, lo cual agrega un mayor contenido desvalorativo al injusto, cuando se pretende asegurar la ejecución del hecho, neutralizando una eventual defensa del sujeto pasivo; el otro aspecto que debe cubrirse, es de índole subjetivo, significando un mayor desvalor de la culpabilidad, vinculado en este caso a las formas de ataque proditorias. La alevosia puede derivarse, de la forma en la cual se ejecuta la conducta, cuando esta es de carácter proditorio –es decir por asechanza– o cuando se realiza mediante ámbitos de confianza, pero este aspecto, no basta para colmar la calificante, debe esta forma de ejecutar el delito, provocar toda imposibilidad de defensa del sujeto pasivo, sin que la misma signifique debilitamiento, por muy intenso que éste sea, por que en tal caso se presenta un abuso de superioridad; de ahí que, no es suficiente debilitar la defensa de la víctima, para que concurra la alevosia, sino que el ataque debe ser tal, que incapacite para la defensa, si queda oportunidad de defensa, por leve que sea, no concurre alevosia. La alevosia sobrevenida, que es aquella por la cual, el hecho comienza sin ser alevoso, pero en la ejecución se emplean formas alevosas de ataque, debe ser apreciado muy restringidamente, sólo cuando se haya anulado completamente la defensa de la víctima; de igual manera, un hecho puede comenzar a ejecutarse alevosamente pero en su ejecución dejar de serlo, con lo cual no se aprecia la alevosia. La alevosia debe ser cubierta por el dolo, y demostrada mediante elementos de prueba objetivos. En caso de víctimas menores de doce años, y homicidio precedido de secuestro, se determina una presunción legal, respecto de una circunstancia modificativa de la responsabilidad penal; desde el principio de culpabilidad, están prohibidas todo tipo de presunciones o fictas que se introduzcan en las normas penales, completas o incompletas, de ahí que, esta forma de

construir normas penales, trasgrede dicha garantía; pero la misma es innecesaria, por cuanto esas dos situaciones, que pueden ser constitutivas de alevosia, según las particulares situaciones en las cuales ocurra, son entendidos como “estados de desvalimiento de la víctima”, y a tal conclusión puede llegarse, mediante presunciones judiciales que imponen el deber de motivación, de ahí que esa interpretación conforme con la Constitución, habría que darle a esa parte del precepto, para salvar la constitucionalidad de la misma, en el sentido que no es la ley anticipadamente, la que establecerá un hecho como probado, sino la evidencia y las inferencias que de ella formule la autoridad judicial.

#### **PREMEDITACION.**

#### **JURISPRUDENCIA.**

**Juzgado Cuarto de Menores de San Salvador. 12-01-99.** Los elementos característicos de la premeditación son: 1) la concepción firmemente resuelta de ejecutar el hecho criminoso; 2) la determinación mediata, persistente, reflexiva de la perpetración mas o menos próxima del delito y que tales elementos se deduzcan mediante los signos exteriores reveladores de toda evidencia de la existencia del propósito del agente realizador del delito. La Sala de lo Penal por sentencia ha definido la premeditación en los siguientes términos: “para que un homicidio pueda considerarse cometido con premeditación es necesario que concurran las circunstancias siguientes: a) que el reo haya tomado libremente la resolución de cometer el delito; b) que haya persistido en ella; c) que entre la resolución y la ejecución haya transcurrido cierto tiempo; y d) que durante este tiempo el reo haya tenido calma y frialdad de ánimo.

#### **INSIDIA.**

#### **JURISPRUDENCIA.**

#### **NOTA DE ACTUALIZACION.**

Sin duda, la agravante tiene su fundamento en el mayor desvalor del injusto, por la forma en la cual se ejecuta el delito, de ahí que su valoración, debe centrarse en este aspecto, pero esta figura, en cuanto significa ocultamiento o asechanza para cometer el delito, se vincula a otras formas ya comprendidas como la alevosía, es por ello quizá que, estas formas de agravar la conducta, han sido superadas por la dogmática penal.

#### **ABUSO DE SUPERIORIDAD:**

#### **JURISPRUDENCIA.**

**Diferencia abuso de superioridad-alevosia. Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador. 09-11-01.** Ahora bien, el abuso de superioridad no significa alevosia, representa una indefensión en grado menor que la alevosia, puesto que en este supuesto lo que ocurre es un debilitamiento de la defensa pero nunca al extremo de la indefensión, pues de concurrir ésta habría alevosia. Así, pues la alevosia como causa agravatoria tiene preeminencia sobre el abuso de superioridad en cuanto que constituye una circunstancias más desvalorante.

#### **NOTA DE ACTUALIZACION.**

Esta calificante, goza de los mismas exigencias de la alevosia, es por así decirlo, una forma menor –o de segundo grado como la denomina el comentarista original– para la cual se requiere: a) Que concorra superioridad en el sentido de un sustancial desproporción de fuerzas entre sujeto activo y sujeto pasivo; b) que se genere una especie de indefensión que no tiene que ser completa por que significaría alevosia; c) que el sujeto activo abuse de dicha superioridad, por lo cual, debe conocerla, es decir este elemento debe estar cubierto por el dolo; d) la superioridad debe no ser parte del supuesto de

hecho del tipo penal, o cuando por la estructura del tipo penal, necesariamente tenga que concurrir tal superioridad para su ejecución.

### **ARTIFICIO PARA LOGRAR LA IMPUNIDAD.**

#### **NOTA DE ACTUALIZACION.**

Quizá convenga hacer la valoración de que ambas circunstancias, deben ser valoradas bajo un criterio de interpretación restrictiva, de prohibición de doble valoración y de la interdicción de actos copenados cuando estos sean co-sustanciales a la conducta. El segundo supuesto es la conocida como de “conexidad”, que puede ser de doble vía teleológica; cuando un delito es medio necesario, para cometer otro; o de vía consecuencial, cuando un delito sirve para asegurar el hecho de otro delito. Estas forma de agravación, es incompatible con los tipos penales complejos, por lo cual su apreciación es muy limitada, por cuanto, ya tiene una especial forma de agravación en los concursos delictivos o puede ser desechada por constituir un concurso aparente. Por estas razones es que se destacaba su interpretación restringida a aspectos fuera de las regulaciones concursales.

### **APROVECHAMIENTO DE FACILIDADES DE ORDEN NATURAL.**

#### **NOTA DE ACTUALIZACION.**

Sólo indicar, que la esencia de esta calificante, radica en un mayor desvalor del injusto, por cuanto representan circunstancias de debilitamiento de la defensa de la víctima, al encontrarse en las situaciones de nocturnidad o despoblado. El énfasis que se hace, de que el autor, debe buscar de propósito dichas circunstancias, determinan la exigencia del dolo. En virtud del principio de legalidad, el concepto noche debe ser interpretado de manera restrictiva, y no en perjuicio, por lo cual, sólo en ocasión de ese período, puede imputarse la calificante, una situación de oscuridad en un lugar físico, de no ocurrir de noche no importa la agravante; al contrario, aunque el hecho sea cometido de noche, pero si no se causó indefensión, tampoco se imputa la agravante.

### **La reincidencia vulnera la prohibición de doble penalización. Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador. 31-03-**

**03.** Al principio la idea de que la agravación procede por el nuevo delito cometido , es sólo una apariencia normativa, por que este nuevo delito por sí sólo no significa nada, sino que al contrario, debe estar inexorablemente vinculado a un anterior delito, por el que el imputado ha sido sancionado; si desaparece –por supresión hipotética– este antiguo delito, desaparece por completo la reincidencia, aunque el sujeto haya delinquido nuevamente, y de ahí la necesidad indefectible de que el delito anterior –el cual está ya juzgado y sancionado– es el elemento esencial y determinante, para poder imputar la reincidencia como una circunstancia modificativa de la responsabilidad penal, y a partir de ahí, para agravar ésta, y también para hacer más grave la pena que se impone al justiciable, y todo ello tiene como fundamento no accesorio, sino que imprescindible, aquel hecho ya juzgado y sancionado; y sobre el cual una garantía del Estado Constitucional de Derecho, dice que a nadie ni siquiera se le puede enjuiciar dos veces por una misma causa o como lo dice la transcripción literal del aforismo “no debe juzgarse dos veces por el mismo asunto” (...) A este punto el tribunal debe preguntarse si probado el hecho nuevo, entendido como el nuevo delito, bastará ello para que el juez pueda declarar reincidente al justiciable y agravar su responsabilidad penal y por ende la pena. El Tribunal entiende, que no basta este delito nuevo, necesariamente habrá de considerarse nuevamente el hecho anterior o el delito anterior, sobre el que el acusado ya ha sido juzgado y declarado culpable; y sobre el recayó una sanción penal que en su momento desvaloró completamente ese hecho y la culpabilidad del acusado respecto de ese hecho. En consecuencia ese hecho que ya está juzgado y sancionado, debe sin embargo, ser considerado nuevamente para efectos de declarar reincidente a alguien; de ahí que, el juez debe considerar

nuevamente ese hecho, debe probarse nuevamente el mismo como acaecido, y declarado así anteriormente por otro tribunal; sin esta consideración no hay reincidencia, sin considerar un hecho por el que el imputado ha sido juzgado y sancionado, no puede ser la persona considerada reincidente y sujeta a una pena más grave; (d) Sin la consideración de este hecho ya juzgado y sancionado, no puede haber declaración de la concurrencia de la circunstancia agravante, modificación de la responsabilidad penal y agravación de la nueva pena. En tal sentido la pena actual, resultará impuesta por el hecho nuevo, pero agravada por el hecho anterior, el mismo hecho por el cual el imputado en su momento fue juzgado y sancionado; (e) Si ello es así, si para constituir la reincidencia como circunstancia agravatoria y modificativa de la responsabilidad penal y de la pena, se requiere no sólo del hecho nuevo que se está juzgando y se va a sancionar, sino también del hecho anterior que ya se juzgo en su momento, y sobre el cual recayó sanción, vale decir pena, previa declaratoria de culpabilidad, no queda más que reconocer que el hecho antiguo ya juzgado, es parte fundamental para que la pena sea agravada. Sin el concurso de la estimación de ese anterior delito –o hecho– es imposible que opere la reincidencia; y por ello resulta, que el incremento de la penalidad para el acusado, también surgirá de un hecho anterior que nuevamente ha sido considerado para agravar una nueva pena, y por ese hecho el acusado ya había sido sancionado en consecuencia –en nuestra opinión– la reincidencia si afecta el principio de *Non bis idem* por que toma en cuenta –al menos en una parte– un hecho ya juzgado para imponer una pena más agravada, que no podría imponerse sin la estimación de este motivo.

#### **NOTA DE ACTUALIZACION.**

##### **REINCIDENCIA o HABITUALIDAD.**

La determinación de esta agravante, en un derecho penal que reconoce el principio de culpabilidad, altera esencialmente este principio, por cuanto, la reincidencia independientemente de todos los apelativos que puedan asociársele, es una de las formas más concretas, de reconocer la vigencia del derecho penal de autor, ello no es una simpleza, por cuanto, significa, un incremento en el índice desvalorativo de la culpabilidad y de la pena; y es que, esta agravante al no ser una forma de mayor desvaloración del injusto –aunque esta tesis se ha propuesto sin éxito como después se dirá– tiene, o que aceptar su mayor desvalor en la culpabilidad de la persona, con lo cual se trasgrede el principio de culpabilidad, no sólo en el ámbito del derecho penal de acto, sino también en la prohibición de doble valoración, lo cual se concreta en una violación al principio de *Ne bis idem*; por el contrario, si el fundamento no es la culpabilidad, sino la “peligrosidad”, tal sustento es incompatible totalmente con el derecho penal de culpabilidad, que asienta en el postulado que la pena por el delito cometido, únicamente tiene como fundamento la culpabilidad y no la peligrosidad del sujeto. De ahí, la decisión de hacer en su momento una disgregación respecto del fundamento de la culpabilidad de autor y respecto de la peligrosidad, ambos fundamentos de la reincidencia. La decisión de que la reincidencia, agrave la responsabilidad penal, del nuevo injusto penal cometido, es una opción propia de derecho penal de autor, en el sentido que, lo que se pretende castigar fundamentalmente, es la personalidad del delincuente, la proclividad hacia el delito, la inclinación respecto del crimen.

La reincidencia es entendida como “la problemática de las disposiciones legales que hacen derivar una consecuencia jurídica más grave o más privativa de derechos de la circunstancia de que la persona con anterioridad haya sido condenada o sufrido pena por otro delito” (Zaffaroni, 1992: 36) indicándose que la misma, puede ser entendida como genérica o específica, ficta o real. Es genérica, cuando el delito antecedente por el cual se es condenado no tiene distingo alguno, es decir, sólo interesa la condena por cualquier delito doloso; al contrario se dice que es específica, cuando es necesario que el nuevo delito cometido, sea de igual entidad al cometido anteriormente o al menos de la misma naturaleza. La reincidencia es calificada de *ficta*, si cuando para su concurrencia, únicamente basta la declaración de condena, aunque la pena no se haya cumplido; por el contrario es real, cuando requiere el cumplimiento de la pena. La reincidencia en cuanto a su

justificación, ha transitado por diferentes alternativas, cuyo examen refleja la adopción de fines deletéreos, que convergen en la visión de la personalidad delincente del infractor –es decir aceptando un derecho penal de autor y no de acto.

No obstante las diversas justificaciones, con las cuales se ha pretendido legitimar la agravación de la culpabilidad y de la pena, para aquellas personas que ya condenadas por un delito han continuado delinuyendo; la clave valorativa de la agravación, radica en la situación de que la persona, es un delincente “bastante incorregible”, el fundamento de la nueva desvalorización en la culpabilidad, y el aumento en la dosimetría de la pena, no es el nuevo hecho cometido, sino la personalidad delincente del ya condenado, ello significa no otra cosa, que estar prescribiendo un derecho penal de autor, por el cual, más que los comportamientos, se desvalorizan personalidades, en el sentido que la culpabilidad y la pena, encuentran su base en la persona del delincente, una personalidad proclive al delito y peligrosa por sí misma, lo cual afronta al derecho penal de culpabilidad, pues el reproche tiene su esencia, en la personalidad peligrosa (Cobo del Rosal, Vives Anton 1996: 814).

De analizarse el precepto, se colige que se recepta una reincidencia específica, dado que se tiene en cuenta, la misma naturaleza del delito precedente, lo cual sin embargo, se ve amplificado por la remisión que se hace, a la lesión al mismo bien jurídico, cuando un interés jurídico puede ser ofendido por diversos delitos. También se acuña el modelo de la reincidencia ficta, por cuanto sólo basta la imposición de la sanción, periodo que se extiende a cinco años. Sin embargo como se dijo, la reincidencia es contrario del principio de culpabilidad, el cual tiene rango constitucional y no puede ser transgredido por leyes secundarias.

**La afectación al *Ne bis in idem*.** Otro punto a considerar, es la violación que la reincidencia implica, para el principio de *Ne bis in idem*, por cuanto también entraña un agudo problema, en el sentido que la consideración nuevamente del hecho ya declarado culpable, por el cual se impuso una pena, el cual nuevamente se considera para aumentar la culpabilidad y por ende la pena, significaría una afección a otra garantía, de índole constitucional, en el sentido de que no es posible un doble juzgamiento, por los mismos hechos; puesto que aquellos hechos ya juzgados, es el fundamento –no existe otro– para imponer una sanción más grave.

Entre nosotros, la estructura de la garantía del *Ne bis in idem* responde a la denominada fórmula amplia –la cual la doctrina entiende– que prohíbe, no sólo la múltiple penalización por un mismo hecho, sino incluso su múltiple persecución, distinguiéndose entonces, entre una garantía con alcance más restringido, que sólo resguarda de la doble penalización, y otra que tiene una dimensión mayor, puesto que no solo impide la doble penalización, sino también evita el doble procesamiento. Es decir que, en esta última formulación, basta el solo riesgo o eventualidad, de ser sometido a las consecuencias jurídicas del delito, para que la aludida garantía opere su manto protector.

Pues bien, la Constitución nuestra prescribe en el artículo 11 Cn que nadie “puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa”. Nótese que la alusión de la garantía, alude a la fórmula extensiva, que impide el doble juzgamiento. En tal sentido, al escrutar la valoración de la reincidencia se obtiene lo siguiente: a) La reincidencia es una causa de modificación de la responsabilidad penal que la agrava (artículo 30 CP); b) Esta circunstancia de hecho, deberá acreditarse con el informe respectivo de la condena por delito doloso –nuestro sistema sigue la reincidencia ficta– y para ser tomada como circunstancia agravante, debe ser valorado lo respectivo a la anterior condena; c) Lo que sirve de fundamento, para agravar la culpabilidad, es la comisión de un delito doloso anterior de la misma especie, que es lo que hace reincidente al sujeto; d) en virtud de ese mayor desvalor de la culpabilidad, la pena sufrirá un mayor agravamiento dentro de sus límites naturales; e) El hecho anterior, que se valora como circunstancia que da paso a la reincidencia, y al mayor desvalor de la culpabilidad y de la pena, es un hecho ya juzgado, por el cual el acusado en su momento fue declarado culpable; e) como necesariamente la reincidencia, debe partir del hecho ya juzgado –pues de lo contrario no habría configuración de reincidencia– al acusado

se le toma en cuenta un hecho, por el cual ya fue objeto de juzgamiento, y sobre ese fundamento, se declara una mayor culpabilidad y una pena más severa. En conclusión entiendo que aplicar la agravante de reincidencia no solo afecta el principio de culpabilidad, sino también el principio de que nadie puede ser juzgado –y obviamente sancionado – dos veces por los mismos hechos.

**La habitualidad.** Corresponde ahora hacer un somero análisis, respecto de la denominada habitualidad, por cuanto esta figura es sólo una variante, de la reincidencia, de ahí que los mismos argumentos, que se han expuesto para la reincidencia, sean validos para la agravante de habitualidad, desde el texto legal, habituales serían las personas que después de haber sido condenadas dos veces por un delito, que atente contra un mismo objeto de protección o de idéntica naturaleza, cometan un delito doloso, en las mismas circunstancias. En palabras sencillas, la regla se define en el sentido que, una persona declarada reincidente, que cometa un nuevo delito contra el mismo interés jurídico protegido es habitual, por cuanto el reincidente ha cometido por lo menos dos delitos.

Es por ello que la habitualidad, no es otra cosa entonces, que una reincidencia agravada, sus fundamentos radican –al igual que los de la reincidencia– en los postulados del peligrosismo o del derecho penal autoral, de ahí se va imponiendo, una transición entre el estado de reincidencia al de la habitualidad en el delito, lo cual tiene como fundamento una mayor drasticidad, en la respuesta punitiva ante personas, que se antojan irredentas para el sistema penal que la etiqueta de esa manera.

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

**Consecuencias de la Reincidencia.** Son diversos los mecanismos de agudización de la respuesta penal, para aquellos que son calificados como reincidentes o habituales, así sin entrar a analizar en detalle su contenido, son dignos de mencionarse: a) La excepción a la concesión de la libertad condicional a los declarados reincidentes o habituales –Art. 92-A CP–; b) la imposibilidad de conciliación en delitos cometidos por reincidentes o habituales –Art. 30 CPP–; c) la sujeción a un régimen de internamiento especial en virtud de ser reincidente, cuando se impone de prisión, por cuanto el artículo 45 N° 1 hace una reenvío a la Ley penitenciaria –artículo 103 de La Ley Penitenciaria–; d) agravamiento específico de la sanción. Como en el caso del delito de Tenencia, portación o conducción ilegal de armas. –artículo 346-B CP–. Debe indicarse, que este modelo de reincidencia es todavía más lesivo, por cuanto, ya no hace descansar la pena sobre los límites abstractos del merecimiento de la pena, sino que le agrega una calificante especial de aumento de pena, basado en un hecho anteriormente juzgado, y por el cual se condenó al justiciable, inclusive se remite a la existencia de antecedentes penales.



Resulta obvio, para quien respete los principios que informan el Estado Constitucional de Derecho, que normas de esa índole son violadoras del orden constitucional.

## **DAÑO A LA CONFIANZA PÚBLICA.**

### **JURISPRUDENCIA.**

### **NOTA DE ACTUALIZACION.**

El fundamento de la agravante, radica en la calidad especial, que ostenta el agente del delito, lo cual constituye un elemento especial propio de autoría, esta es una cuestión importante, por cuanto tal desvaloración, por esa calidad, ya esta incorporada en el injusto penal, la cual se encuentra desmerecida en la pena correspondiente, que tiene asignado el delito en particular, de ahí que, para conservar la confianza de los gobernados –algo que parece valioso– es que precisamente, se han estructurado una serie de delitos que protegen bienes jurídicos valiosos, y que desvaloran negativamente la conducta de un servidor del Estado, cuando ejecuta delitos vinculados al ejercicio de las funciones o labores que le competen. Como ese desvalor del sujeto activo, ya esta incorporado al tipo penal al cual se le asocia una pena, por cuanto se exige una calidad especial, este mismo desvalor no puede ser considerado para constituir una agravante, que en este caso recae en el mismo desvalor del injusto, por cuanto esta proscrita la doble valoración, de una misma circunstancia, para hacer más grave, la pena en el juicio de determinación de pena, y el incremento de la sanción. Nótese, que esta norma en cuanto a su concurrencia, tiene un grave defecto, el cual es la no evitabilidad de la concurrencia de la agravante –imposibilidad aletica– por cuanto, lo único que el sujeto podría evitar es el hecho, pero si lo ejecuta, jamás podrá evitar la consecuencia agravante, por cuanto ella es requisito esencial, para la construcción del tipo penal, de ahí que esta no posibilidad de evitación, es la que da razón a la concurrencia de la doble agravante.

Es por ello que ante esa situación, se estima que la razón de la agravante, no debe recaer sobre la mera circunstancia de ser el sujeto activo, funcionario público, autoridad pública o agente de autoridad, sino que debe dicha norma debe colmarse de contenido, haciendo una interpretación restrictiva del precepto, por lo cual, lo que debe constituir el fundamento de la agravante, debe ser el prevailecimiento del cargo, que se ostenta para cometer el delito, con ello, no basta la mera calidad predicha, sino que, el sujeto activo, tiene que prevalecerse de dicha calidad para ejecutar el delito. Ese prevailecimiento, que es un desvalor del injusto, informa sobre una mayor ofensividad de la conducta, generando una situación de mayor precariedad, respecto de la tutela del bien jurídico, pero ya no en abstracto –como una especie de *fidelitas*– sino en concreto. Es decir, lo que agrava el hecho, es el abuso del ejercicio de la función pública, para facilitarse la comisión del hecho, y en ello radicará, la concurrencia de la agravante, de ahí que, si se nota, ese prevailecimiento ahora trasladado a la función pública, lo que genera es una especie de abuso de superioridad o de abuso de confianza, sólo que en atención a la calidad del agente, de la cual el se aprovecha para prevalecerse. Esta intelección restrictiva, con la exigencia de que, no sea el mero cargo sino el abuso del mismo –entiendo– salva la prohibición de doble valoración, puesto que no se requiere únicamente ser funcionario o autoridad pública o agente de autoridad, sino que además, el delito se cometa con un abuso de esa función, que en el caso concreto, permite una mejor defensa del bien jurídico comprometido.

Los conceptos de funcionario o autoridad pública o agente de autoridad, deben ser interpretados conforme al artículo 39 CP, lo cual excluye a los empleados públicos no comprendidos en el precepto. De igual manera, la agravante únicamente esta radicada para quien ostenta la calidad, de ahí que es incommunicable para quien interviene en el hecho como partícipe, es decir aunque el partícipe la conozca, tal situación no importa un mayor reproche, por la condición especial que se requiere para ser objeto de la agravante, el cual descansa en un delito de infracción de deberes que no tiene el intraneus.

## **IRRESPETO A FUNCIONARIOS PUBLICOS, AUTORIDAD PUBLICA O AGENTES DE AUTORIDAD.**

### **JURISPRUDENCIA.**

#### **NOTA DE ACTUALIZACION.**

Conviene aquí hacer dos apostillas, nuevamente se acude al principio de prohibición de doble valoración, el cual descansa sobre un principio de rango constitucional, como lo es el principio de culpabilidad, de ahí que, si la estructura del delito, tiene como sujeto pasivo a un funcionario público, autoridad pública o agentes de autoridad, la agravante ya no puede ser apreciada, por cuanto, el tipo de injusto ya ha desmerecido esa especial circunstancia, por lo que ésta ya no puede ser considerada, para agravar la pena en su merecimiento en concreto, ejemplo claro de lo anterior, sería el delito de resistencia en el artículo 337 CP o el delito de desacato en el artículo 339 CP, o los delitos de desobediencia de los artículos 338 y 338-A CP, en todos ellos, al estar desmerecida ya ésta particular condición del sujeto pasivo, impide su doble valoración, en cuanto circunstancia modificativa de la responsabilidad penal, por cuanto el desvalor de injusto ya la contiene.

Cuestión aparte, es que el delito se cometa en las mismas personas, que ostentan tal calidad pero no en el ejercicio de sus cargos, sino en las actividades normales de la vida cotidiana; es discutible esta forma de tutela, pero en todo caso, la agravante no se satisface, con la mera objetividad, de la investidura del sujeto pasivo, como funcionario público, autoridad pública o agente de autoridad; sino que deben concurrir, dos elementos subjetivos que de faltar, impiden la concreción de la agravante: a) por una parte, el conocimiento del sujeto activo, de que la persona ostenta un cargo de la especie mencionada, ello debe ser cubierto por el dolo, es decir, debe haber un conocimiento certero, sobre la concurrencia de tal condición en el sujeto pasivo, queda excluido el dolo eventual, sobre dicha circunstancia, sin embargo, la concurrencia del conocimiento no es suficiente b) pero además, debe concurrir un elemento especial de animo en el sujeto activo, el cual esta centrado, en que el delito, debe cometerlo la persona con la finalidad, de irrespetar esa calidad que ostenta el sujeto pasivo, si no concurre esa situación específica de delinquir, con una fin de irrespeto, no concurre la agravante en mención; c) por último la condición de ser funcionario, autoridad o empleado público se sustenta en el Art. 39 CP.

### **ARTICULO 31.**

#### **JURISPRUDENCIA.**

#### **NOTA DE ACTUALIZACION.**

Dada la extensión del comentario, sólo corresponde añadir algunos tópicos: a) La circunstancia, no debe ser entendida como un imperativo en su aplicación, en el sentido que ante la concurrencia de una calidad de cónyuge, de hijo, de madre, de hermano, debe apreciarse obligatoriamente la calificante, ora como atenuante ora como agravante, con ello se indica que la mera existencia del vínculo, entre el sujeto activo y el sujeto pasivo, no importa aplicación de la circunstancia; b) el presupuesto inescindible a la existencia del vínculo, es la relación de afectividad, que debe mediar entre los sujetos, de no concurrir esos lazos de afectividad, no tiene razón de ser, la apreciación de dichas circunstancias; c) es necesario que el dolo, cubra este aspecto de la agravante, de ahí que, debe haber conocimiento de dicho vínculo, sin ello, como primer presupuesto no concurre la agravante; d) esta prohibida la doble desvaloración de la circunstancia, cuando concurre como agravante, por cuanto si el tipo penal, ya lo desvalora de manera implícita –por ejemplo en el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia económica– o cuando ya esta desvalorado de manera expresa –como en la violación agravada 162 N° 1 CP– no es posible, apreciar doblemente la calificante para agravar la conducta; e) cuestión interesante se plantea, en cuanto si la circunstancia ambivalente, opera de manera análoga, cuando se trata de concubina o de compañero de vida marital; si la misma puede ser predicada en uniones con personas del mismo género, entiendo que si, puesto que el fundamento esencial, esta constituido por la afectividad, y en tal sentido, no tienen por que ser excluida la concurrencia de

la circunstancia ambivalente, por que lo contrario significaría un trato discriminatorio el cual no es legítimo en una sociedad democrática y pluralista.

## **ARTICULO 32.**

### **JURISPRUDENCIA:**

**Autoría y Participación. Juzgado Segundo de Menores de Santa Ana. 17-08-99.** En la técnica legislativa, cuando el legislador describe los tipos penales de la parte especial, supone la realización de conductas disvaliosas, penalmente relevantes y por ello punibles. Dentro de esta metodología, cuando el legislador se refiere al sujeto infractor de quien proviene la acción punible, lo hace de manera impersonal con la expresión “el que”, lo cual puede conducir a considerar equivocadamente que la comisión de ese delictivo únicamente puede ser obra de un sujeto singular lo cual no es cierto pues en la comisión de un hecho delictivo pueden intervenir varios sujetos, salvo raras excepciones como los delitos de propia mano. Hay que precisar, como ya se dijo, que la comisión del delito puede ser obra de varios sujetos, el legislador ha previsto la posibilidad de que la punibilidad del tipo penal se extienda, no sólo al autor o autores sino también a todos aquellos sujetos que han prestado ayuda a la realización del delito (cómplice) mediante la inclusión de dispositivos amplificadores del tipo penal en la parte especial de los códigos penales como por ejemplo en el artículo 32 del nuestro. Por estas razones resulta de mucha importancia abordar el estudio de la autoría y la participación en el marco del principio de accesoriedad penal, por que la aplicación de la ley al caso concreto es muy importante distinguir adecuadamente, en la comisión de un hecho delictivo, quienes tienen una actuación principal y quienes una actuación accesorial y por qué. El punto de vista que venimos analizando, presupone que debe distinguirse entre autores y partícipes, pues esto es una exigencia legal derivada del artículo 32 inciso 1° del Código Penal, así lo requiere el consentimiento jurídico. En principio se piensa, que los que cumplen un papel principal deben ser más severamente penados que los que cumplen con las tareas accesorias en la comisión del hecho delictivo. Sobre la base anteriormente expuesta, a la realización de un hecho delictivo pueden concurrir varios sujetos, de los cuales unos realizan acciones típicas (autores) y otros realizan acciones accesorias (partícipes) dentro de los cuales ubicamos al cómplice. Por esta razón la participación, doctrinariamente se le considera una categoría dogmática de la teoría del delito que se caracteriza por estudiar el problema de aquellos, que tomando parte en la comisión del delito, no realizan la acción típica, por tanto; la participación alcanza entre otros a los cómplices por que sus acciones contribuyen a la realización del delito por el autor, pero no son típicas en el sentido de que no realizan por si solas la acción descrita en el tipo penal.

### **NOTA DE ACTUALIZACION.**

Destacaremos algunas cuestiones, que nos parecen importantes, en materia de autoría y participación, la primera de ellas, es hacer énfasis en el concepto restrictivo de autor, que instaura el código –salvo en el delito imprudente– por el cual, se sigue el sistema de la diferenciación, y no el de único autor, lo anterior si se repara tiene fundamento en el principio de culpabilidad, que mediante la consecuencia de la diferenciación externa, establece la necesidad, de diferenciar entre autores y partícipes, sometiéndolos a una diferenciación en la pena, como consecuencia de lo anterior. Tal principio de diferenciación, esta contenido cuando se estatuye: “Incurren en responsabilidad penal por el delito cometido los autores, los instigadores y los cómplices”.

De lo anterior, sin pretender abarcar todas las teorías expuestas, para dar fundamento a las cuestiones de autoría o de participación –para ello véase el trabajo de Trejo Escobar, 2000: 51 a 78– deberán señalarse, las más relevantes a la cuestión que nos atañe. A) Es importante bosquejar, la teoría unitaria de autor, por cuanto ésta se encuentra excluida del orden penal –salvo en los delitos culposos– para dicha línea de pensamiento, se constituyen en autores del delito, todos

aquellos que intervengan, con un aporte causal a la realización del tipo penal, de ahí que, la causalidad, sea la que domine la cuestión de la autoría (Roxin, 1998: 22) por lo que las aportaciones accesorias de otros, no tiene ninguna relevancia, *ergo* todo el que interviene en el delito, es autor. De ahí que de *communis opinio*, se rechaze este concepto único de autor, para aceptar el principio de diferenciación entre autores y partícipes, el cual tiene eficacia en todos los ámbitos de la teoría de la participación –no en sentido estricto– lo cual, es de inusitada importancia en materia de coautoría, por cuanto el uso de criterios extensivos, podrían llevar a aceptar lavadamente, la teoría de único autor.

B) Teoría subjetiva. Para esta orientación dogmática, la distinción entre autores y partícipes, únicamente puede ser establecida –por cuanto se parte del fundamento de la equivalencia de las condiciones de impronta causal– mediante un examen del aspecto subjetivo. De ahí que, quien quiera el hecho con animo de autor, será autor, sí aporta al hecho, su contribución causal con esa tendencia; en cambio, será partícipe, quien no quiera el hecho como propio, sino como ajeno, y hace su aporte causal con esa intención. Sólo para matizar, esta distinción no tendría recepción en el código penal, por cuanto –según el artículo 33 CP– se exige al autor, cometer el delito por sí, con indiferencia de animo.

c) Teorías objetivas. Por estas, se fundamenta la posibilidad de distinguir objetivamente entre autores y partícipes, lo cual significa, aceptar un concepto restrictivo de autor, por cuanto, aunque una persona realice una aportación causal al resultado, esa misma situación no la vuelve *per se* autora. Se distingue aquí, entre las llamadas (I) Teorías objetivos formales. Que son aquellas que, para la precisión de la autoría, se fincan en la descripción del supuesto de hecho, que constituye el tipo penal, desatendiendo la importancia de la contribución, que quien intervenga en el delito realice. Dentro de dichas teorías objetivas, concurren sustancialmente dos vertientes. La primera de ellas, distingue a quien concurre al delito, como autor según realice un acto ejecutivo, es decir, si se realizan actos ejecutivos, se es autor, los otros intervinientes realizaran actos preparatorios o sólo actos de auxilio, pero nunca actos ejecutivos –se critica la indeterminación de los actos ejecutivos y la imposibilidad de imputar otras formas de autoría– y por lo tanto, no serán autores; la crítica anterior, debe ser entendida únicamente en cuanto a los déficit que presenta. La segunda opción de la teoría objetivo-formal, es considerar únicamente autor, a quien realiza los actos nucleares del tipo penal, respecto de la centralidad de la conducta típica, es decir, vinculándola únicamente, a los actos nucleares en cuanto sean típicos. De ahí que, autor será, quien de manera inmediata realice uno o todos, los elementos del supuesto de hecho, la vinculación entre tipo y tipicidad, es importante respecto del principio de legalidad, por lo que las objeciones, que se le han precisado de indeterminación “común del lenguaje”, respecto de las conductas nucleares del tipo penal, son salvables, de ahí que es una opción que puede sostenerse como un buen punto de partida.

II) Teoría objetivo-material. Si la teoría anterior, centraba su análisis en la conducta nuclear del tipo penal –de ahí lo formal– para determinar quien es autor; la teoría objetivo formal, considera los aportes, que objetivamente los intervinientes realizan al concurrir al delito. De ahí que, la delimitación entre autoría y participación, se fundamenta sobre lo objetivo de la conducta, es por ello que, cualquier contribución al delito, no es la base de la distinción entre autores y partícipes, sino el hecho objetivo realizado y asumido, por cada uno de los que han participado, en cuanto al dominio del mismo. Precisamente, el concepto clave en esta teoría es del dominio del hecho, por el cual se indica que “autor es solamente aquel que mediante una conducción, consciente del fin del acontecer causal en dirección al resultado típico, es señor sobre la realización del tipo penal. Mediante el dominio final sobre el acontecer el autor destaca del mero partícipe, el que, o bien sólo auxilia el acto dominado finalmente por el autor o bien incitó a la decisión” (Welzel, 1993: 119). La teoría del dominio del hecho, resulta pues vinculada a la teoría final de la acción, por cuanto, si el dolo –conocimiento y voluntad del hecho– son parte del tipo penal, la autoría de acuerdo a la acción final, debe ser aquella que domine el hecho, de ahí que autor sólo puede ser el que dominado el suceso delictivo.

En la fundamentación del dominio del hecho se sostiene sobre una tríada que explica las distintas formas de autoría: a) la primera vinculada a la autoría directa la cual esta referida a la realización directa del tipo penal por parte del sujeto y se conoce como “dominio de la acción” –*Handlungsherrschaft*– (Roxin, 1998: 149/162) ; b) la segunda se conoce como la del “dominio de la voluntad –*Willensherrschaft*– (Roxin, 1998: 164/301) versa sobre la autoría mediata y el hecho se imputa a quien dominando la voluntad de otra persona –instrumento– domina finalmente el hecho; c) por último esta la explicativa de la coautoría, por la cual se explica que cada una de las personas que tiene en su poder el dominio del hecho, es co-autor, por cuanto domina la parte que le correspondió en el reparto de funciones, de ahí que se plantee el dominio funcional del hecho –*funktionales tatherrschaft*– (Roxin, 1998: 303/334). El dominio del hecho requiere como reguladores: 1°) que el autor intervenga dolosamente en el hecho, con las consecuencias que ello genera; 2°) que la contribución que realice sea en fase ejecutiva del delito, puesto que el hecho no puede ser dominado en una fase anterior o posterior.

Por último en la doctrina se sostiene que el dominio del hecho no es una propiedad común de la teoría de la autoría, sino que con exclusividad de los delitos que se denominan de “dominio” –*Herrschaftdelikte*– los cuales deben ser distinguidos de los delitos de “infracción de un deber específico” –*Sonderpflichtverletzung*– por que en estos últimos el núcleo esencial del supuesto típico que define al autor, no esta fundada por el dominio del hecho, sino por la infracción a un deber específico, de ahí que autor no puede ser quien domina el hecho, sino quien afecta el deber, de ahí que sólo aquel que lesione el deber específico que le corresponde es autor –el llamado *intraneus*– con independencia del contribución material que brinde, pero deben concurrir los demás elementos propios de la autoría, por ejemplo el dominio, si no tiene el dominio –el cual tiene el *estraneus*– se indica que es posible imputarle una autoría mediata en virtud de la infracción del deber.

En cuanto a los delitos culposos –en principio– se podría indicar que se asume una orientación de único autor, con fundamento en la no concurrencia del dolo, de ahí que cada quien responda de su propia culpa si esta es determinante para el resultado, aunque en los delitos culposos se niega por la doctrina mayoritaria la posibilidad de una complicidad, hay ciertos estudios –minoritarios– que podrían en duda tal cuestión, lo cual por lo menos es importante informarlo.

### **ARTICULO 33.**

#### **JURISPRUDENCIA.**

**Coautoría-Complicidad. Sentencia de la Sala de lo Penal, de las once horas del día dieciocho de octubre de dos mil dos.** Dicha regla ha sufrido modificaciones en el Código Penal vigente, donde el Art. 36 No. 1 considera cómplices a quienes “presten al autor o autores una cooperación de tal modo necesaria, que sin ella no hubiere podido realizarse el delito”; este nuevo concepto, ha significado un tratamiento diferente en la penalidad del cómplice necesario, pues el Art. 66 del Código Penal vigente, determina que la pena aplicable se fijará entre el mínimo legal que corresponde al delito y las dos terceras partes del máximo de la misma pena, no pudiendo en ningún caso igualar o exceder la sanción aplicada al autor. Cabe señalar que ha sido atinada la modificación normativa comentada, pues en el Código Penal de 1974 se cometía el error de confundir al cómplice necesario con el autor mediato, no obstante tratarse de categorías penales totalmente diferenciadas. En efecto, cuando se alude al autor, se trata de una persona que ejecuta las acciones contempladas en el tipo, siendo a la vez depositario del dominio del hecho, bien sea que despliegue su conducta individualmente o que exista un codominio del resultado final con otro u otros, en cuyo caso estaríamos en presencia de coautores. Por otro lado, el autor mediato es, de igual forma, alguien que ostenta el dominio final, pero que actúa valiéndose de un tercero como simple instrumento o medio. De lo dicho, es indispensable distinguir entre cómplice necesario y coautor, pues persiste la interrogante relativa a identificar los criterios que habrán de emplearse para distinguir entre actos de cooperación necesaria y actos de coautoría. En la coautoría, existe una especie de distribución de funciones entre los diversos partícipes, de tal suerte que las acciones individuales de cada uno, concurren a la realización de la figura típica. En

esta especie de codominio, la aportación de cada uno determina la ejecución del ilícito, del mismo modo que el desistimiento en el momento consumativo, podría abortar el resultado final; por tales razones, en la generalidad de los casos, toda colaboración esencial durante la fase ejecutiva del delito, ha de ser considerada como un acto de coautoría, porque abona directamente a la realización del hecho típico. Sin embargo, no siempre sucede igual con las aportaciones en un momento previo a la ejecución del delito, sobre todo por una razón fundamental: la consumación del ilícito se produce mediante la ejecución de las conductas contenidas en su descripción típica, por lo que, cualesquiera actos que únicamente tengan por finalidad crear las condiciones previas y necesarias para una eventual consumación sujeta a la voluntad de otro u otros, son actos de complicidad necesaria, en la forma que lo establece el Art. 36 No. 1 del Código Penal vigente. Este es el criterio desarrollado por Claus Roxin.

**Teoría de la Coautoría Sucesiva. Tribunal de Sentencia, Nueva San Salvador, 10/08/00.** Existe la coautoría sucesiva cuando los imputados participan en el delito, codominando los hechos desde que éstos comienzan a ejecutarse, lo que revela la existencia de un acuerdo previo. El dominio del hecho aparece compartido por los imputados, reuniendo las mismas condiciones exigidas para un solo autor y existiendo desde antes del delito una contribución objetiva en el hecho; de ahí que de acuerdo a la Teoría de la Coautoría sucesiva los imputados son responsables porque el dominio del hecho estuvo compartido, ubicándose en la categoría de autores directos.

#### **NOTA DE ACTUALIZACION.**

Quizá lo mas importante aquí sea brindar los parámetros que permitan diferenciar cuando una persona es coautor de cuando una persona es partícipe. Ello por que la autoría directa cuando al hecho concurre una solo persona no presenta problemas, por que en estos casos no concurre óbice alguno para distinguir quien realizo la conducta típica que exigía el tipo penal, este es el caso de la llamada autoría material o única, por el cual un solo sujeto interviene en el hecho punible ejecutándolo de ahí que el artículo 33 CP puede intelegirse de la manera siguiente: “Son autores directo los que por si ... cometen el delito” de ahí que la acreditación de autor único no presente mayor problema, puesto que su vinculación al tipo penal estará destacada por la inflexión de la particular “El” respecto de los correspondientes tipos penales, del cual pueden predicarse cualidades especiales –dando lugar a los tipos penales especiales propios o impropios– o no.

Lo más importante es delimitar quienes son coautores o partícipes cuando en el delito intervienen más de una persona; para ello habrá que reconocer dos cuestiones previas, tanto los autores como los partícipes intervienen en la realización del delito, ello lo deja entrever el artículo 32 cuando establece que los autores instigadores y cómplices incurrir en responsabilidad penal **por el delito cometido** de ahí la intervención de los mismos en el delito es necesaria y tal actividad no vuelve coautor a ninguna persona. La otra cuestión es el fundamento que tiene la coautoría a partir del artículo 33 el cual puede ser intelegido así: “Son autores directos los que... conjuntamente con otro u otros cometen el delito”. De ahí que si se dan los presupuestos de la coautoría, el coautor es equiparado al autor directo, de ahí que si el coautor también es autor, deben concurrir en el mismo las propiedades autorales, ello significa que en los llamados delitos especiales quienes concurren como coautores deben tener la cualidad especial que requiere el tipo penal y en los delitos “de propia mano” los coautores deben realizar personalmente la conducta típica.

Son elementos que deben concurrir para la coautoría los siguientes: 1) acuerdo previo en el cual se determine la decisión conjunta de cometer el delito; 2) distribución de roles para la ejecución del hecho; 3) contribución esencial objetiva en la realización del hecho mediante aportes esenciales en fase de ejecución del hecho; 4) misma resolución común para cometer el delito, unidad de dolo; 5) concurrencia del criterio de imputación recíproca.

Los anteriores elementos permiten diferenciar la coautoría de una participación, por lo cual han de cumplirse todos, siendo que los mismos deben ser demostrados, de manera directa o inferencial pero de manera suficiente. No debe olvidarse que en la coautoría concurre el dominio del hecho en común, de ahí que los intervinientes deben compartir la decisión de cometer conjuntamente el delito —ello satisface el acuerdo previo que puede ser expreso o tácito— lo cual debe quedar suficientemente demostrado, duda sobre ese aspecto no permitirá imputar el hecho como coautor. También se requiere que los intervinientes realicen desde el plano una contribución a la ejecución del hecho, esa contribución no es de cualquier índole tiene que ser calificada, por cuanto debe ser esencial para cometer el delito, pero con una particularidad el dominio del hecho, ello es así por cuanto la llamada complicidad necesaria también importa la prestación de una “una cooperación de tal modo necesaria, que sin ella no hubiere podido realizarse el delito”; por tanto la necesidad de la contribución no puede ser un criterio de distinción entre coautor y participe necesario, por lo cual a tal acto debe exigírsele el dominio del hecho y ello es así cuando sin tal actividad el hecho no es posible de cometer, lo cual deja por sentado la importancia del dominio del sujeto que participa.

De aquí se presenta la cuestión relevante de coautor funcional, el cual no realiza una contribución en el ámbito de la ejecución de la acción típica, y por ello se propone, que es coautor quien intervenga en la ejecución del hecho, aunque realice un aporte necesario dentro del plan global, que no este vinculado a los actos de tipicidad, tal criterio de dominio funcional del hecho, debe ser utilizado de manera completamente restringida, con total exigencia de los elementos de la autoría, por lo que los actos ejecutados deben tener vinculación a la conducta típica relativa a los actos de ejecución, es que, de no ser así el criterio de dominio funcional del hecho, quiebra el modelo diferenciador de la autoría y de manera subrepticia acuña el modelo unitario de autoría, el cual precisamente prohíbe el artículo 32 al diferenciar entre autores y partícipes. De ahí que sólo cuando concurren establecidas todos los requisitos de la coautoría, debe estimarse esta forma de intervención en el delito, por que una aplicación extensiva del criterio del dominio funcional, no sólo extendería una interpretación in malam partem, sino que también significaría en materia de autoría aplicar materialmente un modelo unitario de autor, el cual no es admisible por el principio de culpabilidad, por ello insistimos de no concurrir todos los elementos que conforman la coautoría, esta no debe ser apreciada y si una participación necesaria el aporte fue imprescindible.

También es importante destacar el aspecto subjetivo, el cual se centra en el acuerdo previo que exige una resolución comunitaria para la ejecución del hecho, lo cual tiene que quedar cubierto por dolo de los intervinientes; lo anterior permite considerar: a) que las situaciones de exceso de un coautor no le son imputables a los demás, la responsabilidad coautoral alcanza, hasta los límites de la resolución delictiva comunitaria; b) permite deslindar la llamada coautoría accesoria, por la cual un resultado típico se produce por la conducta de varias personas, sin haber puesta en común respecto de su ejecución; c) se niega la posibilidad de la concurrencia de la coautoría en los delitos imprudentes.

Por último es importante la cuestión del criterio de imputación recíproca, por el cual los diversos hechos cometidos en la ejecución del delito, se imputan recíprocamente respecto de todos los coautores, de ahí que cada coautor —una vez colmado todos los presupuestos de la coautoría— es responsable de la generalidad del hecho y no únicamente de la parte que ejecutó como contribución, salvo los casos del llamado *dolus subsequens* en virtud de la actualidad del dolo.

#### **ARTICULO 34.**

##### **NOTA DE ACTUALIZACION.**

La autoría mediata es otra forma de autoría, la cual debe ser diferenciada esencialmente con la instigación por las similitudes que pueden tener, sin embargo se impone aquí la necesidad de diferenciación en virtud del principio de legalidad aunque en la pena no existe diferenciación, cuestión criticable— por ello debe de repararse que autor mediato es aquel, que realiza el hecho no por si mismo, sino utilizando a otra persona a quien instrumentaliza, para que materialmente ejecute el

hecho. Sin embargo el aspecto esencial que distingue autoría mediata de instigador es el dominio de la voluntad, el autor mediato siempre debe tener el dominio del hecho, mediante el dominio de la voluntad del instrumento, de tal manera que el hecho es obra de la voluntad del llamado “hombre de atrás” que domina el hecho dominando la voluntad de la persona que utiliza como un instrumento para la ejecución del injusto, este aspecto nunca debe concurrir en el instigador, quien a pesar de crear el dolo de delinquir en el sujeto activo, nunca dominara su voluntad y por tanto la ejecución del hecho.

#### **ARTICULO 35.**

##### **JURISPRUDENCIA:**

##### **Instigadores. Tribunal de Sentencia, Nueva San Salvador. 22/06/00**

Dentro de las formas de participación encontramos la instigación, la cual consiste en la determinación dolosa de una persona a otra a la comisión de un delito. Instigar, penalmente hablando es incitar, provocar o inducir a alguien a que cometa un delito. Para punir al instigador, el hecho tiene que alcanzar la consumación o por lo menos el grado de tentativa; de lo anterior tenemos que el instigador es un partícipe, sobre la base del peligro que supone para el bien jurídico tutelado, con todo la instigación es accesorio y por ello es que debe constarse el hecho típico y antijurídico de autor principal; el instigador no posee el dominio del hecho y la inducción debe ser dolosa en dos sentidos: la de provocar la resolución delictiva en el futuro autor y la de que el delito se materialice.

##### **NOTA DE ACTUALIZACION.**

La instigación esta caracterizada por que una persona induce dolosamente a otro para que realice un injusto penal, de ahí que el instigador cree en la mente del instigado el deseo de delinquir, pero a diferencia del autor mediato, el instigador no domina el hecho por que no tiene el dominio de la voluntad del instigado, el cual domina completamente el hecho también se diferencia de la coautoría por cuanto el coautor si realiza un aporte esencial en el ámbito de la ejecución, mientras que el instigador, ni participa en el ámbito de la ejecución mediante aportes imprescindibles, ni domina el hecho. Es importante indicar que en la dogmática penal, los conceptos de instigador, inductor, determinador, provocador, son símiles, es decir se trata materialmente de la misma figura, aquel que crea en otro el dolo para delinquir, sin que domine su voluntad y el hecho, cuyo dominio quedan plenos para el inducido. No basta para ser inductor crear meramente situaciones favorables para el delito, expresión de meros deseos, o de opiniones, o de motivos, o de alusiones generales de oportunidades delictivas; pues según el precepto se requiere una instigación dolosa que sea capaz de determinar a otro.

#### **ARTICULO 36.**

##### **JURISPRUDENCIA:**

**Cómplice. Juzgado Segundo de Menores de Santa Ana. 17-08-99.** Para considerar la complicidad debe existir relación entre los actos del autor y los del cómplice, pues la mera actitud pasiva no constituye complicidad y no puede atribuirse responsabilidad penal a quien se limita a estar con los autores en la realización del hecho punible. Cómplice es aquel sujeto que presta una colaboración dolosa en la realización por otro de un hecho delictivo de naturaleza dolosa, por actos anteriores o simultáneos a la realización, por consiguiente el cómplice es un sujeto que no tiene el dominio final del hecho pero interviene dolosamente en su realización ayudando al autor en la ejecución del delito.



## NOTA DE ACTUALIZACION.

Es oportuno indicar que cómplice –por distinción con autor– es aquel que asiste al autor de manera dolosa para ejecutar un delito, pero sin dominar su ejecución. El fundamento esencial para distinguir entre autores y cómplices es el dominio del hecho pero en cuanto a la ejecución del delito, por cuanto el cómplice también dominara el hecho de cooperación, pero tal ayuda no implica un “gobierno” esencial de la ejecución del delito. Se distingue entre complicidad necesaria y complicidad no necesaria, la cual acuña el código como más adelante se verá.

Es importante indicar aquí que la complicidad necesaria, es un límite a la coautoría, y dentro de esta forma de intervención a la coautoría funcional, por cuanto de no delimitarse esta por la complicidad necesaria, cualquier aporte en fase de ejecución volvería al partícipe coautor, lo cual conduciría a un criterio único de autor, solo que “encubierto por la coautoría funcional”. De ahí que la función de límite que establece el precepto de la complicidad necesaria, es importante por cuanto no bastará para ser coautor únicamente aportar una contribución funcional en fase de ejecución, sino de dominar el hecho, por medio de ese aporte esencial, si bien es cierto esta formulación es una interpretación restrictiva, ello se compagina más con el principio de legalidad que proscribire la interpretación extensiva; y con el mismo principio de culpabilidad que esta a la base de las teorías diferenciadoras y que establece la necesidad de distinguir entre autores y partícipes. Aunque la doctrina ha señalado que la complicidad necesaria debe estar constituida sobre aportes esenciales en fase de preparación del delito y no en fase de ejecución por que importaría en consecuencia una coautoría, entiendo que tal intelección generaría una formulación extensiva de autoría única, sólo que de manera superpuesta por la coautoría, pero desde sus efectos materiales no habría ninguna diferencia sustancial respecto de la formulación única de autor, al menos entre coautoría y complicidad necesaria; por ello es que se acepta también que la cooperación pueda ser previa o coetánea al hecho (Vélasquez Velasquez, 1997: 630); en cuanto al aporte para decidir la necesidad, este puede medirse conforme a la doctrina de la escasez teniendo en cuenta los reparos que se le formulan (Trejo Escobar, 2000: 211/212)). Una intelección como la propuesta puede reducir el ámbito de política penal, pero ello me parece legítimo, cuando esos límites permiten respetar principios de rango constitucional, por lo que entiendo que la complicidad necesaria si constituye el límite para la coautoría y por ende no necesariamente se limita a la fase previa de ejecución del delito, sino que puede acontecer en la fase de ejecución, una aplicación sincretica de la teoría material-objetiva con la del dominio del hecho me parece que propicia consecuencias más satisfactorias en cuanto al respeto del modelo de la diferenciación entre autores y partícipes.

En lo relativo a los cómplices no necesarios, debe tenerse en cuenta, que su intervención estará vinculada de manera negativa a la no necesidad del aporte en la ejecución del delito, por que si concurre necesidad, al menos habrá complicidad necesaria. De ahí que, en la complicidad no necesaria el aporte es totalmente prescindible, lo cual marca una estricta limitación respecto que el cómplice no necesario de manera más ostensible carece del dominio del hecho respecto de la ejecución del injusto penal. Se ha señalado también que la complicidad secundaria, tiene dos límites que se sustentan en los criterios de temporalidad de la cooperación y de su utilidad (Trejo Escobar, 2000, 208) lo cual parece correcto. Es por ello que la exigencia del precepto respecto del cómplice no necesario de incluirlo como tal, aun cuando tal complicidad se estructure sobre promesa de ayuda posterior debe entenderse de manera restringida, respecto de que esta proposición tiene que colmar los supuestos de un acuerdo previo, límite negativo del encubrimiento, que exige que no concurra un acuerdo anterior, de ahí que no se trata de una simple promesa.

## **ARTICULO 37.**

### **NOTA DE ACTUALIZACION.**

Digamos que la accesoriedad, es un mitigador de la participación criminal, el cual es compatible con la fundamentación del dominio del hecho, por cuanto el hecho del partcipe no es autónomo y depende del hecho principal del autor, de ahí es posible sostener que la teoría de la participación es también un amplificador de los tipos penales, de ahí que si la punición del partcipe –en sentido estricto– esta subordinada a la del autor a tal relación jurídica se le conoce como accesoriedad en la participación y de la misma pueden extraerse diversas consecuencias, siendo que aquí nos limitaremos a citar dos: a) el comienzo de la accesoriedad lo marca la tentativa, sino concurre una ejecución del delito que alcance el estadio de la tentativa, de lo contrario la participación no es punible, salvo que de manera expresa los actos previos constituyan una proposición o una conspiración, específicamente determinados como delitos autónomos; ello es explicable por cuanto el precepto requiere que la responsabilidad de los partcipes principie “desde el momento en que se ha iniciado la ejecución del delito.”; b) pero además no sólo se requiere inicio de ejecución sino que el hecho sea típico y antijurídico para el autor, de lo contrario si la conducta es atípica o si esta justificada, la contribución del partcipe sigue la misma suerte –de ahí la accesoriedad– que la del autor, es decir no es punible en el ámbito penal. A esta dependencia de atribución del partcipe del injusto del autor, se le denomina accesoriedad limitada –para oponerla a otros tipos de accesoriedad –hiper-accesoriedad, accesoriedad mínima– la cual requiere que el hecho del autor sea típico y antijurídico, no requiriéndose que el hecho se le pueda atribuir culpablemente al autor, tal visión de un injusto común, a una responsabilidad que es personal, se sostiene sobre la base de que el dolo se construya en el tipo de injusto, pues de lo contrario se borran los límites de la accesoriedad. En resumen el partcipe responde, siempre que de ordinario se haya iniciado la ejecución del hecho y en cuanto éste sea típico y antijurídico, respecto del autor, esto último también encuentra sustento en el precepto por cuanto establece: “... y cada uno responderá en la medida que el hecho cometido por lo menos sea típico y antijurídico”.

## **ARTICULO 38.**

### **NOTA DE ACTUALIZACION.**

Debe añadirse a nivel de comentario únicamente algunas situaciones: 1) La vinculación del actuar por otro queda supeditado a dos situaciones determinadas: (a) los actos de administración –de hecho o por derecho– de una persona jurídica o la actuación en nombre o en representación de dicha persona moral; (b) las representaciones de orden legal o las actuaciones en nombre de una persona natural; 2) la consideración que este precepto tiene una íntima vinculación con el apotegma de *societas delinquere non potest* o las sociedades no delinquen, cuestión que puede reconducirse a una consecuencia del principio de culpabilidad, en el sentido que la culpabilidad, es personalísima. Fijado el anterior marco la cláusula de actuar por otro, es un paso intermedio entre la impunidad de los actos de las personas jurídicas y la responsabilidad penal que se les pretende atribuir como un nuevo modelo de imputación, que cambia los cimientos del derecho penal nuclear, que esta construido sobre un modelo de imputación de la persona humana. De ahí que por la estipulación del actuar por otro, se permita –sin que la persona jurídica sea penalmente responsable– que las condiciones o cualidades especiales que dicha persona ostenta puedan ser trasladadas a la persona natural que actuare en la ejecución de la conducta delictiva, por que dichas circunstancias especiales constituyen un elemento especial de autoría que únicamente puede ostentar el sujeto activo, el cual en ciertos ilícitos por su alto contenido normativo, únicamente podrían ser predicables de la persona jurídica, pero no por el sujeto activo que actúa tras la persona jurídica –por ejemplo el caso de evasión de impuestos, en el cual el evasor, puede ser una persona jurídica– de la cláusula de transmisión de equivalencia de la cualidades, condiciones o relaciones de la persona jurídica a la persona natural que actúa en su nombre.

La otra cuestión atañe a un problema de autoría, en aquellos casos en los cuales para ser autor se necesita una condición especial que únicamente concurre en el autor y en ninguna otra persona, se trata de un delito especial propio, por el cual normativamente se requiere una específica cualidad para ser autor, sin la cual no se colma el supuesto típico de la autoría, se suscitan aquí problemas de intervención en el delito, entre intraneus y extraneus que en parte son resueltos por la cláusula de transferencia o la equivalencia de actuar por otro (Silva Sánchez, 1998:176/177); en tal sentido estos delitos también son conocidos como delitos de infracción de deberes, por el cual sólo es autor quien precisamente infringe el deber, por lo que el dominio del hecho no es lo revelante, sino la infracción del deber que se tiene conforme al tipo penal. De ahí la importancia de la cláusula de actuar por otro que permite la transferencia de no sólo de condiciones, o cualidades, sino también de relaciones –incluidas las relaciones de deberes – pero lo anterior también marca un límite por cuanto, sólo constituirá actuar por otro, cuando el hecho se cometa mediante la utilización de una persona jurídica, siempre que el tipo penal exija, la concurrencia de condiciones, cualidades o relaciones en la persona jurídica, de no concurrir este elemento en la estructura de la persona jurídica, como elemento especial de autoría no se esta en presencia en la figura de “actuar por otro” y la responsabilidad es personal del sujeto que cometió el hecho utilizando como medio a la persona jurídica, ello tiene importantes repercusiones en la responsabilidad civil que se deriva, por que en este caso ya no existe la concurrencia necesaria de la responsabilidad civil subsidiaria especial. Si es importante considerar de *lege ferenda* que la regulación que se hace de la cláusula de actuar por otro, en cuanto a los ámbitos de imputación se estructura en tres niveles: a) aquellos en los cuales la sanción se dirige a la persona individual que actúa en nombre o de la empresa. De ahí que la forma de imputación es hacia abajo; b) aquellos niveles en los cuales la sanción esta dirigida a los responsables de la dirección de la empresa o en su representación, de ahí que las formas de imputación son hacia arriba; c) la imputación respecto de la propia empresa, pero en estos casos no se trata de consecuencias jurídicas en el sentido de penas, empero las mismas se imponen a la empresa como unidad suprapersonal (Achenbach, 1995, 382/383).

Un último punto la imputación por transferencia no puede ser irrogada a una persona por el sólo hecho de ser directivo o administrador de una persona jurídica o por tener la representación legal de una persona natural, si ello fuere así , concurriría una afectación al principio de que la culpabilidad es personalísima; de ahí que tal imputación recae sobre aquella persona que ha ejecutado la conducta en actuación de la persona jurídica, o cuando pueda predicársele una posición de garante respecto de otra persona que ha actuado bajo la responsabilidad del garante, en una jerarquía horizontal, sólo desde esos aspectos podría estructurarse la imputación respecto de la persona natural.

## **ARTICULO 39.**

### **JURISPRUDENCIA:**

**Empleados públicos. Sala de lo Constitucional. Amp. 428-99; 22-09-00.** A diferencia del funcionario público este tipo de servidor no tiene carácter representativo en cuanto a que ejecute la voluntad del Estado; ya que el primero tiene poder de decisión frente a los particulares, mientras que el empleado es un mero ejecutor de órdenes e instrucciones. El empleado se encuentra en un nivel de menor trascendencia que el funcionario. El empleado público hace del trabajo el objeto principal de sus actividades, convirtiéndolas en una verdadera profesión.

**Calidades Especiales. Sentencia de la Sala de lo Penal, de las doce horas y treinta minutos del día ocho de noviembre de dos mil dos (125-02).**

De manera que de conformidad al Art.22 Pn., la calidad de sujeto activo del delito oficial se limita al funcionario y empleado público y no se extiende al agente de autoridad como lo pretende el recurrente a partir de la interpretación particular que él hace del Art.39 Pn.. Como última consideración es necesario dejar claro que el delito de cohecho propio imputado a los Agentes de la Policía Nacional Civil, de acuerdo a la doctrina penal, es un delito especial, pues los sujetos activos reúnen la

calidad personal de ser agentes de autoridad, tal como lo exige el Art.330 Pn., pero no puede calificarse como delito oficial, que también es una especie de delito especial, pues como ya se dijo el sujeto activo nada más se limita al funcionario y empleado público sin incluir la categoría de agente de autoridad como lo pretende el recurrente.

#### **NOTA DE ACTUALIZACION.**

Conviene señalar que los conceptos de funcionario, empleado y autoridad pública, así como los de agente de autoridad, son utilizados para términos estrictamente penales, es por ello que no son utilizables los conceptos propios que el derecho administrativo ha elaborado respecto de los mismos, por cuanto el legislante ha construido estas calidades con finalidades únicas de vigencia para el derecho penal. De ello se derivan algunas cuestiones interesantes que habrá que considerar brevemente: a) el derecho penal está dotado de la autonomía suficiente para elaborar sus propias conceptualizaciones, el legislador que es quien realiza esta tarea, tiene ese poder de configuración, siempre que respete el aspecto esencial de tales construcciones, dicho marco no se ha rebasado por lo que la norma tiene legitimidad; b) la aplicación más práctica de esta enumeración, es que la misma queda cubierta por el principio de legalidad, de ahí que no esté permitido la interpretación extensiva de la calidad en la estructuración de los tipos penales, únicamente podrá interpretarse que es sujeto del delito, la persona que estrictamente ostente la calidad especial que se describa, la cual debe ser interpretada conforme al precepto que se comenta de manera restrictiva cuando sea in malam partem, por ejemplo si en el delito de peculado, únicamente se considera autores a los funcionarios o empleados públicos, esa calidad no puede ser analógada a una autoridad pública o a un agente de autoridad, en este caso está proscrita la interpretación extensiva, así como la aplicación de en virtud del principio de legalidad en su versión de ley estricta. Sólo queda indicar que si la interpretación genera una favorabilidad para el acusado en el uso del concepto legal, tal interpretación es plausible realizarla, como en el caso del delito oficial –ya comentado– en el cual de manera directa el precepto de rango constitucional –Art. 239 Cn.– establece que los jueces por delitos oficiales, deben ser sometidos a un procedimiento previo de formación de causa, mientras que el delito oficial estructurado en el código penal no contempla a los jueces; c) la aplicación de estos conceptos recae sobre las calidades especiales de autor, por lo cual podrá generar tipos penales especiales, que exigen como requisito que tal calidad concurra en la persona del sujeto activo, ello debe ser interpretado teniendo en cuenta el artículo 34 CP que establece en la autoría mediata por instrumento una regla especial en cuanto a las calidades especiales.

#### **ARTICULO 40.**

##### **JURISPRUDENCIA.**

**Unidad de acción. Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador. 30-10-98.** De lo anterior claramente se establece cual es la doctrina que se ha incorporado en el Art. 40 CP, indudablemente sólo corresponde en su primer supuesto a la denominada unidad de la acción, la cual como dijimos consiste en considerar que hay un concurso formal (ideal) de delitos, cuando mediante la realización de una acción u omisión se cometen dos o más delitos. Ello no es igual en el llamado concurso medial (delito medio-fin) pero no se discurrirá en tal argumentación por no ser adecuado a los hechos enjuiciados. Decimos que en el concurso ideal la unidad de acción es la aplicable de *lege lata* por que la estructura de la norma así lo indica, repárese en su configuración que determina la existencia del concurso formal de delitos cuando se ha exteriorizado una sola acción, nótese que el Código Penal nuestro, a diferencia de otros, no toma como base la realización de hechos, sino de acción y con ello se limita la visión de la acción a un aspecto estrictamente objetivo. Los resultados de adoptar el código esta postura, que no es nueva, por que igual la contenía el código penal de mil novecientos setenta y cuatro, es que determinándose que ha concurrido una única acción, aunque ésta produzca diversas afecciones a distintos bienes jurídicos, los hechos deben reputarse como un concurso ideal de delitos. Raúl Eugenio Zaffaroni lo explica con mayor nitidez al decir:

“cuando con una acción se producen diversos resultados aunque recaigan sobre bienes jurídicos distintos se estará ante un hecho único”.

#### **NOTA DE ACTUALIZACION.**

Cuestión importante es el concurso de delitos, por cuanto un tratamiento adecuado de la teoría concursal, permitirá una adecuada subsunción de la tipicidad de las conductas al respectivo tipo penal o en su caso a los diversos tipos penales, de ahí que esta estrechamente vinculado a este tema, el considerado respecto del concurso aparente de leyes o tipos penales, por cuanto es la forma negativa de controlar si ha concurrido un concurso de delitos ora material ora formal, de ahí que las disgregaciones que se hicieron sobre el concurso aparente, son atinentes a esta temática.

Ahora bien, conviene destacar un punto que serán común a todas las formas concursales por cuanto es aplicable a todas ellas, dicho tópico se corresponde a la determinación de la acción, que es fundamento esencial en la determinación o no del concurso de delitos, por lo que las valoraciones aquí consideradas son aplicables a todas las formas concursales. La cuestión esencial para la determinación de un concurso, es si el sujeto pasivo con su conducta ha trasgredido diversas normas penales mediante una acción –unidad de hecho – o si dicha afectación de normas se debe a varias acciones – pluralidad de hechos– de ahí que lo esencial sea precisar cuando concurre unidad de hecho o pluralidad de hechos, aspecto que es calificado mediante el principio de acción.

Es doctrina mayoritaria que la multiplicidad o unidad de hechos se corresponde a la unidad o pluralidad de acciones, empero el numero de hechos –hecho típico– este subordinado al número de resultados materiales cubiertos por el dolo del sujeto activo. De ahí que, importan la cantidad de acciones y no de resultados, con ello se indica que la multiplicidad de resultados típicos no genera una pluralidad de delitos, con lo cual el objetivismo penal extremo, se ve medido, por tanto es dable afirmar que concurrirá única acción y como consecuencia un único hecho, cuando el fundamento este constituido por una manifestación de voluntad del agente, no teniendo relevancia el numero de afectaciones a los bienes jurídicos de distintas personas aún cubiertas por el dolo, es por ello que la unidad de hecho o la diversidad de hechos esta supeditada al número de acciones y no de resultados.

Afirmado lo anterior es trascendental precisar cuando se concurre única acción o cuando hay múltiples acciones, para lo cual la sistemática penal ha elaborado distintos criterios, unos desde un enfoque natural-causal y otros de índole jurídico-normativo. Así se ha formulado el principio de “unidad natural de acción” el cual se funda en la consideración de varias acciones ligadas en tiempo y espacio, que constituyen un solo objetivo, determinan un único hecho; y aunque cada conducta pueda ser estimada autónomamente, en realidad constituyen un solo hecho, el fundamento en este caso es de una acción pre-jurídica, lo cual ha significado algunas resistencias en el plano dogmático.

Desde el punto de vista normativo, la pluralidad o no de acciones se construye no desde un plano ontológico de acción, sino desde tipología penal de ahí que esta línea de pensamiento se adscriba al principio de “unidad típica de acción” la cual es concurrente cuando varias acciones –de por si separables– son sincretizadas desde una valoración normativa del respectivo tipo penal, pero se distingue entre lo que configura una unidad típica de acción en sentido restringido y una unidad típica de acción en sentido amplio.

El modelo restringido o limitado se establece para aquellas tipos en los cuales una multiplicidad de actos no obstante su multiplicación únicamente colman un tipo penal, quedando comprendidos los delitos de efectos permanentes y los delitos de varios actos, puesto que en dichos supuestos, aunque concurren varias conductas, estas estructuran una sola acción que extiende su contenido antijurídico en cuanto se prolongue en el tiempo.

En cuanto al modelo de unidad de acción típica amplio, no sólo se limita a la mera realización del tipo penal por la prolongación de la conducta, sino que acuña los actos de repetición típica –es decir la ejecución reiterada del mismo tipo

penal— siempre que este ocurra en un limitado período y cubierto por una misma decisión, de ahí que se trata de la unidad de un ilícito progresivamente atacado el cual puede tutelar bienes jurídicos de un mismo titular o de diversos derechohabientes.

Los dos criterios expuestos —según la línea de pensamiento que se siga— son mayoritarios en sus respectivas concepciones y pretenden neutralizar un vetusto modelo, que homologaba acción con mera conducta física, en el sentido que cuantas veces se realizaran actos externos físicos, cada uno de ellos, implicaba una acción en sentido autónomo, lo cual multiplicaba la imputación de delictiva; es obvio que estas concepciones no respetan el principio de culpabilidad, que propugna un derecho penal sustentado en la unidad de conducta no sólo en el plano objetivo sino en el subjetivo; y limitado por la proporcionalidad, lo cual prohíbe la multiplicidad delictiva atendiendo sólo a actos físicos o respecto de pluralidad de resultados, se impone entonces una consideración de unidad de conducta en su aspecto objetivo y subjetivo; este criterio de unidad de acción es decisivo para determinar si se trata de un concurso ideal o real, si constituye o no un delito continuado y es el factor de inclusión o exclusión en el concurso aparente de normas penales, es decir es el criterio rector para determinar si existe unidad o pluralidad de hechos.

Hay concurso ideal cuando con una sola conducta —en el sentido de unidad de acción— el agente colma diversos tipos penales, es decir una sola acción es adecuada típicamente a diferentes supuestos de hecho que no se excluyen entre sí. Nótese entonces que los dos criterios importantes en el concurso ideal son por una parte que la conducta encaje típicamente en diversos tipos penales, pero necesariamente estos tipos penales, no deben excluirse entre ellos mismos, es decir no deben encajar en los supuestos de especialidad, subsidiariedad o consunción del concurso aparentes de normas penales, por que si la conducta encaja en diversos tipos penales, pero le son aplicables cualquiera de las reglas del concurso aparente, las adecuaciones típicas son excluyentes; de ahí que el concurso “virtual” de tipos penales es la forma de control negativo del concurso ideal, por ello siempre es recomendable que antes de concursar idealmente una conducta se efectúe un juicio valorativo de exclusión de los criterios del concurso aparente, por que sólo de esa manera se examinara si las conductas son excluyentes o no excluyentes.

El concurso ideal por regla general se indica que es múltiple, en el sentido que una acción realiza diversas conductas típicas que son diversas, afectando diferentes bienes jurídicos; pero se admite que cuando los intereses jurídicos sean personalísimos, y la conducta afecte a una pluralidad de víctimas, concurre un concurso ideal homogéneo. Aquí es importante indicar, que la diversidad de bienes jurídicos afectados, que en atención a su autonomía, permite adecuar la conducta en múltiples tipos penales, no es un criterio suficiente para determinar si concurre un concurso ideal, por que lo que define el concurso es la unidad de conducta, de ahí que, por el sólo hecho de que una acción ofenda diversos bienes jurídicos, ello no significa que concurre un concurso ideal. De igual manera la lesión de diversos bienes jurídicos de la misma especie que pertenecen a diferentes personas, no constituye una diversidad de delitos —el caso de una conducta culposa en la cual mueren varias personas o de única conducta dolosa por la cual se causa la muerte a diversas personas— no constituyen distintos delitos sino un concurso ideal.

También debe indicarse que el precepto establece el llamado concurso teleológico, en el cual concurren hechos ejecutados de manera diferenciada en cuanto a tiempo y espacio, pero en virtud de los fines se entiende que dichos hechos conforman una unidad, por cuanto un hecho es necesario para cometer otro, sin embargo, esta acumulación de hechos, no debe verse solamente sobre la diferencia de los bienes jurídicos para entender concurrido un concurso medial, por que los límites son los actos sucesivos y los actos co-penados, de ahí que este tipo de concurso medial, debe ser interpretado restrictivamente por cuanto puede ser que el hecho constituya un único delito y no un concurso ideal, de ahí que, no es suficiente el aspecto subjetivo, sino que objetivamente debe concurrir toda la tipicidad del restante hecho, el cual no debe ser excluyente conforme a las reglas del concurso aparente, cada situación concursal debe ser intelegido de manera concreta, la

necesidad del hecho delictivo para alcanzar otro debe ser absoluta, de lo contrario no ocurre el concurso medial, en el sentido que un delito sea necesario para cometer otro; si se trata de lo que se conoce como “pluralidades de delitos mediales” en los cuales se necesita ya no de uno sino de varios delitos para alcanzar el delito fin, se estima que concurre siempre el concurso ideal, siempre que se mantenga la unidad teleológica, de manera análoga al primer supuesto del concurso que admite no sólo dos delitos sino una multiplicidad cuando indica “.. se cometen dos o más delitos...” en este caso siendo la *in bonam partem* esta permitida, por cuanto no es en perjuicio.

De ahí que para el concurso ideal se requieren los siguientes presupuestos: a) unidad de acción, lo cual queda plenamente aceptado por el precepto que requiere para el concurso ideal de delitos “una sola acción u omisión...”; b) doble o múltiple concurrencia de delitos, entendidos como tipos penales; c) que concorra misma identidad en el sujeto activo, pero ello no excluye la coautoría o la participación, siempre que sea sobre los mismos hechos; d) identidad de sujetos pasivos, aunque pueden ser múltiples, en cuyo caso concurriría el llamado concurso ideal heterogéneo; e) unidad de tipo subjetivo. Para el concurso medial deben concurrir: a) concurrencia de distintas acciones unidas por el delito medio al delito fin, pueden concurrir diversos delitos si se mantiene la unidad teleológica; b) necesidad del delito medio para la ejecución del delito fin; c) que ambos delitos no sean excluyentes entre si conforme a las reglas del concurso aparente; d) unidad de sujeto activo lo cual no excluye necesariamente la pluralidad de autores o partícipes, siempre que se trate de los mismos hechos; e) pueden concurrir diversos bienes jurídicos afectados.

#### **ARTICULO 41.**

#### **JURISPRUDENCIA.**

**Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador. 18-02-02.** El acusado ha cometido diversos delitos: dos homicidios simples en un mismo día (...) y cometió otros dos delitos el día (...) al tener droga en su poder e identificarse con un documento que no le pertenecía, el cual era falso. Esa multiplicidad de conductas delictivas dado que sobre ninguna ha recaído sentencia, deben penarse conforme a las reglas del concurso real de delitos, puesto que procede declarar que han concurrido un concurso material de delitos, cuando el imputado ha cometido diversos injustos culpables, siendo que cada injusto se ha materializado con una diferente acción que los hace a todos independientes entre si –regla del artículo 41 CP–

#### **NOTA DE ACTUALIZACION.**

El concurso real se caracteriza por una pluralidad de acciones completamente independientes entre si que se adecuan típicamente a uno o más tipos penales, cometidos por un mismo agente –admisible en coautoría o participación – y sobre los cuales no ha recaído pena. A diferencia del concurso ideal en el concurso material no debe concurrir unidad de acción, de ahí que la negativa del concurso real sea el concurso formal, con mayor énfasis el medial, así como el delito continuado, de ahí que si se trata de un concurso real no debe haber concurrencia de tipos penales, sino separación de tipos penales.

En cuanto a los elementos del concurso real deben de concurrir: a) diversidad de acciones totalmente independientes –no unidad de acción– en tiempo y espacio; b) distinta concurrencia de tipos penales sean o no de la misma especie; c) unidad de sujeto activo, dentro del cual son estimables las formas de autoría y participación, si concurren al mismo hecho, respetándose los criterios de la participación en general en el delito; c) unidad o pluralidad de víctimas; e) que no medie sanción impuesta por los hechos sometidos a concurso.

Conviene destacar este último aspecto, por su importancia, puesto que es un elemento normativo constitutivo del concurso material. En un primer momento podría pensarse que si se quiebra la unidad del concurso real, mediante la sanción penal que se impone, dicho concurso ya no opera, la consecuencia directa de esta apreciación se notara en un ámbito sumamente delicado, el cual es la penalidad, por cuanto las penas del concurso real, tienen una forma de concreción

sumativa que no puede rebasar cierto límite; de ahí que si el concurso real se interrumpe por llevarse a juicio y sentenciarse ciertos hechos, mientras que otros hechos anteriores ya conocidos –por las razones que sean– son llevados posteriormente a juicio, las penas de estos no quedan cubiertas por la regla del concurso, debiendo el justiciable cumplirlas todas; puesto que el concurso requiere como elemento la no sanción previa; pues bien esta interpretación debe ser rechazada por cuanto quebranta los fundamentos del concurso real, que a su base tienen el principio de proporcionalidad de las penas.

Si se nota la exigencia del concurso real de que no exista sanción previa tiene –a mi juicio– un claro fundamento constitucional, la garantía de no ser sancionado doblemente por los mismos hechos –aparte de su fundamento procesal de conexidad– lo cual permite considerar que esa situación que es una norma de garantía no puede ser usada en contra del mismo acusado, entendiendo que si se impone una pena, ya no rige el principio de acumulación de penas para hechos previos y que el concurso ha quedado interrumpido, así como la unificación de penas.

Como se dijo tal idea contradice los propios fundamentos del concurso real, por cuanto este tiene dentro de sus finalidades, evitar la desproporción punitiva, entre la multiplicidad de delitos imputados, de ahí que uno de los fundamentos directos del concurso real, sea el principio de proporcionalidad en materia de penas, en cuanto materialmente estas no pueden ser irrazonables. Ello queda claramente delimitado por dos aspectos de la pena, en primer lugar la prohibición constitucional de penas perpetuas, la cual no sólo se limita a la interdicción del *nomem iuris* de una pena, sino también a sus efectos materiales, puesto que la multiplicidad de penas por su aumento pueden hacer derivar un sistema de penas relativamente indeterminado en penas perpetuas por acumulación, situación que trasgrede la prohibición de penas a perpetuidad, sólo imagínese el caso de una persona a quien se le imputan diversidad de delitos, respecto de los cuales, primero es sometido a juicio por ciertos delitos y se le imponen treinta años de prisión; luego es sometido por otro grupo de delitos y se le imponen treinta años de prisión; posteriormente es sometido a juicio por otro grupo de delitos y también se le imponen treinta años de prisión. De todos los delitos originalmente imputados, el imputado ha sido condenado no en un solo juicio a diversas penas, lo que de manera –solo– aparente ha interrumpido el concurso, pero de aceptarse esta tesis se acepta que tendrá que cumplir por el sistema de acumulación de penas, los noventa años de prisión, cuestión que afrenta la proscripción de la pena perpetua, la cual tiene rango constitucional. También se vería conculcado el principio de resocialización de penas el cual subyace en el concurso real, por cuanto una persona condenada a penas de larga duración, como lo sería en el caso expuesto, no tiene expectativas reales de una oferta de inserción social.

De lo anterior esta exigencia del precepto debe ser interpretada conforme con los principios constitucionales aludidos, de ahí que tal limitación debe concurrir cuando el acusado posterior a su condena, cometa nuevos hechos delictivos, o cuando un hecho anterior era absolutamente desconocido razón por la cual no fue oportunamente incoado; por el contrario cuando los hechos son conocidos y están sometidos a investigación o procedimiento, estando identificado el justiciable como autor o partícipe de esos hechos, la no unificación de juicios para que sean decididos en un único juicio, no afecte la unificación posterior de las penas, siempre que los hechos sean previos y no ulteriores, de ahí que aunque formalmente se interrumpa el requisito de la sanción de hechos, materialmente tal cesura no opera, por lo que las nuevas penas que se impongan a consecuencia de los juicios posteriores por hechos previos, deberán unificarse materialmente a las penas del concurso real, la interpretación analógica de la norma penal en esta caso es no sólo favorable, sino que conforme a preceptos de la Constitución que tienen que ser cumplidos, por lo cual la dilación no puede computarse en perjuicio del acusado y deberá concurrir unificación material de penas.



## ARTICULO 42.

### NOTA DE ACTUALIZACION.

Conviene agregar los siguientes comentarios: a) el delito continuado es una pluralidad de hechos completamente diferenciados pero considerados jurídicamente un supuesto de unidad de acción, por ende es diferenciable del concurso real y es una excepción a la punición del mismo; b) el delito continuado debe ser construido desde una perspectiva sincrética de aspectos objetivos y subjetivos; c) respecto de los elementos objetivos deben concurrir, la unidad del ilícito en su sentido objetivo; similitud formas y medios de ejecución, sin que ello importe igualdad; vinculación espacio temporal; unidad del sujeto con mismo título de autoría; pueden concurrir con el autor partícipes en los cuales no se requiere igualdad de identidad; unidad del bien jurídico ofendido; afectación del mismo precepto penal, en el cual pueden concurrir sus formas agravadas o atenuadas, sin que ello afecte la continuidad delictiva; d) debe concurrir un dolo de continuidad, que cubre todos los aspectos objetivos del delito continuado con énfasis en los aprovechamientos de la misma ocasión; e) la única limitación de la cual adolece la continuidad delictiva es respecto de los delitos de homicidio y lesiones en todas sus configuraciones, por lo que para los restantes delitos que admitan la estructura de una continuidad delictiva, es válida su aplicación; d) rigen en el delito continuado, una unidad jurídico material-procesal, ello genera la consecuencia que de haberse imputado un delito continuado, la última etapa de inclusión de hechos, es en el debate, momento en el cual se puede ampliar la acusación, con la inclusión de un hecho desconocido que es parte de la misma continuidad delictiva, si ello no ocurre y el caso se falla, el descubrimiento posterior de hechos que son propios de la continuidad delictiva que se juzgó, ya no pueden ser nuevamente considerados quedan cubiertos por la *res iudicata tacite* la cual se deriva del principio *Tantum Indicatum Quantum Disputatum Vel Quantum Disputare Debet*, con lo cual tiene vigencia el principio de *Ne bis in idem*.

## ARTICULO 43.

### JURISPRUDENCIA.

**Tribunal Segundo de Sentencia de San Miguel. 25-03-99.** El tribunal se pronuncia por delito masa en tanto que existe una pluralidad de acciones que conlleva a una unidad del delito, en razón de que se conoció por defraudaciones en perjuicio de una pluralidad de sujetos indiferenciados de los cuales el imputado extrajo diversa cantidad de dinero con un solo propósito unitario de enriquecimiento, haciendo la aclaración que el Tribunal conocerá un solo delito por el importe global de lo defraudado, por otra parte, las acciones realizadas por el imputado reúnen tres requisitos básicos exigidos por la doctrina para valorar las mismas como un solo delito de diversas acciones siendo primero, la existencia de un plan preconcebido o aprovechamiento de identidad de ocasión; segundo, pluralidad de acciones u omisiones; tercero, infracción del mismo precepto penal o precepto de igual o semejante naturaleza.

### NOTA DE ACTUALIZACION.

Algunas cuestiones importantes del delito masa son las siguientes: 1) la indeterminación a priori de las personas es requisito esencial de la masificación delictiva, el sujeto pasivo lo constituye una colectividad la cual precisamente la conforman personas indeterminadas, de ahí que los afectados sean una generalidad de personas, pero ello no significa pluralidad de víctimas, sino una “masa de personas” no determinadas previamente por el autor, en tal sentido puede ser cualquier persona en general que se ubique en la misma posición de la víctima; 2) se requiere en principio de una pluralidad de acciones, las cuales no tienen que ser equivalentes, únicamente deben concurrir en el mismo supuesto de defraudación; sin embargo también –dado los avances tecnológicos– puede ser suficiente única acción que pueda alcanzar a un grupo de personas indeterminadas que se vean afectadas, siempre que no entre en el supuesto de concurso ideal homogéneo; 3) la

diversidad de cantidad de dineros puede rebasar el límite de la punibilidad de la falta, puesto que el fundamento del delito masa es la indeterminación de personas, lo cual no concurre en la falta relacionadas a defraudación en la cual el sujeto pasivo tiene que ser determinado, por ello la reforma del precepto era innecesaria; 4) la unidad del hecho es jurídica, por cuanto diferentes hechos constituyen un solo delito que en este caso se entiende masificado; 5) la indeterminación de los sujetos pasivos en cuanto al plan del autor se constituye *ex ante* con lo cual el sujeto indeterminado, puede concurrir determinadamente, sin que ello en nada afecta la tipicidad del delito masa; 6) el aspecto de la indeterminación de personas que serán objeto de la defraudación debe ser cubierto por el dolo; 7) el delito masa únicamente se predica de las defraudaciones, por lo que habría que precisar su formulación, la defraudación consiste en actos que se ejecutan con fraude –engaño o abuso de confianza– en perjuicio de las personas, sin embargo debe considerarse que la defraudación no es precisamente un tipo penal sino que es una figura rectora para designar a las afectaciones patrimoniales que en general se realizan mediante fraude, de ahí que en este ámbito queden comprendidas la estafa en su modalidad simple y agravada, la apropiación o retención indebida y la administración fraudulenta, en estos últimos dos casos cuando sea compatible con los requisitos del delito masa. Cuestión interesante es si el concepto de fraude puede generalizarse aún más y cubrir supuestos como el delito de defraudación a la economía pública, 240-A siendo este un tipo penal de fraude colectivo, parecería cumplir con los presupuestos del delito masa, esencialmente con la indiferenciación *ex ante* de la multiplicidad de sujetos pasivos; sin embargo en otros supuestos en los cuales se contiene la noción de fraudulencia como “Fraudes de comunicaciones (238-A CP) o “Desviación fraudulenta de clientela” (239 CP) la figura en virtud del mandato de certeza no es aplicable, sobre todo por la indiferenciación del sujeto pasivo.

#### **ARTICULO 44.**

#### **JURISPRUDENCIA.**

**Finalidad de la Pena. Sala de lo Constitucional. IS. 15-96/16-96/17-96/19-96/20-96/21-96/23-96. Acum.** En cuanto a los lineamientos prescritos por la Constitución para que la pena cumpla con su fin preventivo de delitos, es necesario considerar los siguientes aspectos: A. El Art. 27 Inc. 3° Cn dispone que (...). Esa disposición determina la función de la pena privativa de libertad en el marco del régimen constitucional: en primer lugar la readaptación del delincuente, a través de medidas que incluye la educación y la formación de hábitos de trabajo, y en segundo lugar la prevención de delitos. Consecuencia de ello, es que la pena en nuestro marco constitucional ejerce una función de carácter principalmente utilitario, pues busca en primer lugar la resocialización del delincuente. Tal es el fin determinante al servicio del cual se ubica la pena, entendida la resocialización –a decir de Mir Puig– “no como sustitución coactiva de los valores del sujeto, no como manipulación de su personalidad, sino como un intento de ampliar las personalidades de la participación en la vida social, una oferta de alternativa al comportamiento criminal”. Pues como bien apuntan las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, “el fin y la justificación de las penas y medidas privativas de libertad son, en definitiva proteger a la sociedad contra el crimen. Sólo se alcanzará este fin si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo.

**Finalidad de la Pena. Tribunal Primero de Sentencia de San Salvador. 27/01/00.** La pena tiene fines tanto generales como específicos, no orientados al castigo como venganza, sino como objetivos de corrección y educación, que puede permitir formar hábitos de trabajo para readaptar al penado y lograr su reinmersión en la sociedad.

**Limites de la Pena. Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador. 09-08-02.** Ahora debe examinarse, si el poder legislativo tiene un ámbito absolutamente discrecional para fijar las penas para los delitos en su merecimiento abstracto, o si por el contrario las decisiones que se asumen en este tópico de la política penal, están sujetas a algún mecanismo de control. En otras palabras, si la Asamblea Legislativa decide reformar el marco punitivo, puede hacerlo sin ningún tipo de limitación, justificando ese acto de poder, por el hecho de ser el órgano emisor de la legislación infraconstitucional, en este caso del Código Penal; para el tribunal esta facultad de imponer penas en la creación de los delitos, aunque goza de un ámbito laxo de discrecionalidad, no puede llevar al absurdo de entender que es un poder ilimitado, al contrario, los límites que el legisferante tiene, le vienen dados por la misma Constitución de la República y por todos los principios, derechos y garantías que la Carta Magna tutela de manera especial. En tal sentido el legislador ordinario, al momento de crear las penas, se encuentra limitado por la Constitución y ese control de la constitucionalidad de las normas que emanan de su seno, esta concedido a un poder distinto al legislativo, para salvaguardar el equilibrio del ejercicio del poder, cuestión que constituye el fundamento esencial del pensamiento democrático-liberal y representa la piedra angular del Estado Constitucional de Derecho (...)

**Finalidad de la Pena. Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador. 09-08-02.** De lo anterior puede colegirse, que la pena no es un fin en sí misma; es decir, no tiene una justificación autopoiética, no puede legitimarse por ella misma, sino que debe tener determinadas finalidades. Esta noción instrumental de la pena, que ya la Sala Constitucional ha reconocido, indica por lo llano, que la pena no es un castigo o una venganza de la sociedad hacia el delincuente; ni cuando se configura antes de delinquir, que es tarea del legislador; ni cuando se impone al culpable, que es tarea del juez; ni tampoco cuando se ejecuta. Está superada ya la etapa, de la pena meramente retributiva, que buscaba la expiación del delito, mediante el sufrimiento del que la padecía. La pena tiene un sentido ético, que la diferencia del simple castigo, aunque constituya una privación de derechos; busca la readaptación de quien ha delinquido, como alternativa opcional para él mismo, que el Estado debe garantizar, aunque el individuo no la asuma, y también señala la importancia que el Estado otorga a determinados bienes jurídicos, mediante la tutela penal; bienes que se ven reconfirmados –pero no de manera absoluta– cuando la norma se transgrede y tiene que imponerse una sanción al que culpablemente ha quebrantado el orden normativo, hay un sincretismo razonable en la configuración de la pena entre prevención general positiva y prevención especial positiva, y culpabilidad como límite irrebachable.

#### **NOTA DE ACTUALIZACION.**

Es conveniente señalar algunas cuestiones esenciales respecto de la pena, ésta es una de las consecuencias jurídicas del delito y se constituye por una restricción a un derecho fundamental de la persona sobre la cual recae por el injusto culpablemente cometido; la pena se ha definido –Hassemer– como: “sanción que reprime comportamiento socialmente insoportables en tanto esta limitada por el principio de culpabilidad”.

En el precepto se acuña una de las tantas clasificaciones de las penas, en este caso en atención a su rango interno, la penas pueden ser principales o accesorias. La pena principal es la que esta vinculada al supuesto de hecho del tipo penal, y se imponen por el hecho cometido sin vinculación a otra pena, en el sistema penológico salvadoreño, la pena tiene tres dimensiones aquellas que tienen como base la privación de libertad, independientemente de la intensidad de dicha privación; aquella que tiene como base la afectación del patrimonio de las personas, vinculada a la multa; aquella que constriñe la autonomía de la persona imponiendo un trabajo de utilidad pública.

Cuestión profundamente debatida es el fundamento y los fines de la pena, en su extensión tal cuestión no puede ser tratada aquí, sin embargo es posible apostillar algunas cuestiones básicas: como que la pena ha tenido una doble fundamentación entre teorías absolutas y relativas. Las absolutas han puesto su énfasis en la retribución –*poena quia peccatum est*– mientras que las teorías relativas en funciones instrumentales o preventivas –*poena ne peccetur*– inclusive desde su versión original antiquísima –que pone de relieve Hassemer– y que formula “*Nemo prudens punit quia peccatum est sed ne peccetur*” o “ninguna persona razonable aplica una pena por los pecados del pasado, sino para que no se vuelvan a cometer en el futuro” (Hassemer, 1999, 105). Precisamente la teorías relativas se dividen en teorías de la prevención general que a su vez pueden ser de prevención general negativa –intimidación– o de prevención general positiva –la afirmación del derecho–; y en teorías de prevención especial que se dividen así mismo en teorías de la prevención especial negativa –neutralización e inocuización del ser humano– y teorías de la prevención especial positiva –resocialización de la persona–; lo anterior es importante por que la pena debe respetar principios que le son impuestos como límites a la facultades de punir del Estado (Roxin, 2001:212/213) dicho límites son irrebasables, centrándose en la dignidad de la persona humana, la pena en cualquiera de sus manifestaciones sólo constituye una restricción de derechos fundamentales y no una afectación del núcleo esencial de los mismos, por lo que la imposición de una sanción penal, jamás puede consistir en un trato inhumano respecto de la persona del justiciable, esta finalidad de preservar la indemnidad del hombre en su aspecto de dignidad, es la que subyace en el programa constitucional de la pena, el ejercicio de un legítimo *ius puniendi* jamás puede representar “el sacrificio” de la persona humana por fines de expectativa social, aquí el fin no justifica los medios (Alcacer Guirao, 2001:178) en puesto de manifiesto con mayor énfasis en la pena que resulta ser la más aguda, la pena de prisión, quedando proscritos todas aquellas pena que afecten de manera desmedida la dignidad del ser humano y asumiendo el principio de resocialización como uno de los fundamentos esenciales al cual se agrega el de prevención de delitos, de esta visión de la pena es que se derivan para toda clase de penas, unos principios rectores que deben ser observados y que se desarrollan a continuación.

**a) Principio de Humanidad de las Penas.** Dicho axioma tiene como fundamento el respeto por la dignidad del hombre como fin del estado –Art. 1 Cn– de ahí que tal principio sea propios de los Estados Constitucionales de Derecho, por cuanto se proscribire la pena como sometimiento de la persona a los fines absolutos de la autoridad estatal, la pena en tal sentido jamás debe afectar a la persona del justiciable, en su dignidad, debe respetar su autonomía y su calidad de ser social, en razón de ello están proscritas del derecho penas perpetuas, infamantes, crueles, inhumanas, tormentosas, y tratos que se inflijan mediante las formas de ejecución.

**b) Principio de Legalidad de las Penas.** Las penas tienen la misma garantía de protección respecto del principio de legalidad, es más tienen una garantía mucho más reforzada, por cuanto en la ejecución de la pena, es donde han sucedido mayores afrontaciones al principio de legalidad, de ahí que la primera conexión de la pena con dicho principio es en el *Nulla poena sine lege* por el cual no puede haber pena sin ley escrita, previa, precisa y estricta, lo cual significa que la pena tanto en su imposición –aspecto cuantitativo– como en su ejecución –aspecto cualitativo– deben estar determinadas por el legislador mediante ley, dicha ley en su imposición y ejecución es irretroactiva, salvo favorabilidad, las penas tienen que determinarse de manera precisa y la interpretación del aspecto punitivo, no puede hacerse de manera analógica desfavorable, estando prohibida la interpretación extensiva y habilitada únicamente la interpretación restrictiva y la favorable al justiciable; *Nulla poena sine proceso e sine iudicio* por lo cual las penas sólo pueden imponerse, habiéndose respetado la garantía del proceso y del juicio, es decir la garantía de un procedimiento constitucionalmente configurado; *Nulla poena sine humanitas* lo cual impone una pena con un tratamiento penitenciario humanista, que respete la autonomía ética de la persona, centro del principio de dignidad, con fines de asistencia y tutela de derecho en cuanto a la oferta de

resocialización, es por ello que a esta visión de la pena con fines resocializadores actualmente se le invoca como pena con fines de personalización.

**c) Principio de Proporcionalidad de las Penas.** Las penas deben ser proporcionales tanto en su merecimiento abstracto como en su merecimiento concreto, tanto las que predetermina el legislador, como las que aplica el juez; dicha proporcionalidad en abstracto obedece a una tutela de los bienes jurídicos, de ahí que bienes jurídicos personales o vinculados de manera más estrecha a la tutela de los mismos deben ser protegidos mediante penas de mayor intensidad de acuerdo a la jerarquía de dichos intereses vitales; mientras que bienes jurídicos no personales o más alejados de la dimensión de protección deben tener penas de menor intensidad. En la imposición de la pena la determinación corresponde a la gravedad del injusto y de la culpabilidad del autor respecto del injusto cometido.

Lo anterior es importante recordarlo, por que la pena al igual que el derecho penal debe ser utilizado como un instrumento de última intervención, es decir atendiendo al mínimo de afectación razonable; lo anterior es más urgente cuando se trata de la pena de prisión, por cuanto todos los efectos negativos de la pena se agudizan y extienden mediante la pena de prisión, y es que debe reconocerse que la prisión ha recibido críticas –todas ellas empíricamente demostradas– en el sentido de causar un proceso de daño que es irreversible; que es una institución total; que es una institución negadora de los principios fundamentales del derecho penal; que es una institución reproductora de la criminalidad; que constituye una “máquina deteriorante” del ser humano (Arroyo Gutiérrez, 1995: 67/70). De ahí que la pena de prisión debe constituir una verdadera excepción y la aplicación de penas alternativas o de subrogados penales deben tener una mayor efectividad.

En cuanto a las penas accesorias estas no tienen existencia por sí mismas y son dependientes de las penas principales, es decir se rigen por el principio de accesoriedad de no existir las penas principales, no concurren las accesorias; en cuanto a su imposición las penas accesorias se dividen en obligatorias y potestativas.

**“OJO”: Debe modificarse el texto del Art. 45 No. 1 así: 1) La pena de prisión, cuya duración será de seis meses a setenta y cinco años. En los casos previstos por la Ley el cumplimiento de la pena será en una celda o pabellón especial de aislados, debiendo cumplirse desde su inicio no menos del diez por ciento de la condena.**

## **ARTICULO 45.**

### **JURISPRUDENCIA.**

**Penas de Prisión Perpetuas o Excesivas. Sala de lo Constitucional. IS. 15-96/16-96/17-96/19-96/20-96/21-96/23-96.**

**Acum.** La pena perpetua puede conceptualizarse como una sanción penal por la que se condena a un delincuente a sufrir la privación de su libertad personal durante el resto de su vida, es decir, se trata de una sanción vitalicia consistente en el extrañamiento del condenado del resto de la sociedad a consecuencia de la comisión de un delito. De la sola comparación de este concepto con la función y caracterización de la pena privativa de libertad expuesta arriba, se desprende la lógica de la prohibición de la pena perpetua; tal pena no es compatible con la resocialización del delincuente, pues implica determinarle un extrañamiento de la vida ordinaria de la sociedad por el resto de la vida. Ya de por sí la doctrina señala los negativos efectos de la prisión –es la llamada crisis de la pena privativa de libertad– sobre la cual las recientes investigaciones –a decir de Bustos Ramírez– han demostrado que la pena en exceso privativa de libertad “no puede ser resocializadora, ya que destruye la personalidad del sujeto” y también los llamados efectos de “prisionalización” y de “despersonalización” que tiene la cárcel, por el hecho de ser una institución total, en la cual el sujeto pierde su identidad y pasa a sólo ser un número dentro de la institución, lo cual además conduce a “la llamada subcultura carcelaria, que aumenta la conciencia violenta o delictiva del sujeto”. Consecuentemente, someter al condenado a un extrañamiento tan

prolongado que sea irrazonable –mucho más si el mismo es de por vida– desnaturaliza el fin de la pena de prisión prescrito por la Constitución, el cual sólo puede alcanzarse si se ejecuta adecuadamente un tratamiento penitenciario que –de acuerdo a las mencionadas reglas mínimas para el Tratamiento de los Reclusos– “debe tener por objeto, en tanto que la duración de la condena lo permita, inculcarles a los condenados la voluntad de vivir con forme a la ley, mantenerse con el producto de su trabajo, y crear en ellos la aptitud para hacerlo. Dicho tratamiento estará encaminado a fomentar en ellos el respeto de si mismos y desarrollar el sentido de responsabilidad. Además mientras el tratamiento penitenciario se ejecuta, “el régimen del establecimiento debe tratar de reducir las diferencias que puedan existir entre la vida en prisión y la vida libre en cuanto estas contribuyan a debilitar el sentido de responsabilidad del recluso o el respeto a la dignidad de su persona. Es conveniente que, antes del término de ejecución de una pena o medida, se adopten los medios necesarios para asegurar al recluso un retorno progresivo a la vida en sociedad”. Es decir que esos fines –coherentes con la concepción personalista o humanista de la Constitución– se desvanecen ante una condena de privación de libertad en virtud de la cual el interno no tiene la esperanza de una eventual liberación.

**Prohibición de Penas Excesivas. Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador. 07-03-03.** Las penas de prisión que el legislador determine deben respetar la dignidad del ser humano y la finalidad resocializadora de la pena; por ello mismo no pueden ser excesivas, por que en lugar de socializar, por su mayor duración lo que producirán será un déficit en la reincorporación del individuo. Es por ello que aunque el legislador tiene libertad de configuración para disponer que penas fijará, esta discrecionalidad no es absoluta ni arbitraria, es una facultad regulada por la misma Constitución, que la subordina a los principios de dignidad humana y de una pena utilitaria hacia la readaptación del condenado. De ahí que si la pena es ya excesiva en su determinación por el legisferante, cuando fija los límites abstractos de la pena en sus rangos mínimo y máximo, esa pena por estar desprovista de la finalidad resocializadora es lesiva del principio de readaptación de la pena de prisión, que en un lenguaje más técnico se centra en la vigencia del principio de prohibición de exceso, el cual es propio del principio de culpabilidad que ya se reconoce en el Art. 12 de la Constitución.

#### **NOTA DE ACTUALIZACION.**

Lo relevante de este comentario esta centrado en la modificación –mediante reforma– de la que ha adolecido el precepto, por la cual se establecen dos situaciones relevantes: 1) la modificación de la duración de la pena de prisión –aspecto cualitativo de la pena– que se ha intensificado hasta el límite de los 75 años de prisión; 2) la forma de cumplimiento de la pena de prisión en cuanto a su ejecución –aspecto cualitativo de la pena– que impone una forma de régimen especial de cumplimiento en celda o pabellón especial de aislados por un monto no menor al diez por ciento de la condena. Quizá conviene indicar desde ya, que como se trata de penas que por su incremento en la restricción de derechos fundamentales de las personas de los justiciables, son desfavorables, para ellas rige de manera absoluta tanto en el quantum de la pena – los setenta y cinco años– como en el tratamiento –régimen especial de aislamiento– el principio de irretroactividad de la ley penal, mismo que esta fundado en el Art. 21 Cn, en el Art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1, 13 y 14 CP, y 1 Ley Penitenciaria; por lo que tales restricciones en cuanto pena no pueden ser aplicadas de manera retroactiva a hechos sucedidos con anterioridad a la vigencia de la reforma, de hacerse significaría una clarísima aplicación retroactiva de ley penal desfavorable, afectando el principio de irretroactividad de ley penal.

Establecido este punto es procedente examinar la conformidad de tales modificaciones normativas en el precepto con los principios constitucionales que rigen en materia penal, iniciando por la cuestión del aumento de la pena de prisión hasta setenta y cinco años de prisión.

1) Ciertamente en materia de penas el legislante goza de un amplio poder de configuración, es decir que en principio tiene unos potestades bastante laxas para determinar las penas que han de asociarse a los delitos, sin embargo como todo poder en una democracia –El Salvador es un República Democrática Art. 85 Cn– el mismo se encuentra limitado, tales confines al legislador, le están impuestos por la Constitución, merced a todos los principios, derechos fundamentales, libertades y garantías que se establecen de la misma, los cuales no pueden ser alterados mediante –así lo indica el artículo 246 Cn– las leyes que regulen su ejercicio, estableciéndose la primacía de la Constitución como norma respecto de las leyes y reglamentos. Que la Constitución no es un orden normativo que pueda ser modificada por los poderes normativos del legislante lo ha determinado la Sala Constitucional con precisa cita parafraseada –en atención a la Jerarquía de la Constitución y su fuerza normativa– del Juez Marshall por la cual se consideró: “La Constitución es o bien una ley suprema, inmodificable por medios ordinarios, o bien está situada al mismo nivel de los actos legislativos ordinarios y, al igual que otras leyes, es modificable cuando la legislatura quiera modificarla (...). Si la primera parte de la alternativa es exacta, entonces un acto legislativo contrario a la Constitución no es ley; si la última parte es exacta, entonces las constituciones escritas son tentativas absurdas, por parte del pueblo, de limitar un poder, que es ilimitable por su propia naturaleza” (Sentencia de Inconstitucionalidad de los artículos 2 incisos 2º y 4º, 4, 6, 12, 14 inciso 1º, 15 y 22 de la Ley Transitoria contra la Delincuencia y el Crimen Organizado, p 71). Es posible entonces adelantar que el legislador no obstante ese amplio poder de configuración penal, tiene que respetar límites que le ha impuesto la misma Constitución, los cuales no puede rebasar, sino mediante violación de las normas constitucionales.

De la pena, se han esbozado ya dos principios que son pilares en la construcción normativa de la misma, uno se corresponde al principio de dignidad humana; el otro al principio de proporcionalidad de la pena; de ambos dimana el principio de rehabilitación o resocialización de la pena. Que las penas sean proporcionadas y que estén construidas sobre la finalidad esencial de la readaptación de la persona del delincuente, sólo puede obedecer al principio de dignidad de la persona humana, por cuanto el artículo 1 Cn declara que: “El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado...”; obviamente por el principio de igualdad que establece la Constitución en el artículo 3 y que esta estrechamente vinculado al principio de *dignitas* las personas de los delincuentes –cualquiera que sea el hecho cometido– están incluidos dentro de este reconocimiento primado de centralidad de la persona humana; ese respeto por la dignidad de la persona debe estar reflejado –de manera más categórica– en la cuestión punitiva.

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

Las penas perpetuas se fundamentan en una culpabilidad imperecedera, por lo cual la pena de prisión también es perenne, sin tener una limitación de cumplimiento, más que la propia vida, de ahí que la pena perpetua desde una perspectiva meramente formal no tendrá limitación, es pena total, desde esta visión la rehabilitación no tiene ningún sentido, es por ello que la pena de prisión perpetua se sustenta en criterios de prevención especial negativa la inocuización del ser humano, su

segregación total del cuerpo social; además de asentarse en claros fines preventivos generales negativos radicales, la ejemplarización para los demás en grado sumo, dichos fines son totalmente contrarios a los principios de resocialización de la pena –Art. 27 Cn– así como al principio de dignidad humana, por cuanto una prevención negativa de tal alcance, afecta el núcleo esencial de la persona al instrumentalizarla al grado de tratarla de objeto de futura expiación para los demás. Pero para que una pena sea perpetua, no es necesario que lleve ese epígrafe, tal criterio sólo estaría referido a una concepción formalista de la pena, de ahí que el criterio que debe examinarse es el criterio material, por el cual penas perpetuas son aquellas que por su larga duración, confinan de por vida –aunque expresamente no lo digan– a las personas en la prisión, estas también de manera larvada se sostienen en una culpabilidad de orden perpetuo, afrontando gravemente la dignidad humana. Las penas perpetuas expresas o tacitas –penas de amplio espectro– están proscritas por la Constitución, en el artículo 27 que dice “Se prohíbe la prisión por deudas, las penas perpetuas...”; la prohibición de penas sempiternas, supone también un reconocimiento del principio de culpabilidad, por cuanto la culpabilidad, no se predica *peseccula seculorum*, además en penas de largo alcance el principio de resocialización es una quimera, por cuanto pierde completamente su fines utilitarios, vaciándolo completamente de contenido, es decir alterando su núcleo esencial, y con ello afectando la esencia de la humanidad del ser humano, en cuanto dicha pena se torna inhumana, por cuanto ya no representa una restricción al derecho de libertad, sino su aniquilamiento, lo cual le está prohibido al Estado, por ello resulta también afectado el principio de proporcionalidad de las penas que en el derecho penal se sustenta en la prohibición de exceso, por lo cual el legislferante únicamente puede adoptar penas proporcionadas.

El alcance de una pena como la adoptada por la reforma, que es de setenta y cinco años de prisión, constituye una pena de amplio espectro en los términos aludidos, es decir es una pena desproporcionada; setenta y cinco años de prisión son desde la visión material de la pena, una prisión perpetua tacita, ello constituye un fraude a la Constitución que prohíbe tal especie de penas, con lo cual quedan conculcados, el principio de dignidad humana, el principio de culpabilidad, el principio de proporcionalidad, el principio de resocialización, la afectación de dichos principios constitucionales puede ser controlada de manera más inmediata por medio del control difuso de la constitucionalidad que impone el Art. 185 Cn.

2) Ahora conviene examinar el aspecto cualitativo de la pena, que es tan importante como la desimetría de la sanción penal. La cualificación de la sanción penal está también supeditada de manera estricta al principio de legalidad, por cuanto el régimen penitenciario, es la forma en la cual se restringen los derechos fundamentales del privado de libertad que cumple una pena de prisión; de ahí que en este ámbito es falaz la idea, de que impera la discrecionalidad –que raya en arbitrariedad– por ser un sector de “naturaleza administrativa”, cuando es todo lo contrario la ejecución de la pena está supeditada a la estricta legalidad (Monclús Masó, 2001:153) ; pero además se encuentra cubierta por los principios de dignidad humana, de proporcionalidad, en tal sentido, la pena en la forma en la cual se vaya a ejecutar, no debe alterar estos principios. En virtud de la protección de este aspecto de la pena, es que se prohíbe que las penas tengan un carácter infamantes o tormentoso, ello por que cualquier forma de ejecución de la pena que alcance estos niveles de manera similar, significara una pena cruel y por ende inhumana; la pena por si misma genera afflictividad en cuanto privación de derechos, este contenido afflictivo en tanto se mantenga en los límites de la razonabilidad, se vuelve consustancial a la pena y no se considera un trato cruel o inhumano.

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



El aislamiento es una forma de pena degradante, por que el hombre es un ser social, aislarlo humilla su condición de ser humano, la envilece, puesto que reduce al hombre a una situación de confinamiento a-social, restándole a su persona rasgos esenciales de su humanidad, pero además es una pena cruel, por cuanto la situación de reclusión solitaria, genera en la persona –por su misma condición de ser social– una mayor carga de afflictividad y de sufrimiento, es obvio que penas de esa especie son inhumanas. De hecho el aislamiento –fuera de su visión eclesial– se fundamenta en las teorías de la expiación y del escarmiento, por una parte se pretendía causar el máximo de dolor por el hecho cometido bajo el principio de la retorcación; pero además se tenía como finalidad una pena completamente ejemplarizante respecto de los demás que podían constatar, cual es el tratamiento que se da a los “delincuentes”. El aislamiento como forma de pena genera graves males psíquicos, por ello es que su prohibición a nivel de tratados se encuentra regulada en el ámbito de la integridad personal, la persona no solo debe ser indemne físicamente sino que también psíquicamente, aspecto que se ve afectado de manera sustancial mediante los sistemas de aislamiento; por ende se trata de una pena cruel, que al generar un sufrimiento –que no sólo es físico sino moral– desmedido se torna en una pena tormentosa, de ahí que la pena en aislamiento sea de carácter inhumano, puesto que atenta contra el principio de dignidad de la persona. Dichas penas entre nosotros además están proscritas de manera aún más específica por cuanto El Salvador es suscriptor de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura (ratificado el 2 de Febrero de 1994, publicado en el Diario Oficial Número 127 Tomo 324 del 8 de junio de 1994) de la cual conviene transcribir lo siguiente: “Los Estados Americanos signatarios de la presente Convención. Concientes de lo dispuesto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el sentido de que nadie debe ser sometido a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Reafirmando que todo acto de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, constituyen una ofensa a la dignidad humana y una negación de los principios consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos y en la Carta de las Naciones Unidas y son violatorios de los derechos humanos y libertades fundamentales proclamados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos... Reiterando su propósito de consolidar en este continente las condiciones que permitan el reconocimiento y respeto de la dignidad inherente a la persona humana y aseguren el ejercicio pleno de sus libertades y derechos fundamentales. Han convenido en lo siguiente: Artículo. 1 Los Estados Partes se obligan a prevenir y sancionar la tortura en los términos de la presente convención. Artículo 2. Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura, todo acto realizado intencionalmente por el cual se infrinjan a una persona **penas** o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, **como pena** o con cualquier otro fin”. (las bastardillas no son del original).

La dignidad de la persona humana, impide imponerle penas de carácter cruel e inhumanas, el aislamiento personal es una de las penas que más destacan estas características, es por ello, que la modificación al artículo en comento, en el sentido de insertar un régimen especial de pena consistente en el aislamiento, es una norma ostensiblemente violatoria del principio de dignidad humana y de los derechos de libertad e integridad corporal que reconoce la Constitución en los Arts. 1 y 2; esta forma de pena es notoriamente desproporcionada, por cuanto el aislamiento anula la finalidad de la pena que es la readaptación, con ello la medida de política penal es idónea; la necesidad del tal restricción para garantizar los bienes jurídicos, fin de la pena y del derecho penal es ineficaz, por cuanto la medida que se adopta es la más lesiva –prisión en la prisión– cuando la pena de prisión ya es una limitación suficiente; por último es una medida irrazonable, que afecta el núcleo esencial de los derechos de libertad e integridad corporal del justiciable. La norma del precepto es una norma incompleta por ello es que se integra con la remisión que hace a otra fuente normativa, lo cual se establece cuando dice: “En los casos previstos por la ley el cumplimiento de la pena será en una celda o pabellón especial de aislados...”. Ese reenvío encuentra su complemento en dos preceptos legales: 1) el artículo 103 de la Ley Penitenciaria que establece el

cumplimiento de la pena de prisión cuando se imponga bajo un régimen especial de aislamiento; añadiendo otras restricciones a derechos y libertades de los reos, las cuales también afectan de manera palmaria principios, derechos y libertades constitucionales, por lo que dicho artículo 103 que completa por reenvió el artículo 45 N° 1 CP también –en mi opinión– trasgrede la Constitución.

#### **ARTICULO 48. (derogado).**

#### **ARTICULO 51.**

#### **JURISPRUDENCIA.**

#### **NOTA DE ACTUALIZACION.**

La multa es una sanción de carácter pecuniario restrictiva del patrimonio del justiciable, por lo cual es obligada pagar al Estado una determinada suma de dinero. Es importante que se haya mantenido el sistema de determinación de días multa, por que en tal sentido y respetando el principio de culpabilidad penal, la multa tiene que ser graduada entre el desvalor del injusto penal cometido y la culpabilidad del autor, resultando aquí relevante, la situación económica del justiciable para la desimetría de la pena de multa que habrá de imponerse, de ahí que la imposición de este tipo de penas no debe ser automática y deben valorarse las circunstancias personales del condenado para cuantificar adecuadamente la multa a imponer.

Una cuestión si debe advertirse, en relación a la determinación de la cuantía de la pena de multa, por cuanto –en mi opinión– infringe el principio de legalidad, en cuanto mandamiento de certeza y de irretroactividad de la ley penal. Es una verdad de perogrullo que las penas deben estar previamente establecidas al hecho cometido, no puede imponerse penas ulteriormente modificadas al cometimiento del delito, salvo que sean favorables. Cuando el principio de legalidad sujeta la imposición de la pena a la ley previa y cierta, lo hace respecto de la pena en toda su entidad configurativa y no sólo en algún, aspecto de la pena, de tal manera que toda la consecuencia jurídica del delito queda ceñida a la estricta legalidad, así dice el artículo 1 CP en lo pertinente: “ni podrá ser sometido a penas o medidas de seguridad que la ley no haya establecido previamente”.

La determinación de la multa es incompleta, ello en virtud que aunque se ha predeterminado los mínimos y máximos de días multa en cuanto a su duración los que pueden oscilar entre cinco y trescientos sesenta días multa (45 N° 4 CP) y que a su vez se ha fijado un parámetro cuantitativo del día multa siendo el límite menor una tercera parte del salario mínimo y el máximo cinco veces la cantidad del salario mínimo; este parámetro sigue siendo incompleto, por que la cantidad de dinero que se fija para el día multa, según el salario mínimo, no este predeterminada por cuanto el precepto estableció que: “El día multa importará como mínimo una tercera parte del menor salario mínimo **vigente en el lugar al tiempo de la sentencia ...**” De ahí resulta que parte significativa de la pena como lo es la tasación de la cuantía en dinero por día-multa, queda supeditada a la vigencia del tiempo de la sentencia, y no del hecho cometido, de ahí que la pena se este configurando de manera no solo retroactiva, sino que incierta por cuanto no se es posible saber al momento del hecho, cual es la determinación del importe del día multa por que este se difiere hasta el momento en el cual se dicta la sentencia. Y a propósito de vulneración del principio de legalidad, este sistema esta admitiendo en materia de pena de multa, una norma penal en blanco al revés, mismas que están proscritas por el principio de ley escrita, que no sólo se refiere a la necesidad que la norma penal provenga de una ley, sino que dicha ley tiene que emanar del poder legislativo, y si bien es cierto que en la doctrina se admite la legitimidad de las normas penales en blanco, ello se hace con ciertos límites, dentro de los cuales, la cuestión de la conformación de la pena, es materia únicamente reservada al legisferante, sin que pueda colmarla el precepto referido, en este caso la determinación del día multa sería una competencia del organismo que fija el salario

mínimo y como tal cuantía es parte esencial de la pena de multa, la configuración de la pena, la estaría realizando otro poder del estado, lo cual esta prohibido en materia de penas sin distinción de cualquiera de ellas, por lo que el régimen aludido debe ser revisado.

## **ARTICULO 52.**

### **JURISPRUDENCIA.**

#### **NOTA DE ACTUALIZACION.**

Lo mas importante de este comentario radicaría, en el impago absoluto de la pena de multa, que se rige conforme a los parámetros de incumplimiento del artículo 54 CP hacia el cual se reenvía de manera subsidiaria, la situación de impago para homologarla, al de la incapacidad de pago, ésta última tiene como consecuencia ante la no capacidad para pagar los días multa por el justiciable, la imposición de trabajo de utilidad pública. En atención a ello debe de señalarse lo siguiente: a) que ante el no pago de la pena de multa, la primera solución es la ejecución de los bienes del justiciable, de encontrarse bienes estos deben ser ejecutados a favor del Estado con las limitaciones que la ley establece; b) la situación problemática surge si no se encuentran bienes suficientes que cubran la cuantía de la multa, puesto que en este caso se reenvía a la solución que brinda el artículo 54 que es la sustitución de la multa por trabajo de utilidad pública; c) una primera cuestión esta referida a la cuantificación de la conversión de los días multa a las jornadas de trabajo de utilidad pública en cuanto a su dosimetría, por cuanto en este caso la pena de multa ya esta determinada en su cuantía en atención al desvalor del hecho y a la culpabilidad, pero referida a la especie de pena de la multa y no al trabajo de utilidad pública; d) el punto medular esta referido a las consecuencias del incumplimiento del trabajo de utilidad pública, puesto que de incumplirse este tipo de pena, se deriva la privación de libertad del justiciable, es decir la pena se vuelve privativa de libertad; e) la transferencia de pena de trabajo de utilidad pública a pena privativa de libertad, obedece de manera decisiva a la potestad de reemplazo de penas de prisión por las de trabajo de utilidad pública conforme lo determina el artículo 74 CP de ahí que el incumplimiento de las labores de utilidad social, articulen nuevamente la pena precedente, sin embargo esta regla por decisión del legisferante, es aplicable cuando la pena de prestación de trabajo sea impuesta como principal. De ahí que entre pena privativa de libertad y prestación de trabajo exista una relación directa de transferencia; f) pero la cuestión es diferente con la multa, por que no media una relación directa entre multa y pena privativa de libertad, es más ante el incumplimiento de la multa, la opción es ejecutar los bienes del justiciable; sin embargo al asociarle como última consecuencia ante la imposibilidad de todo cumplimiento, la derivación a la prestación de trabajo, también se conecta la situación propia del incumplimiento de las jornadas de trabajo público, cuya consecuencia es la ejecución de la pena en la modalidad de privación de libertad; g) ante esa situación debe estimarse si ante el impago absoluto de la multa y su derivación a un trabajo de utilidad pública y ante el incumplimiento del mismo, la imposición de penas privativas de libertad sería compatible con la garantía que prohíbe la prisión por deudas, por cuanto a la base de la pena privativa de libertad esta un impago de una multa, la solución jurisprudencial ha sido distinta mientras que España el impago de multa se ha considerado Constitucional en Costa Rica tal situación se ha entendido trasgresora de la garantía que prohíbe la prisión por deudas; h) el punto es interesante y escapa a la dimensión del comentario, debido no a la toma de postura, sino a lo amplio de la fundamentación, por lo que para tratar de prevenir estas cuestiones debe cumplirse el precepto del artículo 54 CP en el cual solamente la persona que tenga la capacidad para pagar una multa debe ser condenada a la misma; y en caso de condena debe estimarse la proporcionalidad de la misma en lo relativo a su cuantía para que después no se susciten casos de incumplimiento, por ello cuando se trate de delitos vinculados a este tipo de penas, la investigación del fiscal debe cubrir estas áreas para justificar o no la necesidad de la pena de multa y su cuantificación. Por último –sin que ello signifique *per se* tomar partida– si estimase conforme con la Constitución la procedencia de la cláusula de transferencia de último

cumplimiento del Art. 54 CP a una pena privativa de libertad, debe utilizarse la menos lesiva, no necesariamente tiene que ser pena de prisión.

#### **ARTICULO 53.**

##### **JURISPRUDENCIA.**

##### **NOTA DE ACTUALIZACION.**

Lo único que debe abonarse es que la consideración de la reducción de la pena multa o su aplazamiento, están cimentados en el principio de proporcionalidad, de ahí que cuando la capacidad de pago inicialmente considerada como uno de los aspectos de determinación de la pena se encuentren modificados por el entorno del acusado cuando esta variación no sea imputable a una voluntad de impago, la pena de multa puede ser ajustada en los términos expuestos, de más esta decir, que este tipo de alternativas, en una opción de derecho penal de *última ratio* por lo que debe ser agotada siempre antes que el reemplazo hacia otra especie de pena.

#### **ARTICULO 58.**

##### **JURISPRUDENCIA.**

##### **NOTA DE ACTUALIZACION.**

Debe indicarse algunas cuestiones respecto de las penas accesorias: a) la no vinculación a un carácter infamatoria, de las penas accesorias, pues de lo contrario sería una clara transgresión a la prohibición de penas infamantes del Art. 27 Cn; salvo el último supuesto en el cual, la privación de tal derecho, si parece descansar sobre un carácter deshonroso respecto del justiciable, por lo cual si debe ser estimada como una pena infamante; b) la imposición de las inhabilitaciones absolutas, no es automática, salvo ciertos supuestos, que incluso requieren una interpretación teleológica en conexión con el ejercicio de otros derechos, puesto que algunas inhabilitaciones son emanadas directamente de normas constitucionales, que no pueden ser interpretadas aisladamente en el mismo *corpus* de la Constitución, ante lo cual se impone –a mi juicio– una interpretación restrictiva por que de lo contrario se volverían inefectivo el principio de proporcionalidad; c) de ahí que aunque la inhabilitación absoluta comprenda todas las privaciones de derechos de las enumeradas del uno al cinco, la imposición de una pena no tiene por que abarcarlas todas, sino únicamente ceñirse a las que se estimen concurridas como necesarias, por que aunque accesorias son penas y en alguna medida comparten los fundamentos de la pena como institución central del derecho penal, pero tienen también sus mismas limitaciones, de ahí que su aplicación tiene que ser restrictiva.

**A) Perdida de los Derechos de Ciudadano.** La privación de derechos que se sustenta aquí es la pérdida de los derechos políticos del ciudadano, nunca la pérdida de sus derechos civiles. Si se estima la jerarquía de los derechos políticos, se tendrá una visión del impacto de este clase de inhabilitación como pena accesoria por cuanto la pérdida de tales derechos se corresponden con: I) ejercer el sufragio, claro fundamento de la democracia y de la participación ciudadana en el ejercicio de la soberanía; II) asociarse en partidos políticos sea constituyéndolos o formando parte de ellos, como parte de la libertad de asociación; III) opción de cargos públicos como realización de la autonomía y libertad personal.

De ahí que –en mi opinión– debe interpretarse con el ejercicio de tales derechos y libertades, la pena de inhabilitación absoluta de pérdida de los derechos de ciudadano, por cuanto el motivo de la privación de dichos derechos es la condena por delito, según lo establece el Art. 75 N° 2 Cn. La cuestión radica en elucidar, por que clase de delitos se pierden los derechos de ciudadanos, de tan alta valía como los expuestos, una interpretación literal indicara que tal pérdida acontece por toda condena por delito, pero ello me parece una interpretación excesiva, que niega realización a otros derechos o libertades de orden constitucional. De ahí que me parece que únicamente deben entenderse referidos aquellos delitos

cometidos dolosamente, no así a los delitos culposos, puesto que el reproche para ambas formas de imputación subjetiva en el merecimiento de la conducta–dolo y culpa– desde el principio de culpabilidad es diferente y no pueden ser equiparadas, de ahí que una interpretación integrativa en el ámbito constitucional y restrictiva en el orden penal, debería de vincular tal inhabilitación absoluta a los delitos dolosos.

**B) La Pérdida de Cargo, Comisión Contrato o Empleo Público que ejerza el Condenado, aunque fuera de elección popular.** La intelección de la norma privativa de derechos se propone en el mismo sentido, que el anterior; si se trata de delitos dolosos, la norma resulta justificada, aunque debe examinarse en este caso las consecuencias de esa privación de derechos, por cuanto el derecho penal se legitima también en cuanto a las consecuencias que produce respecto de la restricción de derechos –sin son excesivos o no las restricciones, sin son más perjudiciales que beneficiosas– de ahí que la imposición de tal inhabilitación no debe ser automática. En el mismo sentido un delito culposos no debe ser fundamento para limitar un derecho de esta naturaleza, a menos que estuviera vinculado al título de imputación, es decir que se tratara de un delito que afectara la cosa pública, tratándose de un delito oficial o de un delito especial propia, por que en tal caso el reproche se hace por la infracción del deber, si ese no fuera el caso, se antoja excesiva la aplicación de tal consecuencia. Esta misma consideración es aplicable al supuesto de imposibilidad ulterior como una incapacidad sobreviniente.

**C) La Pérdida de la Calidad de Salvadoreño Naturalizado.** El precepto se construye sobre la base del artículo 94 N° 2 Cn “Por sentencia ejecutoriada, en los casos que determina la ley...”. Nótese que este supuesto no descansa sobre la necesidad del delito, es decir ser declarado culpable por un delito no genera como consecuencia necesaria la pérdida de la calidad de salvadoreño por naturalización. De ahí que para tomar tan grave decisión debe mediar un fundamento concreto para imponer esa consecuencia accesoria, la condena de delito no es causa suficiente para ello, por lo que ese *plus* que permita desmerecer la conducta del justiciable debe ser establecida y motivada.

**D) Incapacidad para recibir Distinciones Honoríficas y Pérdida de las ya Recibidas.** Como se había anticipado ya, esta privación si tiene un carácter infamatorio, se dirige tanto a la vida anterior del sujeto –honores recibidos precedentemente– como a la vida posterior de la persona –honores a futuro– de ahí que al pretenderse suprimir los honores recibidos o privar de ese derecho a quien se ha merecido una galardón honorífico, se acentúa un derecho penal por el carácter; tal inhabilitación al no tener vinculación alguna con el delito, puesto que es anterior y posterior al mismo, sólo tiene una finalidad de denigración de la persona, por el delito cometido, por el hecho de ser un delincuente, pero el delito desde que se separó de la infracción moral, no reprocha una a la persona una cuestión de moralidad misma que queda liberada a su conciencia, de ahí que no se encuentre un fundamento legítimo para tal clase de privación de derechos, que es humillante, innecesaria, que no se integra a los fines de la readaptación, por cuanto las distinciones ulteriores pueden significar un cambio valioso en la conducta del acusado al realizar meritos particulares, de ahí que impone un trato indigno mediante una pena innecesaria, por lo que su carácter infamatorio es notable, trasgrediendo la prohibición de penas de ese tipo por el Art. 27 Cn que abarca cualquier tipo de pena principales o accesorias.

## **ARTICULO 62.**

### **JURISPRUDENCIA.**

**Sentencia de la Sala de lo Penal, de las nueve horas del día diecisiete de diciembre de dos mil dos (185-01).** La Sala entiende que la adecuada fundamentación de una sentencia involucra el señalamiento de las razones por las cuales el tribunal fijó la pena en un monto determinado, no siendo necesario un exhaustivo y pormenorizado análisis de cada aspecto o situación valorada, ya que en ciertos casos la lectura de algunas sentencias se torna tediosa, dado lo extenso de su redacción, sobre todo cuando se incluyen numerosos conceptos y citas doctrinarias, algunas veces innecesarios (...) En relación a la negativa en valorar la extensión del peligro generado por la conducta ilícita, dicha valoración resulta imposible,

dada la naturaleza de esta clase de hechos, a los que la doctrina califica como delitos de peligro abstracto, por lo que no existe omisión atribuible al tribunal de sentencia sobre la obligación de valorar dicho elemento.

**Criterios Fundantes para la Determinación de la Pena. Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador. 29-11-02.**

Declarada la culpabilidad, ésta debe graduarse para imponer la pena que corresponda, para lo que debe apreciarse no sólo el desvalor del hecho, sino también el grado de culpabilidad, ello conforme con los parámetros del artículo 63 del CP que sienta su base sobre el principio de culpabilidad –artículo 12 Cn– por el que no sólo basta imponer pena al culpable, sino que además dicha pena debe ser proporcional al grado de culpabilidad, sin poder rebasar éste límite. El merecimiento de la pena que se haga en concreto debe reflejar la ponderación entre los bienes jurídicos objeto de cuestión penal, así es menester ponderar el interés jurídicamente protegido –en este caso el patrimonio de la víctima y el derecho fundamental del acusado que se restringirá en este caso su libertad– por lo que, la afectación de este último mediante la pena, debe regirse por los principios de intervención mínima, y de proporcionalidad en sentido estricto o de ponderación de la necesidad de la pena, tanto en lo relativo a su dosimetría, como a los subrogados penales que puedan predicarse.

**NOTA DE ACTUALIZACION.**

Conviene señalar aquí la relevancia de las cuestiones de la determinación de las consecuencias jurídicas del delito, por cuanto una vez determinada la culpabilidad del justiciable lo más relevante es la pena que se le impondrá y la cuantificación de la misma; indicar que la doctrina más clásica había considerado que este ámbito estaba sometido a una discrecionalidad bastante laxa del juez, por lo cual tenía amplias facultades para decidir cual era el *quantum* de la pena que tendría que imponer a la personas encontrada culpable. Pero tales ideas han sido ya superadas, la determinación de la pena, no es una cuestión que pueda quedar al arbitrio de los jueces, por lo cual la decisión de que pena se impone y por que razones, debe ser lo suficientemente motivada, motivación que no se limita a un simple dar razones; puesto que la fundamentación debe acreditar situaciones de hecho que encuentren su apoyo en la información vertida en el debate y las misas deben ser valoradas conforme a las normas jurídicas aplicables. Estos deberes de motivación en la individualización de la pena, encuentran su fundamento en principios de rango Constitucional, así el principio de legalidad por el cual se realiza el derecho fundamental a la seguridad jurídica de los gobernados, una cuestión tan relevante y de tanta afectación como determinar por cuanto tiempo se determinara la restricción de un derecho fundamental no puede quedar librada a los juicios prudenciales de la autoridad que decide de ahí que la imposición de la pena en concreto debe estar sostenida por razones de hecho y de derecho que sustenten la pena particular que se impuso. De igual manera el principio de culpabilidad no sólo garantiza que se imponga pena únicamente al culpable, sino también y de manera decisiva que la pena impuesta sea proporcionada a la culpabilidad, de ahí que si no media motivación suficiente, no es posible valorar si se respetaron los principios de proporcionalidad en sentido estricto y de necesidad de la pena. De ahí que la primera conclusión a la que se arriba es que la graduación de la pena es un ámbito que debe estar suficientemente motivado en cuanto a las decisiones que se adopten y ello se ve reflejado en el imperativo que el precepto adopta cuando dice: “ y al dictar sentencia razonará los motivos que justifican la medida de la sanción impuesta, so pena de incurrir en responsabilidad”.

Un primer límite que se señala es que en la fijación de la pena el tribunal o juez no puede rebasar los límites mínimos y máximos fijados para cada delito, lo cual se reconduce a las penas que de manera particular están definidas en cada tipo penal, las cuales en virtud del sistema adoptado de indeterminación relativa de la pena deben estar configuradas sobre dos parámetros, el primero de ellos corresponderá a la pena mínima que se fija en el tipo penal y el segundo por el límite máximo que se fija como máximo desvalor del injusto penal descrito como delito. Respecto de esto conviene destacar al menos dos ideas; la absoluta necesidad de que las penas sean relativamente indeterminadas –que contengan un mínimo y un máximo– es una exigencia del principio de culpabilidad, por cuanto si la culpabilidad es graduable, esta debe ser medida

para la imposición de una pena, para lo cual se requiere que el sistema de determinación de penas también responda a una modelo graduable que se ajuste a una medición de la culpabilidad, de ahí que estén prohibidas las penas determinadas o fijas que no admitan graduación. La segunda idea es que el tipo penal desmerece la pena de una manera general, es el llamado merecimiento en abstracto de la pena, por lo cual el desvalor que se fija es un desvalor standard, sin atender a las particulares situaciones de cada hecho en particular cometida por una persona individualizada, este punto que podría parecer irrelevante no lo es, por cuanto el merecimiento de la pena en abstracto sólo satisface el principio de igualdad respecto del principio de legalidad, en el sentido que las penas en su dosimetría general tienen que ser concebidas de manera *in genere*; pero atendiendo al principio de culpabilidad tal principio de igualdad es insuficiente por que la pena que se impone al sujeto culpable debe atender a la concreta situación del justiciable y no a un desmerecimiento general de la conducta como el fijado en el tipo penal para precisar los límites de la pena.

De ahí que la pena predeterminada en el supuesto de hecho, sólo este referida a una generalidad de un desvalor normal de la conducta, el cual queda circunscrito a los límites mínimos y máximos de la pena; para conductas que comenten el injusto en situaciones extraordinarias la pena ordinaria del tipo penal ya no puede reflejar el desvalor de esas particularidades, de ahí que en la parte general se determinen especiales penalidades que reflejan una diferenciación en el desvalor del ilícito penal. Ejemplo de ello, es la penalidad de la tentativa, que refleja un menor desvalor en el injusto personal, y en el mismo sentido la pena de los cómplices necesarios o no necesarios. Refleja un menor desvalor en la culpabilidad, la situación de quien actúa en un error de prohibición vencible, por lo cual el desvalor del injusto ya no puede ser medido en los mismos términos que en su desmerecimiento en abstracto, todos estos desvalores resguardan al principio de igualdad referido ya en el principio de culpabilidad. Sin embargo como ya lo anotamos –aquí se reitera– en los ámbitos de esta diferenciación punitiva concurre una grave omisión legislativa –que afecta el principio de igualdad– por cuanto a las personas que delinquen en una situación de imputabilidad disminuida, no se les ha estipulado un merecimiento diferenciado de pena, tal situación no esta suficiente satisfecha, por la concurrencia de una atenuante genérica –29 N° 1 CP– por cuanto dicha agravante no puede hacer descender la pena por debajo del mínimo del tipo penal, y en tal sentido se mantiene dentro del merecimiento general para situaciones de desvalores ordinarios, pero se impone para una persona que no ha cometido el injusto típico en situaciones de ordinariedad sino de extraordinariedad, propio de su estado de imputabilidad disminuida; de ahí que tal omisión legislativa afecte el principio de igualdad en el merecimiento concreto de la pena, con lo cual se afecta el principio de proporcionalidad en sentido estricto, por lo que en estos casos de imputabilidad disminuida, una interpretación *in bonam partem* de otra forma configurativa de una penalidad especial, únicamente en cuanto a la consecuencia jurídica, referida a la determinación de la pena, puede ser una forma legítima de acuerdo al imperativo de los principios constitucionales para salvar dicha omisión; ello no representa problema alguno –más que la fundamentación– puesto que el juez es garante máximo del respeto de la Constitución.

Por último conviene indicar los modelos de determinación de la pena, para ello, debe señalarse, que el aspecto de graduación de la pena, es un ámbito en el cual confluyen diferentes intereses, que tienen que ser conservados, interés del justiciable, de la víctima, de la sociedad, de ahí que la cuestión de la determinación de la pena sea relevante. Tampoco se puede ignorar que la determinación de la pena esta asociada a los fundamentos y fines propios de la pena, puesto que ésta es la base esencial de la sanción que se impondrá de ahí que no es posible soslayar fines de la pena y determinación de la misma. Precisamente atendiendo a los fines de la pena, es que se han planteado los modelos de fundamentación de la misma, los cuales tratan de dar prevalencia o uno u otro fin de la pena; así se puntualizan: la teoría del ámbito del juego –*Spielraumtheorie*– la teoría de la pena puntual –*Punktstrafe*– y la teoría del valor relativo o también conocida como de los niveles –*Stellenwerttheorie*– las cuales son las más proverbiales para sustentar el fundamento de la determinación de la pena (Ziffer, 1999: 46). La explicación de cada una de las teorías y de los fundamentos que la sustentan excede el alcance

de estos comentarios pero por lo menos se debe apostillar, que las mismas pretenden dotar de racionalidad el marco de determinación de la pena, algo que es importante recalcarlo por cuanto tal aspecto no esta librado de la limitación de los principios constitucionales respecto de la configuración del poder penal, que en este caso este corresponde a la jurisdicción, por lo cual la determinación de la pena, no es una cuestión arbitraria que quede librada a criterios de autoridad de los jueces y debe ser debidamente fundamentada y controlada, para ello el aspecto esencial es un debida actividad controlada de la motivación de la sentencia en este punto.

## **ARTICULO 63.**

### **JURISPRUDENCIA.**

**Determinación de Pena. Sentencia de la Sala de lo Penal, de las dieciséis horas del día dieciséis de julio de dos mil dos.** Según se desprende del texto de la sentencia, el motivo principal que ha determinado su alcance en cuanto a la determinación de la pena se refiere, es el considerar que la aplicación automática del máximo previsto para el delito de Violación aumentado en un tercera parte, es contraria al sistema de penalidad que rige en nuestro ordenamiento legal, así como también a los criterios objetivos y subjetivos de individualización a que se refiere el Art. 63 del Código Penal. Dicha aseveración en su aplicación como consecuencia de no haberse considerado límites distintos a los previstos en el Art. 162 del Código Penal, constituye el máximo previsto por la ley para el delito por el que se procesa al imputado y el mínimo sería aquel considerado originariamente como tal en el Art. 158 Pn.; coligiéndose que la graduación de la pena a imponer debió serlo dentro de dichos rangos y no dentro de los empleados por el A-quo, así como también que las disposiciones invocadas como mal aplicadas son respetuosas del sistema de penalidad que rige en nuestro ordenamiento jurídico y de los Arts. 62 y 63 del Código Penal, dada la posibilidad de graduación de la pena en los términos mencionados (...) De conformidad al contexto del Art. 63 del Código Penal, en relación con el Art. 5 del mismo cuerpo legal, el primero relacionado con la individualización de la penalidad y el segundo con el principio de proporcionalidad, la pena a imponer debe ser proporcional a la gravedad del hecho, tanto por su jerarquía respecto al bien jurídico afectado como por la intensidad del ataque causado, apoyándose dicha graduación en un relación entre el hecho cometido y la pena impuesta, la que debe establecerse en consideración a la trascendencia social de la conducta conceptualizada como delito y a las herramientas de graduación previstas en la ley.

**Prohibición de Doble Desvaloración de Motivos. Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador. 31-01-02.** Lo primero que debe de indicarse es que en materia de dosimetría de la pena, hay una prohibición de doble desvalorización, por que ello afrentaría al principio de culpabilidad. Lo anterior significa que los desmerecimientos que se den en el ámbito de la tipicidad y que se reflejan en la dosimetría abstracta de la pena no son evaluables en el ámbito de la culpabilidad, por que ello llevaría a considerar dos veces para cuantificar la pena, circunstancias que ya se han considerado.

**Graduación del Daño Causado. Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador. 13-05-02.** En primer lugar debe evaluarse el desvalor de los hechos, mediante el daño causado y el peligro corrido por los bienes jurídicos afectados. En este caso ambos hechos han sido sumamente graves, uno a continuación de otro. En el homicidio agravado consumado, que es alevoso, ha concurrido un dolo intensísimo de matar, el imputado ha disparado dieciocho veces contra su víctima, ello supone un alto desvalor en el injusto, que amerita una pena también bastante grave. Para el homicidio en grado de tentativa estamos ante lo que se calificaría ante una tentativa acabada, en la que el imputado ha agotado todos los actos de ejecución y lo único que faltó fue la sobreviniencia del resultado que es el que no ha acaecido; obviamente en la tentativa, no es igual a que se interrumpa la acción a que el imputado realice toda la conducta ejecutiva sin alcanzar el resultado querido, ésta última manifestación de lo injusto, es más grave por lo que será un factor para hacer más gravosa la pena a imponer.



## NOTA DE ACTUALIZACION.

El primer aspecto a resaltar es el doble fundamento para la determinación de la pena: a) el primero de ellos esta fundamentado por el desvalor del injusto, el cual en este caso de dosimetría de pena en concreto debe ser ponderado, no se trata aquí de configurar una doble desvaloración de lo injusto, sino de medir los alcances de su magnitud, por ejemplo que clase de dolo e intensidad del mismo, que nivel de dominio del hecho en caso de una autoría, el nivel de cooperación en caso de una complicidad, la relevancia o no del aporte, el tipo de inducción al delito, el grado de infracción del deber de cuidado, el nivel de previsibilidad, los alcances de la negligencia, el poder de realización de la acción omitida, el tipo de posición de garante respecto de los deberes de protección, el alcance de la injerencia, los niveles de ejecución del delito en materia de tentativa, que grado de afectación del objeto jurídico de protección y del objeto jurídico de la acción etcétera. Ese desvalor de lo injusto es el primer gran fundamento en concreto para medir la pena a imponer y el precepto lo incluye cuando indica “la pena no podrá exceder el desvalor que corresponda al hecho realizado por el autor.

b) El otro aspecto fundamental esta referido al grado de culpabilidad del sujeto activo pero respecto del injusto penal cometido, de ahí que la culpabilidad este referida a los hechos cometidos, de esta manera se evita invasiones del derecho penal autoral ya no referida al injusto personal, sino a una culpabilidad por el carácter o por asunción de vida o por criterios de peligrosidad que están desterrados del derecho penal; únicamente pueden considerarse situaciones personales de los justiciables, atinentes a su individualidad personal como situaciones de favorabilidad, pero nunca para exasperar la pena en atención al reproche de culpabilidad. En suma desvalor del injusto y grado de culpabilidad son los dos fundamentos que informan el aspecto de determinación de la pena, al cual debe agregarse por imperativo constitucional, los fines resocializadores de la pena –Art. 27 Cn– por cuanto la pena tiene sin desconocer otras finalidades preventivas, esencialmente una finalidad de readaptación del justiciable, de ahí que únicamente a esa fin pueden contribuir penas en concreto atemperadas, por los déficits ya señalados al fenómeno de la prisionalización y de la sub-culturas carcelarias, así como a los factores de desocialización, de ahí que la prevención especial positiva entendida como oferta que respeta la autonomía del reo, es otro factor inescindible al momento de graduar la pena.

c) Los dos fundamentos que se han señalado, desvalor de lo injusto y grado de culpabilidad, se concretizan particularmente en cada una de los presupuestos que enumera el precepto, en algunos casos concurrirán ambos en una formulación mixta a valorar, por cuanto el injusto no puede ser desvinculado de la culpabilidad, por cuanto esta se predica de la persona pero en relación al hecho cometido; de ahí que teniendo ambos conceptos dogmáticos su propia autonomía guardan una estrecha relación. Es importante indicar que los presupuestos específicos que el precepto establece no se han configurado –felizmente – de una manera rígida o taxativa, sino que tienen una enumeración de *numerus apertus* obviamente esta extensión valorativa como sucede en el derecho penal, que se erige sobre límites, sólo puede operar en lo favorable, por lo que no pueden construirse desmerecimientos en concreto que sean utilizados para perjudicar al reo, generando un mayor nivel de restricción a los derechos fundamentales del mismo; de ahí que las cláusulas normativas son como una especie de indicadores, a los cuales se pueden añadir otros similares en lo favorable; este aspecto de sistematizar unos presupuestos no bajo un modelo de *numerus clausus* resulta intelegible del precepto que reza: “Para la determinación de la pena en cada caso se tendrá **especialmente** en cuenta”. De ahí que son utilizables los parámetros de graduación que se enumeran, pero los mismos no excluyen la concurrencia de otros factores que puedan incidir en la determinación de la pena, atemperándola.

d) Un aspecto revelante en el modelo asumido de determinación de pena, es cual es el punto del cual debe partir el juez para graduar la pena, en esto tiene aplicación la teoría de determinación de pena que más se adapte a la normativa sustantiva, pero más que ese fundamento –particularmente– opinó que se debe partir de los principios de orden constitucional relacionados a la pena para sustentar un punto de partida, de ahí que si entre nosotros se ha adoptado el

sistema de una pena relativamente indeterminada, y que precisamente en el orden penal, en cuanto a las consecuencias jurídicas campea, el principio pro libertatis, el principio pro homine, el principio de mínima intervención penal, el principio de proporcionalidad, el principio de prohibición de exceso, y el principio de resocialización, el principio de personalidad de la pena y la reducción al máximo de consecuencias delictivas en cuanto a la transferencia de la pena; el punto de partida de la pena debe ser el límite mínimo de los tipos penales, los cuales se pueden ir incrementado conforme se aumente el desvalor del injusto personal o el desvalor de la culpabilidad, sólo una pena así concebida funciona como mecanismo de última intervención penal y reduce los efectos nocivos no queridos de la prisionalización que justifican un derecho penal consecuencial garantista que pone como centro y fin al ser humano, conciliando efectos preventivos generales y preventivo especiales positivos por cuanto, partir del mínimo no significa imponer el mínimo, pues este límite menor de la pena se puede incrementar respecto de que concurren mayores desvalores de lo injusto o de la culpabilidad. Partir por ejemplo de la pena media –como ocurre de lege ferenda en otros cuerpos normativos– es una opción que no respeta los principios enunciados, puesto que significa un incremento del merecimiento en concreto del tipo penal, sin ninguna base para su sustento y sin apoyo principialístico.

e) El principio de culpabilidad como límite de graduación de la pena. Es de notoria importancia señalar que aunque se reconozca que la pena tiene fines preventivos, los cuales en alguna medida recalcan la determinación de la pena, estos aspectos están limitados por la culpabilidad del autor, el límite irrebasable de la pena es la culpabilidad, lo cual significa que la pena en su límite de mayor graduación jamás puede rebasar el desvalor de la culpabilidad, independiente de los fines preventivos que se pretendan conseguir con la sanción penal, la culpabilidad es un ámbito irrebasable para la determinación de la pena, no pueden haber penas más graves que la gravedad que se determine para la culpabilidad, ello lo refleja de dos maneras: 1º) la pena no debe exceder de la gravedad de la culpabilidad lo cual se entiende de la intelección: “la pena.... será proporcional a su culpabilidad”; 2º) la prohibición absoluta de que la pena se determine por arriba de la dosimetría en abstracto de la pena, lo cual es así por cuanto se proscribió que: “En ningún caso podrá sobrepasarse el máximo de la pena de prisión que la ley determina”; 3) sin embargo conforme al principio de culpabilidad el juez de manera motivada, puede imponer una pena por debajo de la culpabilidad, e inclusive descender del límite mínimo del tipo penal, siempre que atienda al principio de necesidad de la pena, a la proporcionalidad de la pena en sus límites abstractos y por efectos preventivos especiales positivos que indiquen una menor necesidad de pena; obviamente ello atiende a circunstancias extraordinarias, por que la prescripción de no “pasar los límites mínimo y máximo establecido por la ley para cada delito” es para situaciones ordinarias de merecimiento de pena; pero no para situaciones extraordinarias en las cuales los merecimientos ordinarios de la pena, son ya desiguales para el justiciable, en tal caso concurre sólo una prohibición la de agravación de la pena, pero no la de su determinación en grado menor por razones de una menor culpabilidad o por razones de necesidad de pena.

Cuestión relevante son los criterios de especificación de determinación de pena, respecto de los cuales se abona lo siguiente. (1) Extensión del daño y del peligro efectivo provocado. Este criterio es fundamental para valorar el desvalor del injusto, de ahí que en este punto deben hacerse las graduaciones ya no respecto de los elementos del injusto como circunstancias concurrentes, sino en la intensidad en la cual se han presentado, y como influyen en la pena. Este aspecto cubre todas las diferentes formas de aparición del tipo penal. De ahí que en un delito consumado, habría que valorar, la intensidad en la cual se afectó el bien jurídico, la manera de hacerlo, la menor o mayor afectación del objeto de la acción, que tipo de dolo ha concurrido, con que intensidad, se trata de un tipo penal monofensivo o plurifensivo; de un delito de efectos permanentes o de estado permanente, tiene el injusto penal consumido otros desvalores típicos que deben tomarse en cuenta; si trata de una relación concursal de delitos, cuantos delitos quedan concursados, si es un concurso formal. Cual es la forma de autoría o de participación, cual ha sido el alcance del dominio del hecho de los coautores y la relevancia de los aportes; de que tipo ha sido la contribución del partícipe; cual ha sido el alcance del deber objetivo de cuidado, ha

concurrido violación de diferentes normas de cuidado; cual es el alcance de representación del resultado no querido; cual es el grado de representación del cuidado debido; cual es la graduación del nexo de imputación del resultado; en que condiciones se conoció el deber de observar una conducta ordenada; cual es la graduación del poder de cumplimiento; los niveles de afectación ante la conducta omitida; la graduación del conocimiento de la situación del deber; la graduación del tipo personal de garante; la graduación de la injerencia; el nivel de control sobre fuentes de peligro. En caso de tentativa, si la conducta fue interrumpida en su inicio –frustración o conato, cuando daba comienzo a la ejecución– o si por el contrario se ejecuto toda la conducta y sólo no sobrevino el resultado –tentativa acabada “o práctica todos los actos tendientes a su ejecución”; la mayor o menor propiedad de los actos dirigidos a obtener el resultado etcétera; en igual sentido la tipología especial indicará particulares desvalores del injusto típico que deberán ser tomados en cuenta, el tipo de violencia, el número de personas afectadas, el tipo de drogas, su cantidad.

En cuanto a los delitos de peligro debe indicarse que en estos debe valorarse el riesgo creado, tanto en su dimensión concreta como abstracta, en estos últimos debe haber una especial ponderación que se trata de riesgos remotos, con lo cual debe hacerse un balance entre el bien jurídico protegido y el derecho fundamental que se restringirá al justiciable, en el sentido de bienes jurídicos más cercanos al principio personalista del bien jurídico deben tener una opción de mayor desvalor, bienes jurídicos más alejados de la visión antropocéntrica del objeto jurídico de protección debe tener un merecimiento de mínima intensidad; por lo que el principio de proporcionalidad indica que la afectación por la cual se opte debe ser la mínima respecto de la pena en cuanto a la especie y duración de la pena, haciendo valer el principio de un derecho penal de mínima intervención y de lesividad en su versión de *nulla poena sine danno y sine neccesitas*.

Un solo aspecto debe agregarse los desvalores que se hagan en lo injusto como una graduación, no pueden ser doblemente valorados, de ahí que si se valoran en el contenido del ilícito personal, ya no pueden ser objeto de una nueva valoración, puesto que ello significa un incremento; de aparecer doblemente desvalorados significan –aunque no se diga– que ello ha representado un incremento en el desvalor del merecimiento de la pena con lo cual se ha trasgredido el principio de doble valoración; de ahí el cuidado de examinar si un elemento de lo injusto, puede estar vinculado a otros aspectos que también deben ser valorados, ergo agravantes, en cuyo caso sólo es posible un único desvalor.

(2) La calidad de los motivos que impulsaron el hecho. Este aspecto de vital importancia es uno de las circunstancias más difíciles de escrutar, por cuanto pertenecen al arcano del sujeto activo, sin embargo deben hacerse algunas precisiones para considerar este aspecto: a) los motivos o móviles no equivalen al dolo, éste último es conocimiento y voluntad de realización del tipo penal, pero ulterior al mismo, esta la motivación de por que una persona se determinó a cometer un hecho delictivo, en muchos casos estas génesis del delito se desconocerán pero ello no significa que no existan, por ejemplo un homicidio no se puede agravar por futilidad, sólo por que se desconocen los móviles del delito; b) los motivos pueden estar requeridos de manera especial en el tipo penal, como móviles especiales de autoría o de ánimo –caso por ejemplo del ánimo de lucro, del animus injuriandi, del ánimo lascivo o del ánimo de corruptas– si ello es así la consideración de tal fundamento de determinación de la pena debe ser único, es decir se prohíben dobles valoraciones, si se desvaloró en el tipo penal, ya no puede ser nuevamente desvalorado, su desvaloración corresponde al injusto; c) si los motivos se han desvalorado como circunstancias agravantes sean generales o especiales, las mismas deben ser valoradas como tales, evitándose la desvaloración como motivos, de igual manera que la anterior, se prohíbe la doble valoración, aquellos móviles que entrañen una especial desvaloración como circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, no pueden ser apreciadas como “motivos” de desvalor para incrementar la pena; d) la valoración de los motivos debe ser cuidadosa, por cuanto puede importar bajo una interpretación extensiva criterios de un derecho penal de autor, el cual no está legitimado por cuanto mediante el reconocimiento de la dignidad personal, se acepta el derecho penal de culpabilidad, para el cual el derecho penal de autor cualquiera sea la manifestación que adopte esta proscrita de un derecho penal respetuoso de la

dignidad del ser humano; esta área puede tener especial relevancia para la criminología, pero en el derecho penal los motivos para cometer el hecho tendrán relevancia en el aspecto antes mencionado. Los motivos que influyan en el atemperamiento de la culpabilidad y de la pena, pueden ser analizados como atenuantes, dada la gran amplitud que se tiene en ese ámbito, por la configuración de circunstancias atenuatorias por la vía analógica.

3) La menor o mayor comprensión del carácter ilícito del hecho. Como uno de los elementos de la culpabilidad, se concreta en la conciencia de lo ilícito, este aspecto es relevante de ser considerado para graduar la culpabilidad. Aquí no se discute la concurrencia o no de la conciencia de la antijuridicidad, puesto que para ser declarado culpable, tal elemento de lo culpable debe estar satisfecho; por lo que aquí corresponde su graduación que tanto debe desmerecerse el grado de conciencia de lo ilícito en el sujeto, que tanto le será exigible esa formación de conciencia de lo antijurídico. Sobre ello se dirá que es una cuestión de valoración estrictamente personal del justiciable, pero considerándolo respecto de su entorno social y cultural, de ahí que una persona con mayor participación en los niveles de distribución de derechos, le corresponderá un juicio de mayor desvalor, de aquel que ha tenido nulas, escasas o limitadas formas de participación; es decir a quien tiene mayor posibilidad de conocer y de formarse una conciencia de respeto debe reprocharle en mayor medida, pero siempre teniendo en cuenta el hecho cometido y las circunstancias particulares del agente en relación con el hecho cometido.

Cuestión relevante es indicar que así como el juicio de conciencia de ilicitud es potencial, su graduación participa de esa connotación, pero desde una perspectiva limitada, por cuanto en este caso de la individualización, la graduación de que tan intensa o no puede ser la exigibilidad, se hace a un nivel de individualización mayor por ello, deben tomarse en cuenta los conocimientos, capacidades o habilidades especiales, pero siempre de manera sistemática al hecho realizado, del cual es el que se exige tener una conciencia de lo ilícito. Además esta graduación corresponde tanto si el delito es cometido dolosamente como si es cometido culposamente, aunque los planos en los cuales se hace el juicio de exigibilidad en su graduación son diferentes. Si se trata de un caso en el cual ha mediado error ello debe ser especialmente considerado, por cuanto ha habido un descenso del nivel de exigibilidad en cuanto a la conciencia que se tenía de lo ilícito, lo cual debe ser ponderado de acuerdo a los parámetros del principio de vencibilidad del error, ello debe ser meritudo de acuerdo a cada situación errática y al fundamento normativo en el cual ha recaído.

4) Las circunstancias que rodearon el hecho, y en especial, las económicas, sociales y culturales del autor. Este es un parámetro de favorabilidad, como se expresó, en lo perjudicial, todas aquellas situaciones que ya hallan sido desvaloradas conforme a la graduación del injusto penal, ya no pueden ser valoradas en este apartado, por ello insistimos en una condición de pura favorabilidad respecto de la persona del justiciable; en una dimensión amplia quien es la persona del justiciable, cuales han sido sus entornos en los cuales se ha desarrollado, cuales son los déficits que acumula; digamos que este aproximación a la persona del justiciable, funciona al revés que el derecho penal de autor, puesto que mira a la persona culpable, pero no para formularle un reproche de mayor drasticidad, sino para formular una pena más benigna, teniendo en cuenta al ser humano sobre el cual ha de recaer la pena. Todo aquello que haya influido para restar oportunidades a la persona para un mejor desarrollo de su personalidad, debe ser valorado para restar rigor a la pena. En este punto los dictámenes psicológicos y las pericias de estudio social son importantes, por ello estas pericias son obligatorias, para todas aquellas personas respecto de las cuales se presentara un dictamen de acusación; tales cuestiones recalamos no son utilizables para fundar una pena más gravosa, por ello al no existir pericias que informen respecto de las circunstancia predichas, la mínima información que puede ser utilizada es la declaración indagatoria de filiación del imputado, por cuanto esa información sólo servirá para favorecerlo nunca para perjudicarlo.

5) Las circunstancias atenuantes o agravantes, cuando la ley no las considere como elementos del delito o como circunstancias especiales. Insistir en unas cuestiones: a) la prohibición de la doble desvaloración; todas aquellas

circunstancias que ya estén desvaloradas en el tipo penal como elementos del mismo sea en su carácter objetivo o subjetivo ya no son valorables para ser imputadas como circunstancias modificativas; todas aquellas circunstancias que se incluyan en el tipo penal como agravantes específicas, tampoco pueden ser valoradas como circunstancias calificantes generales, por cuanto en perjuicio se vulneraría el principio de prohibición de doble desvaloración. La referencia es a la concurrencia de atenuantes o agravantes generales; b) Todas las circunstancias modificativas deben ser probadas en el debate, ello significa que deben ser acreditadas fácticamente, es decir tienen que tener un sustrato material y apoyarse en su demostración por uno o más elementos de prueba que indiquen su concurrencia objetiva; en tratándose de circunstancias atenuantes el juez tiene una mayor amplitud en su apreciación inclusive de oficio, siempre que la circunstancia este acreditada. Así la demostración de circunstancias agravantes, no se satisfacen con una argumentación o con una valoración normativa, puesto que las agravantes, son circunstancias de hecho que deben ser como todo elemento del delito, probadas más allá de duda razonable, sino concurre su comprobación y su acreditación mediante una motivación fáctica y jurídica la apreciación de la circunstancia agravante, que puede hacer recaer un mayor desvalor en lo injusto o en la personalidad, carece de motivación y ello es un vicio insalvable en la determinación de la pena, siempre que la pena impuesta no sea el mínimo.

Como corolario de este precepto debe indicarse que la determinación de la pena, es una ponderación entre desvalor de lo injusto y desvalor de la culpabilidad, es un juicio de dosimetría sobre todos los aspectos de manera integral, dentro de los cuales como ya expresamos tienen amplia participación los principios de culpabilidad, necesidad de pena y de resocialización de ahí que la pena, pueda descender en su dosimetría en atención a estos principios, que vienen a constituir reglas rectoras de la determinación de las consecuencias jurídicas del delito. Cada pena que se imponga debe ser considerada en su graduación, debe estar motivada, sea por delito sea por falta, sea un procedimiento común sea en un procedimiento abreviado; la imposición de medidas de seguridad también están amparadas por el principio de culpabilidad – en sentido amplio– por lo cual deben ser graduadas, sobre tal aspecto nos remitimos al capítulo de las medidas asegurativas.

## **ARTICULO 65.**

### **JURISPRUDENCIA.**

### **NOTA DE ACTUALIZACION.**

La norma habilita una pena igualitaria en principio para todos aquellos que intervienen como autores, sea como autores individuales, coautores y autores mediatos; sin embargo por una decisión de política penal, equipara en la penalidad abstracta del tipo penal a los instigadores, quienes no son autores, con lo cual el principio de diferenciación entre autores y partícipes queda bastante maltrecho, por cuanto, al menos respecto del instigador tal distinción de los autores sólo tiene repercusiones dogmáticas pero no nivel de penalidad, con lo cual en un área sensible se hace una equiparación sumamente discutida, puesto que a nivel de desvalor de merecimiento de pena, el instigador que es un partícipe se sitúa al mismo nivel que los autores que no son partícipes; ello es una cuestión que debe ser examinada con detalle para considerar si concurre o no afectación de principios rectores en materia penal.

Ahora bien, esa equiparación en el merecimiento en abstracto a nivel de tipo penal, ya no impera cuando se trate de merecimientos en concreto, por cuanto aquí se ponderan cuestiones individuales de intervención en el injusto penal y en la propia culpabilidad de cada uno de los intervinientes, por lo que la dosimetría de la pena en concreto puede variar respecto de las personas que han intervenido en el delito. Por ejemplo en caso de concurrencia de varios coautores, no necesariamente todos tienen que ser sancionados con la misma dosimetría de pena, pueden considerarse cuestiones particulares de cada uno de ellos en la intervención en la ejecución del ilícito o de su propia culpabilidad que hagan diferente

el reproche de la pena, precisamente ese es el fundamento de una determinación individual de la pena. En igual sentido – sin entrar a considerar afectación de principios– respecto de un instigador que concurre con un autor, debe señalarse que la diferenciación entre autor e instigador debe significar una pena diferente para este último, por cuanto su intervención en el injusto en concreto es de menor entidad, por que como se quiera el instigador para ser tal nunca podrá tener el dominio del hecho y ello es un fundamento importante para diferenciar la pena del autor.

#### **NOTA DE ACTUALIZACION.**

También debe expresarse que el modelo seguido es de una agudeza penal, rayana a la trasgresión del principio de indiferenciación externa, que se deriva del principio de culpabilidad, por cuanto hace coincidir la pena de los cómplices – necesarios como no necesarios– con la pena del autor en cuanto al límite mínimo; ello es una situación crítica respecto de la teorías diferenciadoras, por cuanto de muy poca utilidad es distinguir en presupuestos dogmáticos, si a nivel de consecuencias jurídicas se dispensa un mismo tratamiento, que eso es lo que sucede cuando se iguala el mínimo de la pena; digamos que en este caso al menos respecto de los cómplices no necesarios el código anterior era más benigno. Pero además esta misma situación de indiferenciación en la pena se vuelve a reiterar entre los cómplices, por cuanto cooperadores necesarios y no necesarios son igualados nuevamente en el límite mínimo de la pena, señalando un mismo desvalor para quienes un desmerecimiento diferenciado en la intervención del delito.

Precisamente ese sistema de igualar a cómplices respecto de autores con el límite mínimo de la pena del tipo penal, ha propagado disfunciones verdaderamente críticas en la determinación de la pena, por cuanto, esa opción ha generado por una cuestión sistemática de la tipología penal, que al considerarse en concreto el merecimiento de pena, se llegue a la angustiosa situación de que los cómplices se encuentran ante un sistema de penas fijas, que no permiten una graduación de su culpabilidad en el injusto en el cual han intervenido; con lo cual el principio de culpabilidad se ve seriamente comprometido en su aspecto esencial de que la pena que corresponda debe ser proporcional a la culpabilidad, lo cual es imposible de obtener si se tiene un sistema de pena fijo, ello ha sido pulcramente ejemplificado por el comentarista original lo cual es una cuestión que no puede quedar relegada, en virtud de lo cual debe prevalecer una interpretación conforme con la Constitución que permita la no alteración del principio de culpabilidad en cuanto a la diferenciación de la pena, por que sería excesivo sancionar a un cómplice con la misma penal del autor. De ahí que necesariamente deba acudirse a la regla de no exasperación que es un referente normativo por el cual se mantendrá la pena diferenciada entre autores y cómplices, en tal sentido la dosimetría de la pena oscilara entre la pena impuesta al autor, la cual deberá ser necesariamente aquella que respete el marco de no exceso de las dos terceras partes respecto del cómplice; a esa única solución lleva un derecho penal que se olvida de las consecuencias sistemáticas de la dogmática penal, por perseguir simplemente un mayor endurecimiento punitivo. Punto importante –como sucede en la práctica– es que el enjuiciado sea únicamente el cómplice, sin que se este enjuiciando al autor o se conozca siquiera quien es. En tal caso la única opción, cuando el autor no esta presente, la única opción que permita mantener a salvo el principio de la indiferenciación es, hacer el calculo de pena de no exceso de las dos terceras partes desde el límite mínimo de pena del tipo penal, por que en todo caso nunca la pena impuesta al cómplice podrá igualar la pena del autor, esta solución es posible mediante una interpretación *in favor rei, pro-homine y pro-libertatis* que son compatibles con un derecho penal concebido como mecanismo de última intervención y con una configuración de la pena que se rija por los principios de proporcionalidad y de necesidad.

## ARTICULO 70.

### JURISPRUDENCIA.

#### NOTA DE ACTUALIZACION.

Algunas cuestiones puntuales deben señalarse respecto de la penalidad concursal: a) de la integración completa del precepto se nota ampliamente que subyacen dos principios rectores en la determinación de la pena concursal, el primero de ellos es el de mínima intervención penal, el segundo es el principio de readaptación, de ahí que en materia de pena concursal la tendencia es a imponer penas no severa por acumulación de delitos; ello es plausible, puesto que ante la realidad de unas penas más gravosas, el principio de no exasperación de la pena es el que limita el quatum de la penalidad siempre en beneficio del justiciable, así lo indica el inciso final que en lo pertinente señala: “las reglas anteriores no tendrán aplicación si le resultare más favorable...”. De ahí que las reglas de graduación de penas estén sostenidas por la favorabilidad y así deben ser interpretadas, pues sólo la interpretación restricta es la que se admite en derecho penal.

b) El sistema de penalidad señalado es el conocido como de consunción agravada de penas, por lo cual la pena del delito más grave consume a la pena del delito menos grave, al cual se agrega por los efectos cumulativos un aumento agravatorio, ello obedece al principio *poena maior consumet poenam minorem*. Ahora bien este sistema de graduación de penas, no puede escindirse de los parámetros de determinación de pena generales, los cuales deben siempre cumplirse y de ahí se determinara la pena que corresponde al delito más grave, al cual se le aumentara hasta una tercera parte.

c) Punto medular es la interpretación de la cláusula de agravación que precisa. “la pena que le correspondería por el delito más grave, aumentada hasta en una tercera parte”. Bajo la égida de una interpretación restrictiva, debe señalarse que el precepto no esta indicando un máximo de la pena del tipo penal, como primer límite de la penalidad concursal, sino de aquella pena que le correspondería por el delito más grave, ergo la referencia es al delito más grave y no a límites máximos del delito más grave; lo anterior tiene plena fundamento si se nota que se trata de la determinación de la pena, por lo que significa que la pena debe ser graduada de acuerdo al desvalor de lo injusto y a la proporcionalidad de la culpabilidad, de ahí que una vez ponderada la pena en concreto que corresponde al delito más grave, que no tiene por que ser necesariamente el máximo –a menos que el desvalor del injusto y de la culpabilidad lo requieran– entonces corresponde aumentar hasta una tercera parte, respecto de la pena en concreto ya determinada. En suma la regla de penalidad no requiere que se imponga el límite máximo de la pena del delito más grave, requiere que se imponga una pena en concreto del delito más grave que puede oscilar del mínimo a su máximo y que sobre esa pena impuesta, se aumente si es necesario hasta una tercera parte, según lo requiera el desvalor completo de los injustos culpablemente cometidos en atención a otros fundamentos de determinación de pena. Y si en tal caso la pena impuesta en su totalidad fuera desfavorable, debe entonces atenderse al límite de la no exasperación e imponer las penas por cada hecho individualmente considerado por tener esa acumulación de penas una pena conjunta más benigna.

d) así en el ejemplo escogido por el comentarista original, si el homicidio simple tiene una pena de diez a veinte años, y el aborto sin consentimiento pena de cuatro a diez años. Resulta que el delito de mayor gravedad es el de homicidio, en tal caso después de haberse realizado los desvalores de injusto y graduación de la culpabilidad, determinarse la pena en concreto del homicidio, que según los resultados de la graduación anterior podría oscilar entre el mínimo y el máximo de la pena del homicidio, es decir entre los diez a los veinte años. Si el juez de acuerdo a los criterios de valoración hubiese impuesto quince años de prisión como pena correspondiente por el delito más grave, a esa pena podría aumentarle hasta una tercera parte, con lo cual el parámetro se extendería de quince años hasta veinte años que sería el contenido máximo de la tercera parte; determinado ya esos límites correspondería decidir de acuerdo al desvalor del injusto común a la gravedad de la culpabilidad y a los principios rectores de determinación de pena cual es la pena concreta que se impondría entre la pena de doce años hasta la de dieciséis años de prisión, es decir entre la pena correspondiente al delito más grave

y el aumento de la tercera parte. Digamos que en este caso hipotético el juez de acuerdo a los parámetros de determinación se decide por veinte años de prisión.

c) con el mismo ejemplo puede matizarse el uso de la regla de no exasperación, decidida que ha sido la pena en concreto por el delito más grave, en esta caso quince años de prisión; el juez entiende que por el delito de aborto sólo corresponde imponer el mínimo de la pena, es decir cuatro años de prisión que el límite mínimo de la pena del aborto. En tal caso la sumatoria de la pena, se corresponde así: quince años de prisión por la pena del homicidio más cuatro años de prisión por la pena del aborto, suman diecinueve años de prisión, con lo cual la pena acumulada de veinte años de prisión sería más grave, en tal sentido el tribunal puede aplicar la regla de no exasperación e imponer las penas separadamente. Empero si por ejemplo por lo mitigado de los desvalores, el juez decidiera imponer como pena correspondiente por el delito más grave la de doce años de prisión; el aumento de una tercera parte podría alcanzar hasta dieciséis años de prisión, por lo cual el Tribunal de acuerdo a los desvalores concurridos podría imponer por ejemplo catorce años de pena de prisión.

## **ARTICULO 71. (Reformado)**

### **JURISPRUDENCIA.**

**Prohibición de Penas Excesivas en el Concurso de Delitos. Sala de lo Constitucional. IS. 15-96/16-96/17-96/19-96/20-96/21-96/23-96. Acum.** Imperativa consecuencia de lo anterior, es que el legislador secundario está constitucionalmente obligado a establecer un máximo temporal en la fijación de las penas privativas de libertad, ya que de no hacerlo, quedaría legalmente autorizado que la determinación individual de las penas –sobre todo en casos de concurso de delitos– se convierte en la práctica en la condena a una pena perpetua. Se evidencia pues, que es obligación constitucional que la ley penal –común o especial– establezca ese máximo temporal durante el cual un condenado guardará prisión y será sometido al respectivo tratamiento penitenciario. Hay que aclarar que la determinación en abstracto de tal monto máximo de la pena es facultad libre del Órgano Legislativo, pero la misma debe responder a un criterio de razonabilidad para no violentar la regulación constitucional del fin de la pena que –es importante recordarlo– es la resocialización del delincuente y no la infligición de un castigo por el mal producido (...) Se reitera aquí que es constitucionalmente obligatorio para el legislador secundario, la fijación de un máximo de privación de libertad a la que una persona puede ser condenada para que la condena no se convierta en la práctica en una pena perpetua; y aunque la determinación del tiempo máximo de prisión es libre facultada del legislador el mismo debe ser razonable para no violentar la función de la pena constitucionalmente regulada.

### **NOTA DE ACTUALIZACION.**

También conviene aquí señalar unas cuestiones importantes respecto de lo dicho por los comentarios originales: a) la adhesión a la postura de una ejecución simultánea ante penas de distinta naturaleza, debe aquí regir el principio de necesidad de pena, por lo que se impone una interpretación restrictiva en este aspecto, ello es compatible con un derecho penal limitado por el principio de mínima intervención.

b) Es importante anotar también el comentario realizado desde una perspectiva material en el sentido que la acumulación de penas cuando se quiebra la regla de sentencia ejecutoriada por hechos sentenciados significaría “para ciertos delinquentes un internamiento de por vida, cuestión odiosa desde el punto de vista del tratamiento penitenciario”. Lo anterior que en nuestra realidad es totalmente cierto, por cuanto diversas personas son llevados a juicio, por una sucesión de hechos anteriores, los cuales al ser sometidos a un enjuiciamiento sucesivo –por las razones que sean– cuando son condenados por primera vez, parecería formalmente que se superado la regla de sentencia previa del concurso real y que las penas se pueden acumular de manera sucesiva hasta su total cumplimiento, aunque ello signifique cumplimientos de pena sucesivas que lleven a verdaderas cadenas perpetuas.



c) Sobre lo anterior –a mi juicio– debe de tenerse claridad que el principio de prohibición de acumulación de penas desproporcionadas que se construye a partir de la regla de la sentencia ejecutoriada, no es sólo un principio formal, sino que es un principio material que se sustenta en unos principios de índole constitucional de mayor jerarquía que no están sometidos a la legislación secundaria, y que deben ser observados en fiel cumplimiento a la Constitución por los funcionarios y autoridades del Estado quienes al tomar posesión de su cargo protestaron: “ser fiel a la República, cumplir y hacer cumplir la Constitución, ateniéndose a su texto cualesquiera que fueren las leyes, decretos, órdenes y resoluciones que la contraríen...”. En tal sentido, si la Constitución prohíbe las penas perpetuas, no se puede llegar a las mismas por la aplicación formal de un precepto de índole infraconstitucional, cuya finalidad precisamente es prohibir penas excesivas, esta materialidad del precepto de concurso se conecta inescindiblemente con la proscripción de penas que puedan adquirir el contenido de perpetuas, tras esta prohibición obviamente subyace el principio de dignidad humana, que prohíbe que al ser humano se le puedan afectar de manera esencial el núcleo de sus derechos, en este caso el derecho a la libertad, el cual sólo puede ser objeto de restricciones razonables.

c) En suma, que las penas posteriores a sentencias ejecutoriadas, no se acumulan sucesivamente, siempre y cuando los hechos se hallan realizado antes, de la pronunciación de la sentencia, aunque sea posterior su sometimiento a juicio; la regla de quebrantamiento del concurso real en cuanto a la unificación de las penas, esta sólo para hechos cometidos posteriormente a la condena; si son hechos anteriores la regla no opera materialmente y las penas deben acumularse para ser cumplidas simultáneamente en un misma condena, y no de manera sucesiva, por cuanto la prohibición material de cadenas perpetuas devenida de la misma Constitución se impone por su carácter primario, el cual no puede ser alterado por ninguna norma o interpretación de leyes secundarias. De ahí que materialmente opere el denominado concurso material de unificación de penas o concurso material retrospectivo de penas, el cual es aplicable en razón del mismo Art. 27 que prohíbe las penas perpetuas.

d) En virtud de lo anterior debe indicarse que en un principio el concursos real se afirma por el axioma *quot delicta tot poenae* que da origen al principio de acumulación de penas, por el cual, al justiciable deben serle impuestas todas las penas correspondientes a las múltiples infracciones cometidas; sin embargo como dicho fundamento de Derecho Penal, no esta erigido sobre el principio de dignidad humana, sino sobre un expiacionismo exacerbado que no es hijo de nuestra época más humanista del derecho penal, el mismo ya no puede ser sustentado sobre parámetros absolutos, por lo cual los límites que se le señalan –en los Estados que de verdad respeten la dignidad humana– son los de prohibición de la cadena perpetua, nuestra Constitución se erige sobre una visión humanista, que respeta esa herencia de la cual nos sentimos partícipes, por lo que el principio absoluto de acumulación de penas, se encuentra limitado por el principio material de prohibición de penas perpetuas, con lo cual se corresponde una limitación jurídica que por su alto rango no opera sólo en aspectos formales sino en aspectos materiales. De ahí que las penas no pueden ser acumuladas llegándose materialmente a una pena perpetua, ello esta absolutamente proscribido por la Constitución.

e) Respecto de la reforma que extiende los límites del concurso hasta setenta y cinco años de prisión por acumulación de penas. Indicamos los mismos comentarios que ya formulamos al examinar la reforma del artículo 45 N° 1 son aplicables en toda su extensión a este precepto.

## **ARTICULO 72.**

### **JURISPRUDENCIA.**

**Fundamento de la Penalidad del Delito Continuado. Cámara Primero de lo Penal de la Primera Sección del Centro.**

**09-04-02.** El que la ley determine que en el caso de delito continuado se deba sancionar como un solo hecho y con una sola pena, es por la aplicación de una política criminal de benevolencia para con el imputado, a fin de que no sufra la

multiplicidad de penas que le correspondería por la diversidad de infracciones delictivas. Esta política criminal de beneficio hacia el procesado se evidencia en diversas disposiciones de la Ley, tal es el caso de los artículos 4 Pr. Pn. 14, 15 y 407 Pn, así como en lo que preceptúan los artículos 70 y 71 del mismo cuerpo de ley, cuando en el inciso último de la primera de estas dos últimas disposiciones se establece, que las reglas de penas del concurso ideal no tendrán aplicación, si le resultaren más favorable al reo la imposición de todas las penas correspondientes a los delitos concurrentes de conformidad a la determinación que se haga de las mismas; mientras que en la segunda se establece que el conjunto de penas en el caso del concurso real no podrá exceder de setenta y cinco años, y aún cuando con la reforma a este artículo este límite parezca excesivo, la tendencia al favorecimiento se mantiene.

#### **NOTA DE ACTUALIZACION.**

El Artículo en principio no presenta ninguna dificultad pero ello sólo es aparente, en razón de lo anterior se exponen algunas cuestiones: a) En el delito continuado, la especial consideración de la imposición de la pena máxima, no es justificante para que no se realice la determinación del desvalor del injusto y la graduación de la culpabilidad por el injusto cometido, por cuanto esta exigencia se deriva de manera directa del principio de culpabilidad, el cual se asienta en el artículo 12 Cn. b) la determinación de penas fijas, es atentatoria del principio de culpabilidad que establece como garantía que la pena debe ser proporcionalidad a la culpabilidad, una pena fija no permite graduar la culpabilidad del autor, la cual de por afirmada de manera presunta y en el ámbito más gravoso, la acumulación de infracciones delictivas, que se erigen únicamente sobre el desvalor de lo injusto no pueden suplir la valoración y graduación de la propia culpabilidad; por cuanto injusto personal y culpabilidad son dos categorías diferentes, de ahí que la pena no puede estar sustentado sólo respecto del desvalor del injusto o presumida la culpabilidad por la gravedad del injusto, ello repetimos atenta contra el principio de culpabilidad, y esto lo afirmamos sin desconocer que el delito continuado tiene una finalidad de no agravación de la pena, pero esta teleología punitiva, no es suficiente para no garantizar que la culpabilidad debe ser desvalorada y graduada, para ello se requiere de penas que admitan graduación y no de un sistema de penalidad fija que no admita graduación.

c) Ciertamente en la penalidad del delito continuado podrían suscitarse cuestiones intolerables, de no tenerse prudencia en la cuestión de la aplicación de la pena. Así debe indicarse que la formulación del delito continuado puede concurrir con la ejecución de dos conductas, ello es así por cuanto el precepto del artículo 42 CP estatuye que: “Hay delito continuado cuando con dos o más...” de tal manera que la ejecución de dos conductas como mínimo cometidas bajo los presupuestos requeridos permiten formular la imputación de un delito continuado. En este supuesto nótese que la pena con la cual se sanciona el delito continuado es la misma, el máximo de la pena por un único delito de ahí que en el caso propuesto al agente se le sancionaría con la pena máxima del delito cometido, entendido este como un delito continuado. Sin embargo dicha solución es insatisfactoria para esta forma mínima del delito continuado, por cuanto, la graduación del injusto penal y de la culpabilidad pueden informar de una pena de menor rango contraria a la que se impone por el delito continuado.

d) Un ejemplo sobre lo anterior permite medir el exceso punitivo en el cual se puede caer, respecto de la punibilidad del delito continuado, violando a su vez el principio de prohibición de exceso de la pena. Si una persona comete dos hechos constitutivos de un delito de hurto en tiempo y espacio diferente; por cuanto realiza unas sustracciones de un dinero que se encuentra en una gaveta y que es propiedad de una misma persona, esperando que esta última duerma su siesta para sustraer dicho bien mueble ajeno y apoderarse del mismo. Es obvio que se satisfacen los presupuestos del delito continuado, al haber concurrido al menos la ejecución de dos tipos penales, realización bajo unas similares condiciones, unidad de dolo, afectación del mismo bien jurídico. La pena que debe dispensarse es la máxima para este delito, misma que sería de cinco años de prisión. Sin embargo si se impusiera la pena mínima por cada uno de los delitos, según la especial

determinación que resultase de la pena, el resultado sería una pena de dos años de prisión por cada delito, cuestión que a su vez puede impactar en la suspensión de la ejecución de la pena.

d) Ante tal situación debe considerarse que el delito continuado es una ficción de unidad jurídica que persigue que las penas no sean excesivas en cuanto a los hechos cometidos; si ello es así, la misma ficción les comunica al concurso ideal teleológico, que son dos hechos bien diferenciados pero unidos desde una decisión jurídica que les da sincretismo; en tal sentido me parece que una interpretación *in bonam partem* puede homologar la regla de no exasperación del concurso ideal al delito continuado, en el sentido de que si al justiciable le es más favorable la imposición de las penas de manera individual por cada delito, debe imponerse estas penas y no la única penalidad del delito continuado, que se erige sobre una pena máxima.

### **ARTICULO 73.**

#### **JURISPRUDENCIA.**

#### **NOTA DE ACTUALIZACION.**

Esta forma de determinación de pena, adolece de los mismos problemas que el precepto anterior respecto de la determinación de la pena, que no sólo involucra este aspecto, sino que esta sustentada sobre la garantía de que la pena sea proporcionada a la culpabilidad; ello no es posible cuando se parte de penas fijas, que en el caso de la pena de defraudaciones calificadas como delito más, imponen una doble pena máxima, de interpretarse así la regla de determinación, es obvio que el principio de culpabilidad resulta trasgredido, por cuanto el desvalor del injusto es el que agota la penalidad, dejando por fuera el grado de culpabilidad del agente. Para evitar alteraciones de esa índole a un principio de rango constitucional, se propone una interpretación restrictiva, en el sentido que el doble del máximo de la pena, esta sobre la base no del límite máximo que tiene desmerecida el tipo penal, sino a la pena máxima que en concreto el juez decida imponer después de haber desvalorado el injusto y la culpabilidad, de ahí que, la pena estaría oscilando entre el mínimo y el máximo del tipo penal; y la pena en concreto que el juez imponga, sería la pena máxima dentro de los márgenes del tipo penal, dicha pena se aplicaría doblemente siguiendo la formula de agravación, con lo cual se cumpliría con el fundamento de la agravación y a la vez se respetaría la vigencia del principio de culpabilidad que impone que la pena debe ser proporcional a la culpabilidad del autor.

### **ARTICULO 74.**

#### **JURISPRUDENCIA.**

**Procedencia de Reemplazo. Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador. 09-05-02.** Las razones que fundamentan la modificación de la especie de pena, es la siguiente: la pena de prisión no debe utilizarse como un mecanismo desproporcionado, cuestión que significa que la ponderación de la pena, en concreto, debe fundarse sobre un uso restrictivo de la misma, es decir como una opción *de ultima ratio* y ello incluye la cuantía y especie de la pena. Para ello deben considerarse las características personales del imputado, y las circunstancias del delito que permiten afirmar una pena, privilegiando razones de prevención especial positiva, destinadas a una posibilidad más real de reincorporación del justiciable al orden social, el tribunal en ese sentido tiene una visión de la pena como opción verdaderamente rehabilitadora, que debe adecuarse a la personalidad del sujeto siempre que sea en beneficio y no en perjuicio de su rehabilitación, máxima aspiración plasmada en el Art. 27 Cn. Entendemos que ciertamente se vulneraría el principio de proporcionalidad, si en una situación concreta, como en este caso, en la que se puede optar por una pena de menor lesividad, se decide a imponer la que resulte más gravosa para los derechos fundamentales del acusado. Y es que en materia sancionatoria rige como principio fundamental, el principio de culpabilidad, del cual la proporcionalidad de las sanciones es una manifestación;

tal principio acuñada bajo el aforisma “*nulla poena sine culpa*”, indica que la graduación de la pena, respecto de su cuantía y naturaleza no puede rebasar el ámbito de la culpabilidad y el Tribunal estima que por las circunstancias personales del imputado y por la escasa afectación del bien jurídico, es necesario fijar como pena el Trabajo de Utilidad Pública en reemplazo de la pena de prisión originalmente prevista.

## **ARTICULO 77.**

### **JURISPRUDENCIA.**

**Suspensión de la Ejecución de la Pena-Fines de Resocialización. Sentencia de la Sala de lo Penal, de las diez horas del día diecisiete de mayo de dos mil dos.** La determinación de la adecuación del hecho al tipo legal apropiado depende de la concurrencia de los elementos típicos exigidos para cada figura (...) El Tribunal A-quo si cumplió con las exigencias mínimas de fundamentación exigidas por la ley, pues consideró para sustituir la pena de tres años de prisión el hecho que, el procesado ha estado en internación provisional por más de seis meses, así como también que el resto faltante no es viable a los fines de readaptación consagrados en el Art. 27 de la Constitución, por lo que la sentencia a juicio de este Tribunal aporta fundamentos de hecho y de derecho, los cuales son legítimos, lógicos y adecuados a los principios de readaptación a que se refiere la disposición en la que se fundamenta dicha sustitución, razón por la cual resulta improcedente declarar con lugar el presente motivo.

### **NOTA DE ACTUALIZACION.**

Conviene aquí indicar la caracterización de la suspensión condicional de la ejecución de la pena como un subrogado penal, por estos se entienden los sustitutivos de la pena de prisión, por lo cual se pretende bien prescindir de la ejecución de la pena de prisión en cuanto a una ejecución de la misma en un centro penal; o de reducir su cumplimiento, permitiendo que parte de la ejecución de la pena total, la cual ya se ha cumplido en parte en prisión, se pueda cumplir en un régimen de control en libertad.

También es oportuno añadir que el acento de estas formas de sustitución de penas, es el régimen condicional al cual vinculan a la persona del justiciable, de ahí que si las condiciones son incumplidas por el reo, la pena se ejecuta de manera irremisible. Ciertamente este subrogado penal es personalísimo, por cuanto sólo se aplica respecto de aquellas personas que satisfacen los requisitos bajo los cuales se determina la admisibilidad de la aplicación de tal forma de sustitución de la pena privativa de libertad; pero ello no debe conducir a interpretar estos subrogados como una forma de derecho penal de autor, por lo cual se pueda denegar la aplicación de tales medidas en atención a la personalidad del sujeto. Lo anterior es así, por cuanto, el derecho penal de autor esta desterrado de nuestra legislación penal que establece el principio de culpabilidad, de ahí que si se estima que no procede la aplicación de tal subrogado, en este caso de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ello será de acuerdo a la valoración que se haga del injusto culpablemente cometido y a la necesidad mantener los efectos preventivos de la norma penal. En todo caso la de negativa de la suspensión condicional de la ejecución de la pena sea motivada.

El subrogado en examen se fundamenta en dejar en suspenso la ejecución de la pena en el régimen carcelario, durante un periodo predeterminado, bajo ciertas condiciones, con una finalidad de brindar mayores ofertas de readaptación al condenado. De ahí el claro énfasis de este instrumento, respecto del modelo de la prevención especial positiva. También es oportuno indicar que la antigua visión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, estaba cimentada sobre una especie de gracia o de concesión de las autoridades hacia los condenados –binding-over– lo cual ha sido superado, que las inserta como un medio autónomo de la teoría de la pena, que importan una modificación sustancial en la concepción de la pena de prisión (Jescheck, 1993, 759).

De ahí que los modelos de suspensión de pena, también estén ampliamente respaldados por los principios de última intervención del derecho penal y de la necesidad de la pena, pero sólo respecto de una de sus vertientes, vinculada a la pena que ya se ha impuesto, pero que no es necesario que se ejecute bajo un modelo cerrado de pena privativa de libertad. Con la implementación de éste subrogado penal, ciertamente se impulsa de manera más adecuada los fines de la readaptación de la pena, bajo un diseño de auto-responsabilidad de la persona y respeto a su autonomía ética, así como se da cumplimiento en mayor medida al principio de personalidad de la pena, por cuanto se impiden de mejor manera la transferencias de los efectos dañinos de la pena de prisión al núcleo familiar del reo, por cuanto la pena de prisión también importa la restricción de sus derechos fundamentales. En virtud de lo anterior, nos parece que implementando la suspensión condicional de la ejecución de la pena, se tutela mejor el derecho de garantía del estado salvadoreño –Art. 1 Convención Americana sobre Derechos Humanos– respecto del deber de respetar el principio de personalidad de la pena, establecido en el Artículo 5. 3 que dice: “La pena no puede trascender de la persona del delincuente”.

Conviene ahora precisar algunas apostillas a los comentarios respecto de la normativa: a) el parámetro de tres años no está determinado sobre los límites máximos del tipo penal en relación a la gravedad formal del delito de acuerdo a la regla del artículo 18 CP, sino a la pena en concreto que se impone, de ahí que el hecho puede ser grave, pero si la pena en específico que se impondrá es la de tres años de prisión, el requisito estaría satisfecha; b) también es oportuno, indicar que la suspensión condicional de la pena, no sólo está estructurada respecto de la pena de prisión, sino también sobre otras penas privativas de libertad, lo que acontece es que la forma más proverbial está fundada respecto de la pena de prisión, pero ella no es exclusiva, de ahí que, si las otras penas privativas de libertad, son innecesarias en cuanto a su ejecución, las mismas pueden ser suspendidas condicionalmente; c) el criterio que se expone ante penalidad de un menor desmerecimiento, que en sumativa podría rebasar los tres años, y que por ello la suspensión debe considerarse individualmente para cada delito, es sostenible, por cuanto, permite una interpretación no extensiva del precepto y que potencia los fines de la readaptación del justiciable, así como se apoya en el principio *pro libertatis*; d) El fundamento primero es esencial, el cual está fundado en criterios de merecimiento de pena en cuanto a su necesidad, así como al principio de intervención mínima, coinciden aquí también criterios de prevención especial de la pena en su sentido positivo, es decir de que manera se garantiza la satisfacción de una mejor posibilidad de readaptación, y si ello es posible prescindiendo de la ejecución de la pena de prisión debe optarse por esta forma desde un análisis de merecimiento de pena en concreto; e) Las satisfacciones de los daños civiles cuando estos han sido declarados en su cuantía es importante, pero no es imprescindible, de no haberse determinado un monto de los daños civiles por insuficiencia probatoria respecto a la cuantía, este aspecto no perjudica al justiciable, quien no debe asumir el costo de la acusación de probar la cuantía de los perjuicios, de ahí que la suspensión puede ser concedida, independientemente de que a posterior se determine la cuantificación del daño civil.

## **ARTICULO 80.**

### **NOTA DE ACTUALIZACION.**

Únicamente indicar que al ser las reglas de conducta una forma de intervención restrictiva en las esferas de derechos y libertades fundamentales de la persona humana, tales formas de intervención están limitadas por los mismos principios que limitan la pena, sobresaliendo los principios de dignidad humana y proporcionalidad, de ahí la visión de una construcción de un derecho penal erigido sobre bases democráticas.

## **ARTICULO 81.**

### **NOTA DE ACTUALIZACION.**

Únicamente añadir –dada la amplitud del comentario– que conforme al principio de intervención mínima, la opción de cumplimiento de pena debe ser la última que se asuma, pues es la más aguda, de ahí que deban agotarse por completo las otras alternativas que podría constituir una respuesta más adecuada. También sería oportuno señalar que ese incumplimiento debe ser deliberado a quebrantar el régimen de control de las condiciones.

Además sería importante indicar que la noción de comisión de un delito debería ser interpretado restrictivamente, por cuanto, si variase el título de imputación por ejemplo en el ámbito subjetivo, sería irrazonable proceder a decretar incumplimiento, como por ejemplo haberse concedido la suspensión condicional por un delito doloso y el nuevo delito atribuido es de índole culposos.

## **ARTICULO 82.**

### **NOTA DE ACTUALIZACION.**

Ciertamente la exclusión de la pena en cuanto a su ejecución se asienta sobre la base de los principios de necesidad y proporcionalidad de la pena; pero su fundamento no es otro según la *ratio* del precepto que el de la llamada pena natural, la cual se fundamenta en los perjuicios derivados del delito que sufre el autor del mismo mediante su ejecución, los cuales pueden ser de índole material o moral. Merced a estos perjuicios, ciertamente la pena pierde su contenido nuclear, tanto en lo que respecta a la compensación destructiva de lo injusto, como a sus finalidades preventivas generales o especiales; entendiéndose que el perjuicio derivado de la propia comisión del delito y que afecta al sujeto activo del mismo es de tal entidad que importa ya una sanción, por lo que la pena jurídica perdería su legitimación y sería una pena desproporcionada, reposa entonces una visión altamente humanitaria de la pena, la cual no se vuelve necesaria cuando a consecuencia del delito cometido el justiciable ha recibido una lesión a sus bienes jurídicos, la idea que subyace es antigua “en el pecado se lleva la penitencia” trasladado al entorno jurídico sería que en el mismo delito se inflige el castigo; sólo que el precepto extiende la entidad lesiva no únicamente al justiciable, sino a terceras personas a condición de que tengan una estrecha vinculación afectiva con el acusado; y además se pone énfasis en la capacidad de motivación del sujeto en este caso respecto del hecho cometido, lo cual pretende mantener la función motivadora de la norma penal y de la pena, aquí sustituida por el grave daño que sufre el agente mediante la comisión de su propio delito. En cuanto a la motivación, esta no radica en la actividad del juez, sino en la potencialidad de que el daño haya impactado en la conciencia del sujeto a posterior como si fueran los efectos de la pena. Lo antes dicho encuentra su complemento en la visión de la culpabilidad, en la cual se externa un juicio de motivación ex ante de carácter valorativo, en el cual el juez determina si al acusado le era exigible el motivarse conforme a la norma; de ahí que congruente con ello la pena pretende ser un fuente de motivación en cuanto a la protección de los bienes jurídicos, de ahí que si esta última función de motivación –la dimanada también en abstracto de la pena– es suplida por los graves daños que el sujeto ha padecido como consecuencia de su propio hecho delictivo sea que le haya afectado a él mismo o a un tercero estrechamente vinculado al justiciable, la función de motivación de la pena se estima cumplida y compensada.

Debe destacarse que este perdón es una potestad del juez con arreglo a las siguientes situaciones: a) tiene que ser declarada la culpabilidad del sujeto e imponerse una pena; b) la pena en su dosimetría en concreto no debe superar los tres años de prisión; c) el hecho delictivo cometido debe generar consecuencias lesivas graves para el autor del delito, sean materiales, morales o de índole patrimonial; d) estas mismas consecuencias lesivas pueden concurrir respecto de los cónyuges, compañeros de vida o convivientes, padre, madre, o hijo adoptivo y en parientes en línea de cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; la interpretación propuesta por el comentarista original es acertada ante el error

técnico legislativo y es sustentable por cuanto el precepto no sólo vincula por reenvío a estas personas, sino inclusive a otras personas relacionadas al justiciable por vínculos de afectividad estrechos; además por que esta interpretación es en derecho penal, en cuanto no son extensivas en perjuicio del reo son permitidas; e) que el daño causado a los bienes jurídicos del autor o de la persona afectada estrechamente vinculada al mismo, constituya un fundamento de motivación para la conducta externada por el acusado. Se añade que este es un elemento altamente normativo que debe ser considerado bajo esa amplitud; f) que expresamente se deje sin efecto la ejecución de la pena, que en este caso no es condicional, sino definitiva, quedando extinguida la pena; g) que el juez fundamente su decisión; h) esta causa de perdón es personalísima sólo para el acusado que se encuentra en la situación de perjudicación por el hecho cometido.

Por último indicar que la versión procesal de la pena natural se encuentra reglada en uno de los presupuestos del principio de oportunidad, aunque con una visión más restringida respecto de las personas afectadas, y en este caso la extinción corresponde al ejercicio de la persecución penal.

### **ARTICULO 83.**

#### **NOTA DE ACTUALIZACION.**

Únicamente indicar que tal revocación es competencia del juez de vigilancia penitenciaria y que si el tiempo del período de prueba ha transcurrido, sin pronunciamiento de revocación del mismo, la pena se tiene por cumplida sin que sea necesaria la declaración del juez, en ese momento, la omisión de la autoridad no perjudica al justiciable, por lo que el transcurso del tiempo sin pronunciamiento revocatorio hace que la pena materialmente este cumplida, aunque posteriormente se emita el pronunciamiento respectivo; de igual manera la extinción de la pena principal se comunica a las accesorias, que entonces se tienen por extinguida. Si la responsabilidad civil no se ha hecho efectiva, esta no se desvanece puesto que la extinción del daño civil no esta supeditada a la extinción de la pena.

### **ARTICULO 84.**

#### **NOTA DE ACTUALIZACION.**

Sustentar que la causa de suspensión extraordinaria, esta fundada en la utilización de la pena como mecanismo de última intervención penal, en el precepto de humanidad de las penas, y en un derecho penal instrumental orientado hacia las garantías que constata las consecuencias que puede producir, tratando de suprimir aquellas que sean perjudiciales. El énfasis esta puesto en la prohibición de penas crueles o inhumanas sobre todo cuando están vinculadas al supuesto de afectación de la salud del justiciable, ello por que una pena que es legítima en sus inicios, por consecuencias ulteriores puede tornarse en una pena cruel o inhumana, como cuando el justiciable se encuentra padeciendo una enfermedad que es de difícil tratamiento en el centro hospitalario o cuando el ambiente carcelario implique un impedimento para la curación de la enfermedad o sea causa de su agravamiento, en estos casos mantener una privación de libertad puede constituir un trato inhumano, por lo cual la pena puede ser suspendida.

El otro supuesto cubre aspectos esenciales de mitigamiento de transferencia de la pena que se ha impuesto al condenado respecto de su familia, de ahí que esta circunstancia de afectación que debe ser extraordinaria, debe ser considerada para suspender temporalmente la ejecución de la pena.

## **ARTICULO 85.**

### **JURISPRUDENCIA.**

**Negativa del Informe del Consejo Criminológico. Sala de lo Constitucional. HS022600. 00.** Ante tales supuestos, esta Sala determina que el retraso en el pronunciamiento por parte del Juez de Vigilancia Penitenciaria, no es atribuible a una conducta injustificada cometida por parte de éste, sino a la no presentación del dictamen mencionado –requisito indispensable para resolver sobre lo pedido – por parte del Consejo Criminológico respectivo; siendo así no es posible considerar que a la fecha, el ejercicio del derecho fundamental de la libertad locomotiva, al cual el favorecido posiblemente pueda optar –según lo determine el juez facultado– se haya visto afectado por actuación ilegal o arbitraria de la autoridad jurisdiccional, quien como se hizo ver solicitó como correspondía en diversas ocasiones la información necesaria para poder emitir una resolución al respecto. Determinado entonces que no se ha visto vulnerado la norma constitucional que exige pronta y cumplida justicia, Art. 182 Ord. 5° Cn, es procedente que en el menor tiempo posible, estimando el juez haber completado los requisitos imprescindibles, para pronunciarse sobre el beneficio anticipado de conceder la libertad condicional, dicha autoridad resuelva lo que conforme a derecho corresponda.

### **NOTA DE ACTUALIZACION.**

Debe señalarse únicamente los siguientes aspectos: a) lo acertado del comentario original al criticar el supuesto de la norma, cuando esta es interpretada literalmente. De ahí que una interpretación conforme con la constitución sustentada en los principios de igualdad, de necesidad de pena, de proporcionalidad y esencialmente de readaptación, hace concluir que para aquellas impuestas que sean de hasta tres años, y para las cuales se haya negado el reemplazo o la suspensión condicional de la ejecución de la pena, si es posible aplicarle el régimen de la libertad condicional, siempre que concurren los requisitos de: cumplimiento de las dos terceras partes de la pena; haber observado buena conducta; haberse satisfecho los daños civiles provenientes del delito cuando se hubiesen declarado.

b) La libertad condicional de la ejecución de la pena, no es una especie de “gracia” que la autoridad otorga al justiciable, esa visión de la libertad condicional ha sido completamente superada, de ahí que este subrogado penal, es una derivación limitativa de la consecuencia jurídica del delito que es la pena, que tiene su finalidad en el principio de resocialización del condenado como una manifestación extrínseca del principio de dignidad humana e intrínseca del principio de culpabilidad. Por la primera se colma el principio de redención del acusado, ello es propio del reconocimiento del ser humano como un ser con plenas capacidades motivacionales que de ser potenciadas puede desde su propia autonomía cambiar de actitud. Por el otro se reconoce que si la culpabilidad es esencialmente graduable, lo cual incide en la determinación de la pena; una vez ejecutada la pena la culpabilidad también puede ser gradualmente compensable, de ahí que si las necesidades de las penas han sido ya satisfechas con una ejecución de la pena, la necesidad de la ejecución de esta ha decrecido y mantenerla sería una medida desproporcionada. De ahí que aquí conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, prive con mayor énfasis las necesidades preventivo especiales de la pena, por cuanto si estos se encuentran satisfechos, la ejecución de la pena puede descender por debajo de la culpabilidad, por cuanto esta sólo funciona como principio de máxima limitación, lo cual no impide una ejecución por debajo de la culpabilidad declarada, cuando ya la pena ha cumplido sus fines de readaptación, nuevamente el derecho penal consecuencial en el ámbito de las garantías es necesario, puesto que sólo la constatación de los efectos que produce la norma penal, permite mantener su aplicación.

c) Debe hacerse una consideración especial respecto del requisito de merecimiento del beneficio por buena conducta previo informe de favorabilidad del Consejo Criminológico Regional. El presupuesto esencial es la buena conducta, de ahí que si esta se acredita de manera suficiente, el justiciable tiene derecho al subrogado de la libertad condicional. Tal propuesta pretende relativizar el criterio de omnímodo que se le podría estar confiriendo a los informes del Consejo Criminológico en



cuanto a la favorabilidad de su informe. Y es que el informe es el punto central de la cuestión, su favorabilidad no esta vinculada a la buena conducta del reo, esta debe intelegirse de parámetros sustancialmente objetivos y documentados, que prueben lo contrario, una conducta irregular. La favorabilidad o desfavorabilidad del Consejo Criminológico únicamente debe ceñirse a la procedencia o no de la libertad condicional como recomendable, de ahí que constituya una opinión que el Juez de Vigilancia Penitenciario deberá valorar, en conjunto con todos los recaudos que tenga respecto de la concurrencia o no de los presupuestos para conceder o negar la libertad condicional, empero como informe que es la opinión que ahí se enuncie por el Consejo no es vinculante para la autoridad jurisdiccional penitenciaria quien motivadamente se puede apartar del recomendable y conceder el subrogado, aunque el informe sea desfavorable. Y es que tal cuestión tiene su fundamento en que los informes del Consejo Criminológico, no tienen la virtud de ser pronunciamiento jurisdiccionales, de ahí que los mismos sólo sean opiniones a valorar por el juez que es quien tiene la potestad apreciativa y resolutive, vinculado al principio de independencia del poder judicial que en esta área impone ejecutar lo juzgado –Art. 172 Cn– de ahí que la decisión final de considerar si se han colmado los requisitos de la libertad condicional, es de única y exclusiva competencia de los jueces, lo cual puede declarar aunque el informe sobre la procedencia del subrogado sea desfavorable por parte del Consejo Criminológico.

d) precisamente el carácter no vinculante del informe del Consejo Criminológico, así como el hecho de que la buena conducta del recluso sea un estado que tenga que ser establecido por dicho organismo, resuelve un problema que podría presentarse, que es la mora de dicha institución en rendir los informes relativos a si estiman favorable o desfavorable el otorgamiento de la libertad condicional; si ello es así y ha transcurrido el tiempo de las dos terceras partes de la condena (lo cual es tiempo suficiente para la preparación del informe ) la determinación de la buena conducta que no es una situación que deba establecer el Consejo Criminológico, el Juez puede establecerla de manera objetiva y decidir si procede o no conceder la libertad condicional; en este caso la omisión del Consejo no puede perjudicar al justiciable, por cuanto aquí rige también el principio de favorabilidad del justiciable y de limitación al poder estatal, de ahí que en caso de duda lo favorable al condenado.

## **ARTICULO 90.**

### **JURISPRUDENCIA.**

#### **NOTA DE ACTUALIZACION.**

Sólo dos aspectos deberán ser abonados: a) la revocación es una decisión de *última ratio* de ahí que la misma no debe ser pensada como la primera opción ante el incumplimiento de alguna de las condiciones; b) el incumplimiento de las condiciones debe ser objetiva y subjetivamente imputado al reo, es decir como una forma intencional de quebrantar el régimen de prueba, ello debe ser fehacientemente establecido. Además el sólo hecho de haberse incumplido una regla de conducta no debe suponer la revocatoria de la libertad condicional, deben considerarse el tipo de condición infringida y la intensidad de la misma, de ahí que si es posible optar por otra manera de solución, ello debe ser considerado para propiciar el cumplimiento de las condiciones, ello pasaría por nuevas formulaciones de las condiciones que pudiesen ajustarse a la situación del justiciable, si ello es posible, o si esa situación esta vinculada como motivo de incumplimiento, lo anterior indica que debe haber suficiente flexibilidad para potenciar que el régimen de prueba y las condiciones establecidas puedan ser cumplidas, sin duda la revocación de la libertad condicional debe ser la última opción.

## **ARTICULO 92-A (Agregar Reforma)**

### **JURISPRUDENCIA.**

#### **NOTA DE ACTUALIZACION.**

Antes de considerar la conformidad constitucional del precepto quizá convenga afirmar una cuestión referida a su vigencia, el mismo al ser restrictivo de derechos fundamentales, únicamente podría afectar –si es conforme con la Constitución– a las personas que hayan cometido hechos posteriores al día de su vigencia; por una parte, es obvio que tal norma esta vinculada a la pena en cuanto a su aspecto ejecutivo, es decir a la forma de cumplimiento, de ahí que su conexión con el aspecto cualitativo de la pena, es notorio; por otra parte dicho precepto es más limitativo del derecho fundamental de la libertad, por cuanto impide la extensión del subrogado penal de la libertad condicional en las condiciones que ahí señala, dichas condiciones anteriormente no estaban integradas a ninguna norma penal, por ende son sobrevivientes y se configuran con el propio precepto; al ser una norma que incluye mayores restricciones al derecho de libertad la norma en el ámbito penal es desfavorable, por cuanto impone una situación restrictiva de derechos que antes no se había limitado; por ello dicho precepto no puede ser aplicado retroactivamente por que en el ámbito del derecho penal, sólo aquellas normas que representen un mayor rango de favorabilidad, pueden ser aplicadas con carácter retroactivo, en tal sentido dicha norma penal es irretroactiva para todos aquellos hechos sucedidos antes de su vigencia.

Conviene ahora examinar su conformidad con la Constitución, para ello es conveniente examinar con un poco de mayor profundidad los alcances limitativos de dicha norma. La libertad como derecho fundamental no es absoluto y puede ser legítima su restricción siempre que se haga de manera proporcional y respetando su núcleo esencial; además la libertad en cuanto a las limitaciones que soporte, puede entrar en conexión con otros principios de carácter constitucional.

En el ámbito del orden penal, la libertad en la modalidad de libertad ambulatoria, es posible limitarla de dos maneras: mediante coerciones materiales –imposición y ejecución de penas o medidas de seguridad– las cuales tienen lugar en el ámbito del derecho penal y del de ejecución de penas y medidas; las coerciones procesales –medidas cautelares– las cuales son del régimen procesal penal; en ambas áreas, las limitaciones a la libertad, no pueden representar una afectación del núcleo esencial del derecho de libertad, en virtud de ello, diversos principios coinciden a regular las afectaciones. Respecto de la coerción procesal es la presunción de inocencia el regulador de la libertad personal, de ahí que las limitaciones que se hagan a dicho derecho fundamental, nunca pueden ser en abstracto y mediante formas absolutas que impidan la valoración de las situación concretas, es por ello que la privación de libertad como detención provisional no es la regla general sino la excepción, así se preserva la garantía de presunción de inocencia y del derecho de libertad, limitando su privación a la concurrencias de circunstancias específicas, que razonablemente permitan una restricción sobre la concurrencia de motivos fácticamente acreditados, si es oportuno indicar que en este caso se esta ante una persona que es hasta ese momento inocente. Cuando ese equilibrio ponderativo se ha quebrantado mediante fórmulas absolutas de detención provisional, la Sala Constitucional se ha decantado por su declaración vulnerativa de la Constitución.

Respecto de la pena, en el ámbito de la coerción material –a mi juicio– se plantea el mismo problema, sólo que ante una persona condenada, que ya no esta tutelada por la presunción de inocencia, lo cual sin embargo no es óbice para que otros principios de rango constitucional regulen la restricciones al derecho de libertad que en este caso se encuentra limitado por la pena. El principio que aquí interesa el de resocialización inserto en el artículo 27 Cn, el cual es una derivación del principio de culpabilidad establecido en el Art. 12 Cn, ambos conectados al principio de dignidad humana. De ahí que, mediante el principio de resocialización se pretenda que la pena impuesta al condenado y su ejecución persiga unos determinados fines respecto del gobernado que ha de ver limitado sus derechos, la posibilidad de readaptación y para ello la oferta estatal, es crear todo un modelo de asistencia, inculcar hábitos de trabajo, de estudio, de respeto, que posteriormente le permitan al penado una opción readaptativa. Para ello es instrumento de *prima ratio* es la libertad

condicional, puesto que la posibilidad de readaptación se acrecienta más cuando el encartado tiene como oferta la posibilidad real de alcanzar una libertad anticipada; de ahí que gran parte de la probabilidad de readaptación descansa en instrumentos de concreción como el de la libertad condicional.

Desde el principio de culpabilidad la libertad condicional se vincula a la prohibición de exceso en la ejecución de la pena, por cuanto si la pena como mecanismos instrumental preventivo, ha cumplido ya sus fines en cuanto posibilitar una inserción del justiciable a un modelo de vida diferente asumido desde su propia autonomía mediante la oferta penitenciaria, es obvio que el continuar con la ejecución de la pena sería un acto irrazonable y desproporcional, que afectaría el principio de proporcionalidad afectando más allá de lo imprescindible al derecho de libertad, la pena en consecuencia al no ser necesaria sería excesiva; para limitar esos ámbitos de poder el instrumento que se utiliza por el principio de necesidad es la libertad condicional que permite bajo criterios objetivos y comprobables determinar si una persona condenada por un delito puede incorporarse al orden social o si por el contrario la ejecución de la pena debe mantenerse.

Estos aspectos esenciales de los principios de resocialización y de culpabilidad en la ejecución de la pena, se ven completamente alterados cuando el modelo de libertad condicional –siguiendo la fórmula de la prisión preventiva– se ve suprimido en abstracto y de manera absoluta para todos los casos, no permitiendo el principio de diferenciación, por lo cual todos los casos bajo un mismo supuesto normativo reciben un mismo tratamiento sin que se encuentren en las mismas condiciones, tales limitaciones afectan esencialmente los principios aludidos y el derecho de libertad. De ahí que, si conviniesen limitaciones estas no pueden imponerse bajo fórmulas de carácter total que mediante arquetipos normativas impongan limitaciones a todos los casos sin considerar sus particulares condiciones, por que ello es excesivo, con lo cual los principios aludidos resultan disfuncionales en su aplicación, efecto que la norma secundaria no debe provocar por cuanto altera la regulación esencial del principio, tornándolo inefectivo para los fines para los cuales fue preordenado, para el caso, respecto del principio de resocialización, se impediría en general la potenciabilidad de la readaptación de los condenados; y respecto del principio de prohibición de exceso, su no capacidad regulativa de aquellas medidas desproporcionadas. De ahí que la fórmula de prohibición de la aplicación de la libertad condicional sea excesiva y trasgreda principios de orden constitucional con lo cual resulta mediatamente afectado el principio de dignidad humana.

Las fórmulas de prohibición para el otorgamiento de la libertad condicional son las siguientes: 1) que los sujetos sean reincidentes o habituales. Respecto de este tópico ya se indicó *supra* que la consideración de la reincidencia y la habitualidad son normas de un claro derecho penal de autor que trasgrede palmariamente el Art. 12 Cn que estatuye el principio de culpabilidad, por cuanto el derecho penal únicamente se predica de los hechos que cometen las personas, pero no de las personalidades, es por ello que esta cláusula de denegación tiene reparos de orden constitucional añadidos por lo cual su aplicación es contraria a la Constitución.

2) A los sujetos que hayan conciliado antes del nuevo delito en los últimos cinco años una infracción similar. El motivo de denegación sería la conciliación de un delito parecido. Dos reparos se hacen a la fórmula, la conciliación como mecanismo de justicia reparatoria no presupone la culpabilidad del justiciable, la persona que concilia no por ello es culpable y como la culpabilidad únicamente puede ser declarada después de un juicio, la persona que ha conciliado mantiene su estatus de inocente, puesto que no ha sido vencido en juicio; en tal sentido la denegatoria de una medida que tiene por finalidad potenciar la readaptación del recluso, es irrazonable por cuanto no hay causa legítima para su limitación a menos que se concluya que toda la persona que concilia es culpable, pero ello sería nugatorio de la presunción de inocencia y por ello indicamos que al carecer de un fundamento razonable la medida de denegación es desproporcionada, y de esa manera no es posible limitar principios constitucionales y derechos fundamentales. Por demás la remisión a infracciones similares, es un reenvío a una cláusula indeterminada prohibida por el principio de legalidad que impone en materia de restricciones fórmulas precisas y descriptivas, lo cual se ha incumplido.

- 3) A los sujetos que pertenezcan a organizaciones ilícitas o con finalidad ilícita, bandas o pandillas criminales. El precepto introduce una valoración de derecho penal autoral, señalando una situación de mera asunción de vida, de ahí que la formulación sea indeterminada, por cuanto se refiere conceptos que no se estructuran en los tipos penales, salvo algunos específicos delitos. De ahí que la aplicación de esta limitación a la libertad condicional únicamente podría ser de recibo para delitos que en su estructura típica requieran este concepto de unificación delictiva, si la misma no concurre al tipo penal la limitación no tiene aplicación. Sin embargo, como lo exprese antes, la afectación desmedida al principio de resocialización de manera abstracta por la aplicación del supuesto normativo, es una razón suficiente para su inaplicación si así se estima.
- 4) A los que realicen su conducta en grupo de cuatro o más personas, lesionando o poniendo en peligro la vida, la integridad personal, la libertad ambulatoria, la libertad sexual o el patrimonio. Se nota que se ha pretendido alcanzar con el precepto a la codelincuencia, lo cual los excluiría del supuesto que precede, no por el número de personas sino por el grado de organización.

Como indique la prohibición me parece irrazonable y desproporcionada, por cuanto si se nota desvalores propios del injusto culpable, se pretenden insertar en la ejecución extendiendo valoraciones del hecho ilícito culpable a eventos posteriores que corresponden a la ejecución de la pena –como es el caso de conceder o no la libertad condicional– lo anterior supone una doble valoración de la culpabilidad del injusto lo cual esta prohibido, por cuanto, la misma situación que será valorada para colmar el desvalor de la conducta y del resultado, así como el grado de culpabilidad, se retoma nuevamente para negar una posibilidad de libertad condicional. Si la libertad condicional es un elemento sustancial del principio de resocialización, se realiza una ficción de culpabilidad perenne, lo cual me parece no permitido, si el apoyo es en nociones de peligrosismo, esa dimensión es totalmente opuesta a los fines de la pena que únicamente se legitiman en su base por la culpabilidad. Es por ello que, en todo caso, una interpretación restrictiva del precepto –si es que se estima su conformidad con la Constitución– debe exigir que la libertad condicional se deniegue por motivos *ex post* al hecho delictivo y no *ex ante* puesto que sólo así se garantizara la prohibición de doble desvaloración, en tal sentido para denegarse la libertad condicional no deben concurrir los requisitos que se exigen en el artículo 85 CP para su procedencia.

#### **NOTA DE ACTUALIZACION.**

Es conveniente indicar algunas cuestiones generales respecto de las medidas de seguridad: 1) la primera de ellas es reafirmar que las medidas de seguridad son consecuencias jurídicas del delito, de ahí que sólo se trate aquí de medidas de seguridad post-delictuales, mismas que están regidos por todas las garantías mínimas, en el sentido que las medidas de seguridad deben respetar el principio de legalidad, de ahí que sólo se puedan imponer por un hecho que constituya delito, definido de manera escrita, lo cual requiere predeterminación legislativa; la medida debe estar determinada de manera previa al hecho, con lo cual se impide su retroactividad salvo que la medida posterior sea más favorable; debe ser cierta e inequívoca, con lo cual la medida de seguridad debe establecerse de manera específica sin uso de cláusulas ambiguas; por último la medida debe impuesta mediante una interpretación estricta de la normas, se prohíbe por ende la interpretación extensiva y sólo se admite la favorable.

2) las medidas de seguridad únicamente pueden ser impuestas si la conducta ha lesionado o puesto en peligro un bien jurídico, de ahí que la imposición de las medidas de seguridad este resguarda por el principio de ofensividad, no basta entonces el mero desvalor de la acción para imponer una medida de seguridad, ni basta la mera infracción normativa, debe además mínimamente haberse puesto en peligro un bien jurídico, si ello no acontece la mera tipicidad objetiva no es suficiente para la imposición legítima de una medida de seguridad, aunque la persona adolezca de un déficit en su capacidad psíquica.

3) También la objetividad del delito en cuanto agotamiento del tipo objetivo no es fundamento suficiente para que a una persona se le impongan medidas de seguridad, sino que la conducta del inimputable debe ser atribuida en sede de tipicidad subjetivamente, de ahí que sólo si el inimputable actúa con dolo o culpa es posible sustentar la tipicidad completa de la conducta; ello por que precisamente la garantía del *Nulla poena sine culpa* estatuida en el artículo 4 –que es derivado del principio de culpabilidad del Art. 12 Cn– establece que “La pena o medida de seguridad no se impondrá si la acción u omisión no ha sido realizada con dolo o culpa”. De ahí que la conducta del inimputable sólo tiene relevancia penal si ha sido cometida dolosamente o culposamente, de lo contrario está prohibida la imposición de medidas de seguridad por cuanto su fundamento sería únicamente la producción de un resultado lesivo sólo atribuido objetivamente pero no subjetivamente.

4) La imposición de las medidas de seguridad únicamente obedece a la necesidad de su aplicación y se rige por el principio de proporcionalidad de ahí que lo injusto es el fundamento esencial de la imposición de la medida. Precisamente esa forma de intervención de *última ratio* de acuerdo a parámetros de necesidad de la medida establece que su imposición se corresponde únicamente con delitos y no con faltas, señalándose con precisión la dosimetría en concreto de su duración.

5) La imposición de medidas de seguridad debe colmar todas las garantías del proceso penal, de tal manera que las mismas garantías que se conceden a los imputables operan para los inimputables. De ahí que a los mismos los ampare la presunción de inocencia, la carga de la prueba no les corresponde, en caso de duda sobre situaciones de hecho opera la máxima *indubio pro reo* las medidas de seguridad sólo pueden ser impuestas si se ha seguido el procedimiento regular –audiencia inicial, fase de instrucción, etapa preparatoria y juicio– así como únicamente corresponde al juez de sentencia imponer medidas de seguridad por cuanto la imposición de estas sólo procede mediante el agotamiento de un juicio. Le corresponde al acusado la garantía de la prueba, de ahí que el injusto penal debe ser acreditado en cada uno de los elementos que lo conforman por quien lo acusa; y el justiciable tiene derecho a ser representado por un abogado que ejerza sus derechos y que ejercite su defensa.

6) Las medidas de seguridad aunque restringen derechos pueden ser privativas o no de la libertad. La internación es el prototipo de la medida de seguridad privativa de libertad y su utilización debe ser siempre la de un instrumento de última intervención penal, puesto que sus efectos son altamente limitadores de derechos fundamentales, de ahí que la necesidad y la excepcionalidad como formas manifiestas del principio de proporcionalidad deben preceder como fundamentos en este tipo de medidas. Por otra parte está el catálogo de medidas de seguridad no privativas de libertad que son las que en los últimos lustros han tenido una mayor difusión en la dogmática actual, por su menor impacto restrictivo en los derechos fundamentales, su fundamento se nutre en las reformulaciones del pensamiento criminológico bajo las teorías de “las actividades cotidianas” lo cual significa un alejamiento de la medida de las penas privativas de libertad, tratando de respetar el principio de normalidad, por la cual la medida debe ejecutarse en el mismo ámbito en el cual la persona se desarrollara posteriormente de manera que no se cree por los fenómenos de la privación de libertad una ruptura respecto de la inserción social de la persona. Como se ve es un cambio de paradigma en materia de medidas de seguridad por cuanto el enfoque positivista criminológico de impronta peligrosista resulta reducido a su mínima expresión por cuanto ya no interesa la observación peligrosista o enferma de un ser humano atávico, y tampoco es finalidad la modificación de estas “conductas perversas”; de ahí que el enfoque sea de dos vías prevención natural y prevención técnica, mediante el desarrollo de las propias limitaciones, con control flexible del estado.

Ahora es oportuno indicar que si la imposición de medidas de seguridad, requieren la realización de una conducta descrita como delito en su ámbito de tipo penal, cometido con dolo o con culpa, ofendiendo un bien jurídico al menos en grado de peligro y que la medida asegurativa sólo se impondrá si fuese necesaria y en grado proporcional al desvalor del injusto, es plausible sostener que la peligrosidad ya no es el fundamento esencial para la imposición de la medida de seguridad al menos de lege lata. La peligrosidad personal es una prognosis de futuros comportamiento delictuales que se pueden

cometer, en tratándose de inimputables, tal pronóstico se afirma en virtud de una disfunción mental de la cual adolece la persona, asociado a la comisión de un delito, ellos son los indicadores del juicio de peligrosidad. Ahora bien, como lo expresamos *supra* en un derecho penal democrático, tales basamentos no alcanzan para fundar la imposición de una medida de seguridad, puesto que ni enfermedad mental ni enajenación mental, deben ser equiparadas a peligrosismo, puesto que tal visión se corresponde a la ideología terapéutica de la “locura”, enfoque bajo el cual toda persona perturbada mentalmente es esencialmente peligrosa y para su bienestar y el de la sociedad debe ser recluida, tal enfoque es propio de un derecho penal de autor que avasalla el derecho penal de conducta, el cual garantiza también al inimputable. De ahí que, al requerirse que la imposición de medidas de seguridad necesiten como presupuesto una conducta dolosa o culposa, que haya ofendido bienes jurídicos, definidos como delitos y que la consecuencia jurídica de los mismos –la medida– sólo puede ser impuesta si es necesaria y en grado proporcional al hecho, resulta plausible sostener que las medidas de seguridad ya no se asientan sobre el pronóstico de peligrosidad como su fundamento esencial.

De ahí que, la medida de seguridad para su imposición requiera, de la comprobación de que el inimputable ha cometido un injusto penal, es decir que ha ejecutado un hecho típico tanto en su ámbito objetivo como en su aspecto subjetivo, que este hecho ha sido perpetrado de manera antijurídica, con lo cual no ha concurrido ninguna causa de justificación que dispense la ilicitud del acto. Sólo si la conducta es típica y antijurídica, el inimputable puede ser objeto de la imposición de una medida de seguridad, siempre que se colme el parámetro de necesidad de la medida asegurativa, por que si la misma es innecesaria desde los fines preventivos especiales, la misma no debe ser aplicada.

De acuerdo con lo anterior, la imposición de la medida de seguridad puede ser excluida, por falta de concurrencia de un elemento de la tipicidad objetiva, incluida la autoría o participación en el delito cuando no se demuestra; de igual manera en sede de tipicidad pueden concurrir como excluyente un error de tipo; o si por ejemplo el hecho era imprevisible o la conducta del inimputable no es la infractora del deber objetivo de cuidado o no determino el resultado. Resultara excluida la imposición de medidas de seguridad cuando concurre alguna causa de justificación, casos de legítima defensa del inimputable o de estado de necesidad –en este caso el aspecto subjetivo de la justificante debe ser flexibilizado por el principio de inversión, lo cual garantiza un trato igualitario con los imputables–; con el mismo fundamento anterior las causas de orden disculpante, deben excluir la imposición de las medidas de seguridad, por cuanto los únicos elementos que excluye la inimputabilidad son precisamente la imputabilidad y por su vinculación estrecha a la misma, la conciencia de la antijuridicidad, de ahí que las causas de exculpación que no están supeditadas de manera esencial a las anteriores, si pueden ser instrumentos que excluyan la imposición de medidas respecto del inimputable, que en estos casos se encontraría en la misma situación de un imputable ante la inexigibilidad de su conducta, por ejemplo, una coacción igual constreñiría a un imputable que a un inimputable, por lo cual la diferenciación no es sustancial, salvo cuestiones particulares.

La medida de seguridad dado el panorama esbozado por regla general serán aquellas restricciones de derechos necesarias, que se imponen a una persona por la comisión de un injusto penal en el cual ha actuado sin capacidad de culpabilidad penal. La justificación antiquísima de las medidas de seguridad ha sido la peligrosidad personal, sin embargo esta concepción se ha superado, por lo cual actualmente se indicaría que únicamente la atribución del injusto personal es el fundamento de la medida de seguridad el cual puede ser legitimado, por criterios de necesidad, de justicia o de utilidad, pero siempre ceñido a todo el conjunto de garantías que la Constitución concede a la persona humana. En este sentido las medidas de seguridad no comportan intervenciones administrativas, sino que son consecuencia jurídica del delito y por lo tanto verdaderas sanciones penales con lo cual se desmisticifica su apelado contenido pietista y benefactor; al contrario constituyen sanciones por cuanto: a) se imponen como consecuencia jurídica de un delito; b) significan una imposición

coactiva por parte del estado hacia el gobernado; c) la impone una autoridad del Estado en el ejercicio de sus funciones; d) significa una restricción a un derecho o libertad del persona, que es impuesta mediante una orden coercitiva.

A las medidas de seguridad se les ha reconocido una función esencialmente de prevención especial pero en su ámbito negativo, lo cual no es aceptable desde un Estado Constitucional de Derecho, de ahí que las nuevas visiones sobre la función de las medidas de seguridad se sustenten en criterio de prevención especial positivo, respetando la dignidad de la persona humana. Inclusive para quienes son reacios a desterrar la peligrosidad como fundamento de la aplicación de medidas de seguridad, deberá de señalarse que una imposición de medidas de seguridad sobre esa base, deberá tener por acreditada la peligrosidad particular y no general del sujeto; que dicha peligrosidad no debe ser exclusiva de la enajenación mental y del delito cometido, sino que a los mismos habría que añadir las circunstancias concretas que determinan un pronóstico real de la peligrosidad; sin embargo como se ha sostenido dicho fundamento en mi opinión no es sustentable.

1) La internación. Es esta la medida mas aguda de todas, por cuanto supone una privación de la libertad, que materialmente no se diferencia en mucho de la prisión, es por ello que esta medida debe ser utilizada en los términos de la prisión, como instrumento de *última ratio* en tal sentido debe ser excepcional en cuanto a su aplicación, sólo cuando sea absolutamente necesaria. Esto tiene una doble visión sólo los delitos que tienen señalada pena privativa de libertad son factibles de que se pueda imponer medida de seguridad de internamiento; la duración de la medida de seguridad en su dosimetría en concreto no debe ser excesiva lo que significa que debe ser graduada en términos similares a la pena de entre el rango de merecimiento abstracto del tipo penal, de ahí que deben atenderse a los criterios de individualización de la pena que sea aplicable a las medidas de seguridad, ello es necesario por los deberes de motivación que resguardan la seguridad jurídica. Es más, esta exigencia es un presupuesto ineludible para las medidas asegurativas y de entre ellas con mayor énfasis en la de privación de libertad por internamiento, por cuanto el principio de necesidad opera aquí tutelando ambas situaciones: a) la primera le necesidad de determinar la graduación de la medida, lo cual se homologa de manera similar –sin que sea la misma– a la determinación de la pena así lo indica el Art. 5 cuando preceptua: “ni por tiempo superior al que le hubiera correspondido al sujeto como pena por el hecho cometido”. Como la pena en nuestro sistema de dosimetría es relativamente indeterminada por cuanto fija mínimos y máximos la pena, resulta evidente que la medida esta sobre la base de la pena en concreto como marco de referencia.

b) El internamiento no es una medida que deba imponerse por regla general a una persona con una enajenación mental, que tenga a la base una patología de índole mental, es más el mismo internamiento puede ser más lesivo para el deterioro de la enfermedad mental, debe tomarse en consideración que la internación de personas que adolecen de una enfermedad mental, normalmente acontece en un período de agudización de la medida, en una descompensación severa del estado mental, de ahí que si ese no es el caso al momento del juzgamiento, el internamiento no debe imponerse por la sola razón de que se trata de una persona con enfermedad mental, lejos ha quedado ya la homologación de tratamiento de enfermedad mental con internamiento como la mejor solución para el tratamiento de la patología mental. Si además se toma en cuenta, que el internamiento es una privación de libertad, que limita ese derecho fundamental, su aplicación debe ser excepcional, limitándose a imponer cuando sea estrictamente necesaria; de ahí que por ejemplo si con el tratamiento terapéutico ambulatoria se pueden alcanzar los mismo fines o muy similares, la proporcionalidad indica que la medida de internamiento no debe ser aplicable.

c) Las medidas de seguridad de internamiento no pueden imponerse de manera indeterminada, su límite conforme al principio de proporcionalidad en sentido estricto esta en principio marcado por los límites de la consecuencia jurídica fijada al tipo penal; una vez determinado que ese marco de máxima restricción no puede ser superado por ningún motivo, corresponde determinar en concreto cual será el quantum de privación de libertad por internamiento que se impondrá, para

ello recalcamos debe procederse de manera similar como cuando se determina una pena, aplicando los criterios que fuesen pertinentes a la propia situación del inimputable y de la medida asegurativa.

d) Reafirmar los comentarios originales en el sentido de que su falta de precisión podría llevar a una interpretación extensiva, por lo cual siempre debe procederse bajo una interpretación restrictiva, en el sentido de optar por aquellas intelecciones que limiten en menor medida los derechos, libertades o garantías fundamentales de los gobernados. Se reafirma aquí el carácter de sanción de las medidas de seguridad cuando se vincula a una especial forma de privación de libertad que debe cumplirse: a) Colonias agrícolas; b) Institutos de trabajo; c) establecimientos similares. En este último punto el recurso a una interpretación analógica del centro de cumplimiento debe de partir de la estructura similar de las dos formas anteriores, de ahí que no puede aplicarse internamientos en centros que difieran esencialmente de los dos anteriores; d) La destinación de establecimientos seccionales similares en los centros penales plantea una situación delicada, que debe ser puntualizada, primero que debe mediar una completa separación respecto de las secciones de internamiento; segundo que están deben estar dispuestas en condiciones totalmente diferente a la estructura penitenciaria; tercero, que las áreas que debe asumir son las dispuestas para la medida de seguridad y no otras, es decir se refiere a seccionales de colonias agrícolas o Institutos de trabajo, en los cuales no debe reproducirse el modelo carcelario de prisión; e) los centros de internamiento similares, pueden constituir bien centros de internación psiquiátrico o centros educativos especiales, para aquellos casos gravísimos de afectaciones psico-psiquiátricas, que lo ameritasen como medida ineludible y completamente necesaria; o centros de deshabituación tóxica de drogas, para quienes presentaran asociado ese problema a la cuestión de inimputabilidad como evento determinante del delito; ello por que difícilmente en una colonia agrícola o en un Instituto de trabajo las personas que adolecen de una disfunción psico-siquiátrica, que amerite de manera absolutamente necesaria el internamiento tendrán expectativas de una mejor oferta de rehabilitación. Una situación más el régimen de internamiento que es una privación de libertad, no debe ser asumido como una forma formal y material de prisión, en el cual se estructuren celdas de cumplimiento de medidas al estilo de las prisiones, la coercitividad del internamiento radica únicamente en la privación de libertad como limitación a un espacio determinado pero no a un tratamiento carcelario ni similar a él; debe por todos los medios quebrarse la similitud entre tratamiento carcelario e internamiento como medida de seguridad, puesto que tal homologación a la prisión sin duda sólo contribuirá agudizar la patología mental.

2) Tratamiento Médico Ambulatorio. Digamos que esta medida es por excelencia la aplicable a los supuestos de inimputabilidad cuando esta sea provocada por una patología de índole psico-siquiátrico, sólo excepcionalmente y cuando fuere inevitable por las particulares circunstancias del caso en cuanto a su individualización es que podría en su defecto ordenarse un internamiento, ello es deducible del texto que dice: “sin que se requiera internación en ningún centro especial”. De ahí que la opción de *prima ratio* debe ser la aplicación del tratamiento médico ambulatorio, su característica esencial es la no sujeción a un régimen de privación de libertad, lo cual fortalece la autonomía de la persona y la aleja de los perniciosos efectos del encierro. Dos formas adopta el precepto que responden a distintos problemas, aunque pueden concurrir homogéneamente: a) tratamiento terapéutico de carácter psiquiátrico, este puede recaer con mayor énfasis respecto de padecimientos mentales; b) el tratamiento terapéutico de carácter psicológico puede abarcar aspectos relacionados al comportamiento y a la conducta de la persona. Ninguno de los dos tratamientos son excluyentes entre si, dados que ambos tienen ámbitos comunes, de tal manera que pueden coincidir. Si es necesaria la estancia en un lugar por un tiempo mínimo, ello es plausible sin que constituya un internamiento, puesto que este último dispone de un régimen de largo alcance, completamente distinto al tratamiento ambulatorio, por lo que breves estadías en un lugar determinado, siempre que sean completamente necesarias para la terapia que se dispensa, no deben ser entendidas como un internamiento.



3) La vigilancia. Supone esta medida, una actividad de control respecto de ciertas actividades que desarrolla una persona, su fundamento preventivo tiene lugar bajo la aceptación de la doctrina de “prevención de delitos por diseño ambiental” “Crime Prevention through environmental”, por la cual se pretende influir en el ambiente de la persona mediante una serie de medidas que lo separen de la ocasión del delito o que lo obstaculicen mediante la implementación de barreras de control. Se ha distinguido bajo este ámbito dos formas de implementación las que se hacen bajo un enfoque preventivo general, conocidas como medidas de seguridad de prevención negativa que se constituyen por todas aquellas limitaciones que se imponen al sujeto en cuanto al ejercicio de su autonomía para erigir una barrera de contención entre el actuar del sujeto y la situación eclosiva de índole criminógena (restricción domiciliaria en el sentido de no frecuentar o asistir a determinados lugares o controles de vigilancia; reglas de conducta en negativo). Y las llamadas medidas de prevención en sentido estricto o de prevención especial positivo, por el cual se pretende potenciar algunos aspectos deficitarios de la persona del justiciable otorgándole capacitación o programas de formación (reglas de conducta en positivo). Si es importante indicar que la medida impuesta y su límite en cuanto consecuencia jurídica del delito corresponde al juez sentenciador; la remisión que la norma penal hace al juez de vigilancia penitenciario, es para el control de la medida, lo cual no significa que el juez de ejecución tenga la potestad de fijar la medida, únicamente le corresponde graduar su aplicación y controlar su ejecución. Lo que sucede es que entre la imposición de la medida y la ejecución de la misma, hay una solución de continuidad que debe ser completada por los jueces respectivos de manera coordinada, así la especi *in genere* de la medida la fija el juez sentenciador, por que esa es su atribución en cuanto impone la medida de seguridad previo juicio como consecuencia de un delito, para el ejemplo impone la medida de seguridad de vigilancia en la modalidad de regla de conducta por un periodo determinado que debe corresponderse a la dosimetría del delito cometido, aunque ello no es óbice para que, cuando sea posible al tribunal sentenciador puede predeterminar la regla de conducta si tiene base para ello. Corresponde al juez de vigilancia determinar en contenido o *in especie* la regla de conducta que impondrá una vez realizados los estudios relativos respecto de la persona del justiciable para determinar que forma de regla de conducta le es más aplicable.

## **ARTICULO 95.**

### **JURISPRUDENCIA.**

### **NOTA DE ACTUALIZACION.**

El precepto es importante en cuanto a su intelección pues a nivel de consecuencias jurídicas incorpora el sistema de doble vía, por el cual a una persona que es imputable, es posible aplicarle conjuntamente penas y medidas de seguridad, en virtud del hecho cometido, pero con un cumplimiento que no es simultáneo, sino sucesiva. De ahí que estemos en presencia del llamado sistema vicarial por el cual es plausible imponer de manera conjunta penas y medidas de seguridad, bajo una característica que le son propias a este modelo y que se reflejan en el precepto examinado, aunque con una particularidad que se hará notar y es que acepta tanto el modelo estricto como el extensivo: (a) que sea posible la imposición de penas y medidas de seguridad privativas de libertad por un mismo hecho cometido –modelo estricto– así como de pena privativa o no privativa de libertad, con medidas de seguridad no privativas de libertad –modelo extensivo–. Del precepto ello se manifiesta cuando indica “el juez o tribunal además de la pena señalada podrá imponer al autor alguna de las medidas aquí previstas”; (b) que la medida de seguridad sea ejecutada anticipadamente; lo cual se entiende del precepto que en lo pertinente reza: “En todo caso la medida se cumplirá antes que la pena”; (c) que el tiempo de ejecución de la medida en cuanto a su cumplimiento debe ser abonado al tiempo de ejecución de la pena; ello es de recibo en el texto cuando preceptua: “y el termino de su duración se computará como cumplimiento de ésta”; (d) que la medida si ha cumplido sus efectos, se torna en innecesaria, pero el límite de duración de la ejecución de la medida jamás puede rebasar el límite de la pena en concreto; lo cual se establece así: “El juez de vigilancia correspondiente, ordenará la suspensión de la medida,

cuando estime que ya no es necesaria, pero su duración no podrá exceder el tiempo que correspondería a la pena” ; (d) que la ejecución de la medida de seguridad cuando es efectiva puede sustituir la ejecución de la pena, quedando ésta última cumplida. Lo cual se concretiza cuando se estatuye: “Una vez cumplida la medida de seguridad el Juez de Vigilancia correspondiente podrá, si con la ejecución de la pena, se pusieren en peligro los efectos conseguidos a través de la medida, suspender el cumplimiento del resto de la pena”.

Ahora bien, deben hacerse una precisiones el sistema adoptado por el legislador salvadoreño es sumamente complicado y ello lo ponen de manifiesto de manera categórica los comentaristas originales, señalando las vicisitudes que pueden originarse de la aplicación del modelo extensivo, por cuanto puede suscitar una cuestión antitética entre cumplimiento de penas y medidas de seguridad, por cuanto el sistema menos problemático es el estricto que sólo admite aplicación conjunta de penas y medidas de seguridad privativas de libertad. sin embargo por lo menos a la propuesta original pueden añadirse la siguiente respecto del modelo extensivo: (I) las penas privativas de libertad sólo pueden asociarse a medidas de seguridad no privativas de libertad que sean ejecutables de acuerdo con alguno de los efectos de la ejecución de la pena, como por ejemplo, sometimiento a reglas de conducta o a tratamiento médico ambulatorio; (II) la pena de multa es incompatible con el sistema vicarial, por cuanto aunque no se definió el tipo de pena a imponer, se señala un elemento importante de las penas privativas de libertad, que es el tiempo en cuanto duración, de ahí que la multa debe ser excluida, puesto que es heterogénea en el aspecto de periodicidad.

Una cuestión importantísima es el supuesto que configura respecto de las personas aplicables a tal régimen de aplicación de penas y medidas de seguridad, el cual ciertamente es insólito en los anales del derecho penal y debe ser sometido a una interpretación restrictiva. Los casos en los cuales se ha aplicado el sistema vicarial –Suiza, Alemania, España– es respecto de las personas con imputabilidad disminuida o semi-imputables, en los cuales concurre un supuesto de inimputabilidad pero incompleto por la configuración no total del motivo de inimputabilidad, por lo cual debe afirmarse una culpabilidad disminuida o semi-plena culpabilidad, estos motivos pueden concurrir sobre una persona que adolece de manera incompleta de un estado de inimputabilidad, de un trastorno mental transitorio o de un desarrollo psíquico retardado o incompleto, que no genere plenitud en cuanto a su capacidad de culpabilidad penal, dejándola por estas únicos motivos bastante mermada. Esa es la línea de aplicación del sistema vicarial por cuanto a una persona que es imputable pero de manera disminuida, se le impone una pena y una medida de seguridad, siendo que ésta última, es la que en atención a la disminución ostensible de la imputabilidad, debe ser aplicada, no ejecutándose la pena a menos que la medida no alcance sus fines, obviamente en este último caso para no generar una doble sanción todo el tiempo cumplido de la medida se abona a la pena; y si la medida es éxitos y se alcanzan los fines preventivos especiales, ya no es necesaria la ejecución de la pena la cual se tiene por cumplida, sólo de esa manera es posible explicar la aplicación de una medida de seguridad y mantener la aplicación normativa del artículo precedente que declara que las medidas de seguridad sólo se aplican a las personas cuya culpabilidad se haya excluido de la pena en razón a su inimputabilidad; la excepción debe ser entonces únicamente aplicar medidas a personas con imputabilidad disminuida por cuanto necesariamente deben concurrir en el de manera mitigada las condiciones de los supuestos del numero 4 del artículo 27 CP esa digamos es la forma de aplicación del sistema vicarial.

Sin embargo y de manera como se dijo “insólita” el artículo 95 hace descansar la aplicación de medidas de seguridad a las personas no que se encuentren en supuestos incompletos de causas de inimputabilidad sino de exigibilidad de otra conducta, lo cual obviamente es un supuesto completamente distinto, ello se infiere del precepto que reza: “Cuando no concorra alguno de los requisitos necesarios para excluir totalmente la responsabilidad penal en los casos del número 5 del artículo 27 de este Código...”. Precisamente el precepto precitado dice “ No es responsable penalmente... (5) Quien actúa u omite bajo la no exigibilidad de otra conducta, es decir en circunstancias tales que no sea racionalmente posible exigirle una

conducta diversa a la que realizó”. Tradicionalmente los supuestos de inexigibilidad de otra conducta son: a) el estado de necesidad disculpante; b) la coacción; c) el miedo insuperable; d) situaciones de objeción de conciencia.

En ninguno de los supuestos mencionados es posible una vinculación entre la exclusión de la responsabilidad penal por concurrencia de una causa de inimputabilidad; los motivos por los cuales se excluye de responsabilidad penal a quienes actúan bajo la excepción de inexigibilidad de otra conducta, no son de índole de capacidad de motivación sino de constreñimiento de la voluntad, de ahí que respecto de ellos la capacidad de culpabilidad penal, se mantenga a plenitud, si concurre una situación errática en cuanto a la concurrencia de los elementos objetivos o subjetivos de la causas exculpantes, estos son tratados a nivel de error prohibitivo, pero no como un defecto atribuible a la imputabilidad. De ahí que la norma sea errática por cuanto asimila al supuesto vicarial de imposición de penas y medidas de seguridad a personas que ante un supuesto incompleto de la eximente, serán tratadas bajo la penalidad del error de prohibición vencible y que no necesitan desde un aspecto preventivo especial positivo, el ser sometidos a una medida de seguridad de ninguna clase. Y deja por fuera del sistema vicarial a personas que si necesitan de la aplicación de su método de ejecución de consecuencias jurídicas del delito, que son las personas de imputabilidad disminuida, las cuales se encuentran ya severamente afectadas por cuanto el código penal por una opción de política penal de irrazonabilidad las excluyó de la aplicación de un régimen de atenuantes especiales, por lo que la práctica del sistema vicarial sería un paliativo importante por cuanto subordina antes de la ejecución de la pena de privativa de libertad, la ejecución de la medida de seguridad con efectos extintorios de la pena si se articulan los efectos preventivos especiales positivos esperados.

En virtud de lo anterior propongo una interpretación completamente restrictiva y sistemática del precepto en mención respecto de los Artículos 5, 6, 94, 27 N° 4 y 5 CP en relación al principio de igualdad que impone en unas de sus manifestaciones tratar de manera desigual a los que no están en circunstancias de igualdad y por esa vía: a) excluir de la imposición del sistema vicarial a las personas que actúan bajo una causa de exclusión de responsabilidad penal por no exigibilidad de otra conducta de manera incompleta, supuesto número 5 del Artículo 27 CP; b) aplicar el régimen del sistema vicarial a las personas que han actuado con una imputabilidad disminuida, es decir bajo un estado incompleto de enajenación mental, de grave perturbación de la conciencia o de desarrollo psíquico retardado o incompleto.

Una cuestión más aclarativa de índole sistemático, no debe llamar a confusión el hecho de que una persona inimputable pueda actuar bajo una circunstancia de no exigibilidad de otra conducta, ello de darse es admisible, pero en tal caso el inimputable resulta excluido de responsabilidad penal no a causa de su misma inimputabilidad, sino de la razón que no le es exigible jurídicamente actuar de otra manera.

## **ARTICULO 97**

### **NOTA DE ACTUALIZACION.**

La pena se entiende extinguida: a) por el cumplimiento total de la condena; b) por el cumplimiento del período de prueba en caso de la suspensión condicional de la ejecución de la pena o en caso de la libertad condicional. Resulta notorio señalar que en el cumplimiento de la pena, opera la compensación destructiva de la culpabilidad, el cumplimiento de la pena, compensa la culpabilidad, tal cuestión es realística, por cuanto la pena a pesar de sus fines, siempre será privación de derechos fundamentales, y ello genera una situación necesariamente aflictiva para el penado, la pena siempre tendrá ese sesgo de retribución que le es ontológico, como forma de limitación coactiva de derechos, precisamente por ello independientemente de los fines que se le asignen a la pena, debe estar ser considerada como *última ratio* del derecho penal y ello se concretiza en los grados de su imposición y en la especie de pena que se imponga.

## ARTICULO 99.

### JURISPRUDENCIA.

#### NOTA DE ACTUALIZACION.

Es importante aquí anotar que en virtud de la garantía de seguridad jurídica las penas impuestas resultan extintas si no ha sido posible su ejecución, pero después del transcurso de un período razonable, ello obviamente refleja los efectos preventivos del derecho penal, al cual se renuncia pero después de un período dilatado de tiempo, con lo que tal consecuencia no afecta la paz social y el respeto de las normas que tienen por finalidad esencial proteger los bienes jurídicos de las personas. El período escogido es intenso si se vincula a delitos de suma gravedad, por cuanto se computa respecto de la pena total impuesta más una cuarta parte de la misma, obviamente tal magnitud esta dirigida a las penas privativas de libertad, puesto que las otras escalas son de una menor intensidad de acuerdo al principio de proporcionalidad. Respecto de las penas privativas de libertad, quedan incluidas no sólo las de prisión, sino todas aquellas que limiten el derecho a la libertad ambulatoria, aunque tal limitación sea de menor intensidad. Por exclusión de penas que no afecten el derecho a la libertad, se entienden no privativas de libertad.

Un breve resumen informa respecto de los presupuestos de la prescripción de la pena: 1) la pena impuesta debe ser por sentencia firme; 2) Si se trata de penas privativas de libertad el tiempo de la prescripción es el tiempo de la pena impuesta, no se trata del máximo de la pena, sino de la pena concreta y a este debe sumarse para efectos de prescripción una cuarta parte de la misma; 3) en todo caso para delitos con pena privativas de libertad no graves, el tiempo de prescripción será de hasta tres años.

Es importante el criterio asumido para ciertos delitos que es el de la imprescriptibilidad, lo relevante es que no se trata de cualquier delito, como corresponde formularse desde el principio de proporcionalidad, sino de una especie de delitos que son ofensivos para todo el género humano, por cuanto irrespetan profundamente los aspectos de la dignidad humana, son delitos de *lesa humanidad* de ahí que los mismos en cuanto a su persecución penal son imprescriptibles, con lo cual de manera excepcional el régimen de la acción penal queda circunscrito en el ámbito del derecho penal de fondo.

Este carácter de imprescriptibilidad de específicos delitos calificados de *crimina jure gentium* en el derecho internacional es una decisión político-penal importante, del legisferante, pues con ello se señala que hay hechos que por su extrema gravedad, no pueden quedar enervados los efectos preventivos de la norma penal que los prohíbe, por el transcurso del tiempo y por el principio de *obliviscor* por cuanto los mismos no son susceptibles de ser olvidados, siendo que la prescripción de la pretensión punitiva del Estado no es asimilable a la amnistía o el indulto como actos de voluntad del poder, en síntesis no expresa perdón sino impunidad, por el olvido lo cual es incompatible con un régimen constitucional y democrático que debe asegurar, preservar y defender los derechos de sus habitantes; de ahí que la consideración de determinados delitos que atentan contra bienes de la humanidad de carácter universal, que pueden a su vez, ser universalmente perseguidos, esta indefectiblemente vinculados a la imprescriptibilidad de los mismos, ello ya se ha puesto de manifiesto por Tribunales Foráneos, como el Tribunal de Casación Francés en el caso contra Klaus Barbie que consideró que: "Constituyen crímenes imprescriptibles contra la humanidad en el sentido del Estatuto del Tribunal de Nüremberg... los actos inhumanos y las persecuciones que, en nombre del Estado que practica una política de hegemonía ideológica, han sido cometidos de forma sistemática, no solamente contra personas por razón de su pertenencia a una colectividad racial o religiosa, sino también contra los adversos de esa política, cualquiera que sea su forma de oposición" (López Garrido, 2000: 49)

Sobre ello mismo llama la atención de que tal imprescriptibilidad se declara para hechos cuya ejecución sea posterior a la vigencia del código; sin embargo tal cuestión debe ser considerada respecto de otros principios de mayor jerarquía que el código penal, así el de tutela judicial efectiva y el de acceso a la justicia, inclusive por normas de carácter internacional que

son ley de la República al estar ratificados por El Salvador y por los cuales, ya se declaraban que ciertos hechos delictivos eran imprescriptibles, en razón de ello esa carácter de imprescriptibilidad por una ley de la República con carácter preferente en cuanto entre en colisión con otras normas debe prevalecer.

#### **ARTICULO 101.**

##### **NOTA DE ACTUALIZACION.**

Únicamente se abonan dos supuestos: a) el caso de una persona que estando condenada se evade del cumplimiento de la pena; ello dará inicio al plazo de prescripción, empero como en contra la sentencia puede interponerse recurso de revisión o inclusive un amparo; en tales casos la suspensión que podría sufrir la condena en cuanto a su ejecución, permite que se suspenda el plazo de prescripción, el cual no se sigue corriendo hasta que el recurso o el procedimiento de amparo se encuentre resuelto.

El segundo aspecto fundamenta de manera razonable, el problemas de unificación de penas cuando estas proceden de un concurso real precedente y se por la razón que sea, se quebrantado la continencia del proceso, ya dijimos para evitar penas perpetuas, se impone aquí el concurso material de penas. La única distinción es la que presenta el precepto en comento, el cual se funda en un condena por hechos sobrevinientes a la primera condena, en tal caso, estando el justiciable cumpliendo una condena, la nueva condena por el nuevo hecho posterior a la época de los hechos concursados definidos por primera sentencia, se suspende en cuanto a su plazo para la prescripción, pero ello debido a que es un delito subsecuente y no precedente.

#### **ARTICULO 104.**

##### **JURISPRUDENCIA.**

**Límites y Presupuestos de la Amnistía. Sala de lo Constitucional. IS002497 acum. 21-98.** Se estableció que la figura de la amnistía presentaba dos dimensiones, la primera como manifestación o prerrogativa de gracia y la segunda, como competencia legislativa o forma de legislación derogatoria con efectos retroactivos y temporales. así mismo, en cuanto al primer aspecto, se dijo que la amnistía es una gracia del soberano, uan agracia colectiva que tiende a garantizar la paz social y política, pues constituye la expresión jurídica de un acto político que permite la apertura de un proceso democrático y favorece el consenso nacional, con el objetivo primordial de neutralizar una situación de crisis interna –conflicto armado no internacional – o consolidar la terminación de un conflicto armado internacional. Lo anterior indica que la amnistía se fundamenta en la soberanía misma, siendo pues, la potestad de clemencia un atributo de aquella. Sobre la segunda dimensión de la amnistía se expresó que, más que una potestad de gracia que excepciona el orden legal, y como un instrumento de corrección del derecho, constituye una derogación temporal con eficacia retroactiva de unas normas, pudiendo asemejarse a la aplicación retroactiva de las leyes penales en tanto que favorecen al reo de un delito. De todo lo anterior, finalmente se concluyó que la amnistía constituía una forma de gracia y una derogatoria con efectos retroactivos de una norma penal; además se señaló que la potestad de conceder gracias o clemencias es una manifestación de la soberanía; y en consecuencia se trataba de un acto eminentemente político, siendo que el tribunal encargado del control constitucional –esta Sala – no podía conocer de las cuestiones puramente políticas, ya que la situación excedería con demasía la orbita de la competencia que le esta delimitada por la Constitución, e invadiría el campo propio de los otros órganos del Estado. Ahora bien en torno a lo expuesto en dichas resoluciones, es necesario considerar si sus fundamentos jurídicos se adecuan, en la actualidad a las exigencias de lo que debe ser un auténtico régimen de vigilancia de la superioridad de la Constitución, con relación a las disposiciones jurídicas y actos estatales, el cual requiere de ciertos elementos esenciales tales como: una Constitución total o parcialmente rígida; un órgano de control independiente y con

facultades decisorias; la posibilidad amplia de impugnar las disposiciones jurídicas; y el sometimiento de todo el aparato normativo estatal al control de la constitucionalidad, ya que si un sector del ordenamiento jurídico en vigor o de la actividad estatal no puede ser enjuiciado constitucionalmente, no se tipifica en el país un régimen completo de control de constitucionalidad. Respecto del último de tales elementos esenciales, considerando que el objeto del proceso de inconstitucionalidad consiste en la confrontación de la normativa impugnada con el texto constitucional a fin de invalidar la disposición que se estima incompatible con la Constitución cuando la misma contenga un mandato opuesto a la disposición constitucional propuesta como parámetro de control, se advierte que la amnistía considerada como ejercicio de una competencia conferida por la Constitución al Órgano Legislativo, no es susceptible de ser tomada como una manifestación de la soberanía, por lo que si puede estar sujeta al control jurisdiccional de su constitucionalidad, para tal efecto de realizar un examen de compatibilidad de la misma con la Ley Suprema, pudiendo esta Sala emitir un pronunciamiento de fondo sobre su conformidad o disconformidad con la Constitución.

**Requisitos de la Amnistía. Sala de lo Constitucional. IS002497 acum. 21-98.** Para efectos de analizar el Art. 244 Cn es necesario previamente hacer un enfoque desde la perspectiva del Art. 131 Ord. 26° Cn (...) La mencionada disposición establece una regla general según la cual la amnistía y el indulto están permitidos en el ordenamiento jurídico salvadoreño en materia penal, como competencia de la Asamblea Legislativa. Ahora bien, se advierte que la amnistía está prevista únicamente para delitos políticos, comunes conexos con éstos, o para delitos comunes cometidos por un número de personas que no baje de veinte, quedando por lo tanto excluidos de esta gracia los delitos comunes realizados por un número de personas inferior a veinte, los cuales no pueden ser amnistiados bajo ningún supuesto. Por su parte el Art. 244 Cn establece lo siguiente (...) Tal disposición constituye una excepción a la regla general antes mencionada en el Art. 131 Ord. 26° Cn ya que prescribe en qué casos y bajo qué supuestos no es permitida la amnistía ni el indulto, como tampoco la conmutación. Desde esta última disposición, se concluye que no se admite amnistía conmutación o indulto cuando el delito reúne en su conjunto los siguientes elementos: (a) cuando se trata de una violación, una infracción o una alteración de las disposiciones constitucionales, especialmente penada por la ley; (b) cuando el hecho es cometido por funcionarios públicos sean éstos civiles o militares; y (c) cuando el delito se haya realizado durante el período presidencial en el que se pretende conceder la amnistía, la conmutación o el indulto.

**Derechos Fundamentales y Amnistía. Límites. Sala de lo Constitucional. IS002497 acum. 21-98.** Desde la perspectiva señalada se advierte que el artículo 2 Inc. 1° Cn –como una disposición esencial dentro del contexto de la Constitución, en cuanto sienta las bases que hacen efectivo el goce de los derechos fundamentales– también se perfila como una limitación a la atribución concedida a la Asamblea Legislativa en el Art. 131 Ord. 26° Cn siendo que este último debe interpretarse en comunión con dicha limitación. Lo anterior implica que la Asamblea Legislativa puede conceder amnistía por delitos políticos o comunes conexos con éstos o por delitos comunes cometidos por un número de personas que no baje de veinte, siempre que dicha amnistía no impida la protección en la conservación y defensa –por la vía del proceso penal– de los derechos fundamentales de la persona humana. Ahora bien, es necesario aquí determinar en qué casos la amnistía no impide la protección en la conservación y defensa de los derechos de la persona. La amnistía está prevista, en términos generales, para los delitos políticos, comunes conexos con políticos y para los delitos comunes cometidos por un número igual o mayor de veinte personas. En relación a los delitos políticos, se advierte que no en todos estos delitos existe vulneración de los derechos fundamentales; así, por ejemplo existen delitos políticos en los cuales el directamente afectado es el Estado y en consecuencia no vulnera derechos fundamentales. En estos casos, no podría decirse que la investigación de tales delitos persigue la reparación de un derecho fundamental y, por lo tanto, las personas procesadas por tales delitos podrían ser beneficiadas con la amnistía. Por consiguiente, se tiene que los delitos comunes conexos con políticos admitirían amnistía,

en la medida en que el delito político con el cual tienen conexión sea susceptible de ser amnistiado. En relación con los delitos comunes cometidos por un número de personas que no baje de veinte es necesario señalar que, no todos los bienes jurídicos afectados por un delito constituyen derechos fundamentales; en consecuencia, en estos casos, tampoco puede afirmarse que la investigación de tales delitos persiga la reparación de un derecho fundamental y por lo tanto también admiten amnistía.

#### **NOTA DE ACTUALIZACION.**

Deben apostillarse las siguientes situaciones: (a) Desde su carácter etimológico amnistía significa olvido, el cual se asocia delitos de carácter político o delitos comunes conexos con delitos políticos, por cuanto se indica que son medios para alcanzar formas de conciliación respecto de conflictos políticos; es por ello que las amnistías deberían restringirse estrictamente a los delitos políticos; sin embargo en nuestra legislación la atinencia a los delitos políticos resulta ampliada por la formula utilizada para definir el delito político –artículo 21 CP– lo cual debe ser interpretado con mesura por cuanto la amnistía no es un instrumento para generar impunidad. Desde la formula constitucional la amnistía puede ser ampliada a delitos comunes pero ello esta limitado por el número de los partícipes.

(b) debe indicarse que entre sus condiciones están: es materia reservada para el poder legislativo; debe de ser de carácter general, salvo en el supuesto vinculado a delitos comunes en el cual se exige un número de personas; tiene por finalidad enervar la responsabilidad penal; puede tener un carácter absoluto o restringido en cuanto si deja subsistente o no la responsabilidad civil, lo cual inclusive puede tener serios déficits conforme a la Constitución.

(c) debe indicarse que se distingue entre amnistía propia e impropia. La primera tiene razón de ser cuando lo que se extingue es la responsabilidad penal y la pena, es decir cuando la persona esta condenada. La segunda se refiere a la extinción de la pretensión penal lo que significa que las personas beneficiadas no podrán ser perseguidas penalmente. El precepto recepta ambos modelos por cuanto abarca la extinción de la acción penal y la ejecución de la pena.

(d) Como se quiera que la amnistía no puede desconocer la obligación del Estado de tutelar a las personas en sus derechos, de garantizar a los ciudadanos el acceso a la justicia y de concederles una tutela judicial efectiva mediante el sometimiento al proceso, la institución de la amnistía no puede ser formulada como instrumento de impunidad, en el sentido de impedir que las víctimas de un delito tengan acceso a ser tuteladas por la jurisdicción cuando así proceda.

(e) de ahí que –en mi opinión– la denominada amnistía propia que permite averiguar los hechos y atribuir responsabilidades a quien corresponda, es una mejor opción desde la Constitución para solventar los graves problemas que se han suscitado, por cuanto en caso de que por motivos de concordia social proceda su aplicación, no deja en la impunidad los hechos sucedidos y permite que los Tribunales de la República cumplan con su cometido de impartir justicia, valor supremo de la Constitución.

#### **ARTICULO 105.**

##### **JURISPRUDENCIA.**

**Sala de lo Constitucional. IS002497 acum. 21-98.** No se admite amnistía, conmutación o indulto cuando el delito reúna en conjunto los siguientes elementos: que sea una violación a las disposiciones constitucionales especialmente penada por la ley; que el hecho sea cometido por funcionarios públicos; que el delito haya sido realizado durante el período presidencial en el que se pretende conceder la gracia.

## **ARTICULO 107.**

### **NOTA DE ACTUALIZACION.**

Solo señalar algunas cuestiones: a) el régimen del perdón es un reconocimiento expreso a la inclusión de la víctima en la solución del conflicto que le ha afectado bienes jurídicos de carácter individual, ello es importante para erigir un derecho penal de mínima intervención; b) la inclusión del régimen del perdón de la víctima en el derecho penal de fondo es de inusitada relevancia, por cuanto esta asociado a los delitos de régimen especial, es decir los delitos perseguibles por acción privada y los delitos de previa instancia particular de la víctima; precisamente la ubicación del perdón respecto de dichos delitos en el código penal, permite utilizar la interpretación *in bonam partem* de ahí que a mi juicio todos los delitos enumerados como delitos de acción privada y todos aquellos de acción pública previa instancia particular quedan incluidos en el régimen del perdón; con lo cual la responsabilidad declarada y la pena que se haya impuesto quedan extinguidas.

c) Lo anterior no debe significar ninguna conmoción respecto de los delitos de acción pública previa instancia particular, por cuanto por una parte sin el consentimiento de la víctima, tales delitos no pueden ser instados, lo cual es un límite para la persecución penal de los delitos y el ejercicio del *ius puniendi*; pero ello no es todo inclusive si la víctima ha concedido la autorización para perseguir estos delitos sujetos a régimen especial; la misma víctima ya instada la acción, tiene el poder de revocar la instancia particular habilitada y ello trae como consecuencia la extinción de la pretensión penal y el dictado de un sobreseimiento definitivo. Si ello es así, si la víctima tiene semejantes poderes –en buena hora– para decidir ella los causas de su propio conflicto a tal punto de enervar toda la persecución penal, inclusive renunciando a la ya iniciada, entiendo que el mismo poder tiene para perdonar al justiciable, en consecuencia de lo cual se extingue la responsabilidad penal y la pena. Es esta una forma de hacer justicia ya no expropiando a la víctima y al ofensor de su propio conflicto.

d) únicamente debe atenderse a la titularidad de la víctima, respecto del bien jurídico afectado y a la capacidad para conceder el perdón.

## **ARTICULO 112.**

### **JURISPRUDENCIA.**

### **NOTA DE ACTUALIZACION.**

El precepto ha sufrido una amplia modificación por la cual se formularan algunas consideraciones: a) Se entiende por antecedentes penales: aquellos registros en los cuales mediante una sentencia condenatoria se ha declarado la culpabilidad de una persona imponiéndosele una pena. Si es oportuno indicar que el registro de antecedentes es una formulación del período positivo italiano, de índole peligrosista y defensorista, por el cual obviamente el registro de antecedentes penales era una necesidad sobre los fundamentos clasificatorios del delincuente, inclusive el antecedente penal era el fundamento de la declaración de delincuente habitual, lo cual señala ya la raíz de un derecho penal fundado sobre la base de la personalidad del delincuente.

b) el primer inciso habilita únicamente a las autoridades que pueden requerir información sobre los antecedentes penales de los justiciables, lo cual converge a Jueces y Magistrados con competencia en el área penal. La pregunta que habría que formularse se corresponde con la utilidad de los antecedentes penales, requeridos por la jurisdicción, obviamente que si la utilización es para fundar la reincidencia o habitualidad, ello –en mi opinión – no es de recibo, por cuanto reincidencia y habitualidad, están proscritas de nuestro derecho penal que se erige sobre la base del principio de culpabilidad, con lo cual no tiene cabida un derecho penal de autor, sino únicamente un derecho penal de acto, como el principio de culpabilidad esta incardinado en el artículo 12 de la Constitución lo cual así ha sido reconocido por la Sala Constitucional, me parece que los antecedentes penales no deben ser utilizados en el sentido aludido.



c) es posible que los antecedentes penales se requiera como un elemento de prueba de refutación por cualquiera de las partes, para impugnar hechos que se pretenden demostrar en el debate, de ahí que al no estar vinculada estas ofertas probatorias a modificación de la responsabilidad penal, si no a una cuestión meramente probatoria para afirmar o negar un hecho mediante un elemento de prueba, la solicitud de antecedentes penales es permisible; es decir si corresponde ordenar el envío de antecedentes penales siempre que se trate de cuestiones propiamente probatorias completamente desligadas de la reincidencia o de la habitualidad como forma de responsabilidad penal. Empero la solicitud de antecedentes penales como afecta intimidad y propia imagen, debe ser ordenada motivadamente por el juez o magistrado que la solicite, es decir debe haber una valoración sobre la pertinencia utilidad y necesidad de la solicitud de antecedentes penales.

d) Respecto de la exigencia de anotaciones sobre delitos conciliados, ese requerimiento me parece excesivo, si su finalidad es meramente estadística, se puede satisfacer por otras vías; ahora bien dichas anotaciones en ningún modo pueden ser entendidas como antecedentes, por cuanto quien concilia, no por ello es culpable, la conciliación no genera ninguna consecuencia de culpabilidad, tampoco puede ser estimada como una *ficta confesio* respecto del justiciable por la cual puede ni por atisbo presumirse su culpabilidad respecto de los hechos atribuidos. Como la culpabilidad no puede ser declarada si no ha sido mediante un enjuiciamiento con todas las garantías del proceso penal constitucionalmente configurado, el conciliar no genera ninguna afectación restrictiva para el imputado, el sigue ostentando su estado de inocencia. Lo contrario significaría fundar una presunción de culpabilidad respecto de las personas que concilia un delito, ello trasgrede los límites de la presunción de inocencia, por lo cual esta parte del precepto atenta contra el estado de inocencia del justiciable, el cual esta constitucionalmente resguardado.

#### **DERECHO DE DEFENSA – RESPONSABILIDAD CIVIL Sentencia de la Sala de lo Penal, de las ocho horas y treinta minutos del día treinta de junio del dos mil tres (175-02).**

El tribunal sentenciador, debió considerar que para emitir un pronunciamiento relacionado con la responsabilidad civil, era necesario tomar en consideración, que la representación fiscal omitió presentar e incorporar prueba para tal efecto, por lo que al momento de la sentencia no existía base probatoria que sustentara la decisión jurisdiccional de condena respecto al monto de dicha responsabilidad.

Este Tribunal considera que no se puede obviar que cuando el afectado por un fallo judicial no ha tenido la oportunidad real de defensa se viola su derecho de audiencia, pues se le priva tanto de conocer las razones de tal afectación como también de la posibilidad de desvirtuarlas.

**Responsabilidad Civil. Tribunal de Sentencia de Mejicanos. 17-02-99.** El derecho penal (sustantivo y procesal) es de naturaleza pública por que la pena tiende a la tutela de intereses colectivos, pero en cambio no es cierto que el resarcimiento de los daños ocasionados por los delitos comparta la misma naturaleza pública de la pena, pues este pertenece a la esfera del derecho privado precisamente por que atiende a la tutela de intereses individuales.

#### **NOTA DE ACTUALIZACION.**

Sólo se abordaran algunas cuestiones de carácter general: a) indicar que la comisión de un hecho punible en principio genera respecto de la persona que lo comete –imputable o inimputable– consecuencias de índole civil que consisten en restituir el *status quo ante* respecto de las cosas o derechos sobre los cuales se causó el daño o resarcirlo; de ahí que ante el delito se deriva responsabilidad civil.

b) Sin embargo que la comisión de un hecho punible pueda generar responsabilidad civil, no significa que dicha responsabilidad responda a los principios penales, lo común es el hecho generador de la responsabilidad, el cual lo

constituye el delito o la falta, como responsabilidad extra-contractual, pero no implica ello, que la responsabilidad civil no se gobierne por sus propios principios.

c) La necesidad de elucidar la responsabilidad civil en conjunto con la responsabilidad penal, tiene un sentido de extender una mayor protección a las víctimas, sin embargo debe decirse claramente la elección del legislante por el modelo adoptado para la acreditación de la misma, ha sido –en mi opinión– el peor, por cuanto se desatendió de la formulación del anteproyecto de Código Procesal Penal, la formulación de un procedimiento especial para la litigación de la responsabilidad, optándose por un modelo conjunto, que demostrado ser totalmente ineficiente para salvaguardar a la víctima, si en el ámbito del derecho penal, es posible que éste se legitime por sus consecuencias de tutela, es obvio que el modelo adoptado debe ser urgentemente sustituido.

d) En el área del derecho penal de fondo, es obvio que entre los modelos de hacer posible la responsabilidad civil por el delito cometido, que se sintetizan en: modelo de la unicidad, el modelo de la autonomía y el modelo mixto de ascendencia italo-hispánica se ha optado por este último haciendo converger responsabilidad penal y civil; así como pretensión penal y civil, respetando el margen de autonomía de los mismos.

e) Señalar que no obstante ese sincretismo median diferencias entre la pretensión penal y la pretensión civil de las cuales se detallan únicamente las siguientes: (I) la acción penal esta formulada sobre la pena, tiene un fuerte contenido preventivo respecto del delito; mientras que la pretensión civil tiene un carácter de tutela de estricto orden patrimonial, sin embargo esta relación cada vez más se ha simplificado; (II) La acción penal tiene un carácter de mayor jerarquía pública; la pretensión civil, se estructura siempre en atención a una régimen privado, cuestión que también se ha permeado, sin embargo ese carácter dispositivo esta mucho más aceptuando en la pretensión civil; (III) que la responsabilidad penal derivada del delito es absolutamente intransferible en virtud del principio de personalidad de la culpabilidad y de la pena; en cambio la responsabilidad civil derivada del delito si puede ser transmisible en ciertas circunstancias.

## **ARTICULO 117.**

### **JURISPRUDENCIA.**

### **NOTA DE ACTUALIZACION.**

Si la responsabilidad penal, hace derivar la responsabilidad civil, como regla general, el precepto entra a considerar situaciones extraordinarias, en las cuales la exención de la responsabilidad penal no excluye la responsabilidad civil, el punto ha sido suficientemente abordado, empero pueden señalarse algunas cuestiones: a) una opción crítica, evaluaría el por que no, de la inclusión de otras causas que excluyen la responsabilidad penal, por cuanto no sólo se trata de excluir las causas justificantes, puesto que el estado de necesidad justificante es por antonomasia una de las causas de justificación; por ejemplo el ejercicio de una actividad lícita aunque no depare responsabilidad penal, puede importar para quien lo ejerce responsabilidad civil si la misma es atribuible conforme a los principios de imputación del ámbito civil; por demás esta decir, que sobre la consideración de algunas excluyentes, son causas que excluyen la responsabilidad penal a nivel de antijuridicidad o de tipicidad, es una cuestión debatida en la dogmática.

b) Señalar que el código acepta el modelo por el cual la responsabilidad se deriva para ciertos supuestos ya del hecho típico, sin que concurra injusto penal; por cuanto se acepta que el estado de necesidad justificante, genere responsabilidad civil.

c) Indicar respecto del estado de necesidad, que el fundamento de no exclusión de la responsabilidad civil, se deriva de la prohibición del enriquecimiento sin causa, por cuanto la víctima afectada por la conducta justificada, no tiene por que soportar el daño que le irroga; de ahí que quien se beneficie puede ser sujeto de la imputación, lo cual tiene sus propios cuestionamientos respecto a los límites de la autonomía de la voluntad de la persona, por cuanto, puede suceder que el

beneficiario por el ejercicio del estado de necesidad, este completamente desvinculado de la situación de necesidad. Es importante que la connotación que se le da a la persona obligada por el título de imputación es la de ser civilmente responsable.

d) El precepto determina en este caso a la persona que se encuentra obligada responsable civil subsidiario respecto de la persona que ha padecido la situación de inimputabilidad, la cual únicamente presenta dudas cuando se trata de una grave perturbación de la conciencia dada las características especiales de este tipo de trastorno, por lo cual se hace difícil la imputación respecto de quien tiene la guarda o el cuidado, por lo difícil de la convergencia de ambas situaciones.

e) Sólo indicar que el precepto incluía todos los casos de no exigibilidad de otra conducta, pero con la inclusión específica de la colisión de deberes, esta ha quedado excluida del precepto, lo cual si representa problemas en el ámbito del derecho penal por la tutela del principio de legalidad y la prohibición de aplicación analógica de la ley penal.

## **ARTICULO 121.**

### **JURISPRUDENCIA.**

#### **RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO. Sentencia de la Sala de lo Penal, de las nueve horas y treinta minutos del día veintitrés de mayo del dos mil tres (333-02).**

Esta Sala cita lo resuelto por la Sala de lo Constitucional en el amparo promovido por el Abogado ( ) en su calidad de Apoderado General Judicial de la Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa denominada también CEL, en donde estableció de manera categórica la responsabilidad de la autónoma respecto, al pago de la responsabilidad civil a que se le condenó. La sentencia de la Sala de lo Constitucional, en la parte pertinente literalmente dice: “La actividad del Estado lleva consigo una inevitable y constante creación de riesgos que es preciso evitar que incidan sobre un patrimonio particular amparándose en un injustificado privilegio de exoneración. Es a cubrir los eventuales daños que se produzcan en su gestión que tiende la responsabilidad patrimonial subsidiaria del Estado. Dicha responsabilidad encuentra su fundamento en lo dispuesto por el artículo 245 de la Constitución, que a la letra reza: “Los funcionarios y empleados públicos responderán personalmente y el Estado subsidiariamente, por los daños materiales o morales que causaren a consecuencia de la violación a los derechos consagrados en esta Constitución”. A partir de tal disposición se perfila la posibilidad de respuesta por parte del Estado frente al daño producido en el patrimonio de un particular por actuaciones de sus funcionarios o empleados, claro está, en forma subsidiaria. No obstante la disposición constitucional citada se refiere a la posibilidad del Estado de responder frente ala producción de daños materiales o morales derivados de violaciones a derechos constitucionales, el contenido de la misma no debe ser interpretado en forma restrictiva, en el sentido de considerar al Estado – en su carácter de ente de centralización administrativa – como único obligado a afrontar dicha carga, ya que al confiar la realización de algunas de sus actividades administrativas a órganos a los que se les reconoce una personalidad jurídica, un patrimonio propio y un poder de decisión – entre ellos las instituciones oficiales autónomas –, éstos actúan como organizaciones administrativas del mismo Estado, el cual constituye un centro primario respecto de aquéllas en un sistema compuesto con relaciones de carácter externo. En ese sentido, debe precisarse que las instituciones oficiales autónomas – por ser las que atañen al caso en estudio – son creadas con el objeto de satisfacer algunas necesidades de orden general que el Estado está obligado a cubrir, pero que, por requerir de personal y procedimientos técnicos especializados debe separarlas de su seno y conferirles a organismos constituidos por particulares que cuentan con la preparación técnica necesaria y suficiente para garantizar su eficaz funcionamiento. Para ello el Estado les provee de patrimonios especiales, los cuales, si bien constituyen bienes propios de las instituciones autónomas, provienen todos del fondo estatal. Lo anterior implica que lo dispuesto en el artículo 245 de la Constitución no es de aplicación exclusiva al Estado, ya que habiéndose determinado que las instituciones oficiales autónomas constituyen estructuras administrativas de la organización estatal con

patrimonio propio, es viable que la responsabilidad a la que se refiere la mencionada disposición constitucional sea también exigible a tales instituciones. Dicha exigibilidad supone la necesaria concurrencia de tres elementos, a saber: (i) la producción de un daño de carácter material o moral que afecte la esfera jurídica de un gobernado - el cual requiere para su materialización que sea susceptible de ser patrimonialmente evaluable-, (ii) que la persona sobre la que recaiga el menoscabo no tenga el deber jurídico de soportarlo, y (iii) que el acto o la omisión sea imputable a un servidor público. (i) Partiendo de una estrecha interdependencia de las relaciones sociales que refuerza inevitablemente los lazos de solidaridad en el seno de la colectividad, debe señalarse que la responsabilidad civil subsidiaria de las instituciones oficiales autónomas debe ser vista desde una perspectiva objetiva. Lo anterior deja al margen cualquier planteamiento subjetivista basado en la culpa individual del funcionario o empleado que produce materialmente el daño, situando así el centro de atención en la persona de la víctima, a la que la comunidad no puede dejar desamparada en aquellos casos en que el daño sufrido derive del desarrollo de actividades y del funcionamiento de servicios públicos de los que la comunidad misma es beneficiaria. Respecto de lo anterior debe precisarse que toda negligencia, error u omisión en el desempeño de las actividades de los funcionarios y empleados públicos están necesariamente vinculadas con su cargo, lo que genera un deber de reparación para las instituciones oficiales autónomas como responsables del servicio de que se trate, mismo que habrá de ser subsidiario frente a la insolvencia del funcionario o empleado entre otros supuestos- en virtud de cuya actuación fueron ocasionados los daños, los que para que sean imputables a dichas instituciones, además de ser producidos por personas situadas bajo su autoridad o por objetos colocados bajo su guarda, deben tener un nexo causal directo con la actividad de la institución oficial autónoma imputable. Con base en lo anterior, puede afirmarse que el fundamento de la responsabilidad civil subsidiaria de las instituciones oficiales autónomas constituye un mecanismo básicamente objetivo de reparación, que sólo opera en la medida en que se haya producido un daño patrimonial o moral como consecuencia de violaciones a derechos consagrados en la Constitución, conclusiones que deberán generarse por acciones u omisiones reflejadas en las actuaciones de funcionarios o empleados públicos -expresado en un término genérico, de los servidores públicos que les sean imputables. (ii) Siguiendo el orden expuesto debe señalarse, que la constitucionalización de la responsabilidad patrimonial subsidiaria de las instituciones oficiales autónomas no se formula como un simple sistema de cobertura de los daños causados por los actos ilícitos de los servidores públicos que laboren para tales instituciones, sino también de los daños producidos por una actividad perfectamente lícita cuando la persona que, sufrido el menoscabo, no ha tenido el deber jurídico de soportarlo. Dicho en otros términos, el fundamento constitucional de la responsabilidad civil subsidiaria de las instituciones oficiales autónomas lo constituye la protección y garantía del patrimonio de la víctima cuya presentación se pretende frente a todo daño no buscado, no querido ni merecido por la persona que resulte lesionada de la actuación de las entidades en comento. Así, la responsabilidad subsidiaria de las instituciones oficiales autónomas tiende a cubrir toda lesión sufrida por los particulares como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, al margen de cuál sea el grado de voluntariedad e incluso de previsión del servidor público. Lo anterior implica que debe prescindirse en absoluto de la licitud o ilicitud del acto originado del daño resarcible, lo cual supone la inclusión dentro del ámbito de la cobertura patrimonial dispuesta por el artículo 245 de la Constitución, de los daños causados involuntariamente o, al menos, con una voluntad incidental no directamente dirigida a producirlos, Y es que basta la producción de un resultado dañoso que cause un perjuicio efectivo, evaluable económicamente e individualizado respecto de una persona o un grupo de personas para que opere la obligación de las instituciones oficiales autónomas de responder civilmente en forma subsidiaria, ya que como se señaló, no se precisa de otro requisito más que la relación de causalidad entre el acto y el daño a un patrimonio privado que es preciso reparar.

## **NOTA DE ACTUALIZACION.**

Señalar que la alusión de la persona jurídica en este caso como lo ha puesto de relieve el comentarista original, tiene su fundamento en la cláusula de actuar por otro, formula intermedia para imputar responsabilidad a las personas jurídicas. En cuanto a la responsabilidad del Estado por las actuaciones de sus funcionarios, sólo criticar la admisión de una responsabilidad subsidiaria, que se opone a una visión antropocéntrica de la efectiva tutela de los bienes jurídicos y derechos de la víctima.

## **ARTICULO 127.**

### **JURISPRUDENCIA.**

**Procedencia del Comiso. Sentencia de la Sala de lo Penal, de las ocho horas del día nueve de julio de dos mil dos (287-00).** Expuesto lo anterior es del caso concluir que claramente se observa por ser evidente y manifiesta la inadecuada consideración que del actual inciso cuarto del Art. 184 Pr.Pn., hizo el Tribunal A-quo, ya que tal disposición no habilita comiso si no un supuesto distinto cual es la posibilidad de ordenar la destrucción de los objetos secuestrados cuando se den los supuestos en el enunciados , siendo indispensable destacar que conforme al Art. 127 del Código Penal tampoco es posible ordenar dicha medida por no estar prevista para casos de absolución si no de condena y bajo ciertas circunstancias como las del Art. 444 Pr.Pn., que no son aplicables al caso de autos , por lo que sin lugar a dudas el Tribunal A-quo consideró y estimó erróneamente el Art. 184 Inc. 4º Pr.Pn. , que contempla la destrucción de los objetos secuestrados, que siendo innecesaria su conservación para el procedimiento no pueden ser restituidos en razón de ser nocivos a la salud ; consecuentemente por razones de economía procesal y Principio del Interés Jurídico es procedente acceder a lo solicitado por el impugnante y anular parcialmente la sentencia en la parte relacionada con el comiso declarado por afectar el agravio acogido por este Tribunal en parte su legalidad y como efecto ineludible del recurso , deberá ordenarse su reposición , la que deberá ser realizada por un Juez distinto al que conoció la anterior, Art. 427 Inc. 3º Pr.Pn dicha reposición se limitará a la parte relacionada con el comiso quedando firme la sentencia en sus demás aspectos resolutivos .

## **NOTA DE ACTUALIZACION.**

Bastará indicar algunas cuestiones: a) el comiso consiste en la pérdida del derecho de propiedad respecto del condenado de los instrumentos del delito o de los productos obtenidos por la comisión del injusto; b) La fundamentación del comiso es variada de *lege ferenda* se le ha considerado una pena, una medida de seguridad o de una pena accesoria, esta última postura parece encajar en nuestra legislación por cuanto se le concibe como una consecuencia accesoria y dicha consecuencia para ser legítima sólo se puede devenir del delito; c) la determinación de ciertos objetos cuyo comiso es absoluto por ser sustancialmente ilícitos o constituir fuentes de peligro notorio; d) el comiso ordinariamente sólo puede ser decretado en sentencia definitiva condenatoria, a menos que la naturaleza de los objetos los haga sujetos a comiso imperativo; e) la decisión de declarar el comiso por cuanto puede comportar en ciertos casos una afectación al derecho de propiedad debe ser motivada; f) si media duda respecto de la propiedad de los objetos en cuanto al acusado, los objetos no deben ser comisados.

## **BIBLIOGRAFÍA. (Va al final del Libro)**

- ACHENBACH Hans "Sanciones con las que se puede castigar a las empresas y a las personas que actúan en su nombre en el Derecho Penal Alemán. Traducción de Ujala Joshi jubert en "Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal". J.M. Bosch. Barcelona. España. 1995.
- ALCÁCER GUIRAO Rafael "Los Fines del Derecho Penal". Liberalismo y comunitarismo em la justificación de la pena. AD-HOC. Buenos Aires. Argentina. 2001.
- ALVARENGA VÁSQUEZ José Salomón "La Responsabilidad Civil Delictual". Revista Justicia de Paz. N° 5. Año III Volumen I. Enero-Abril-2000. CSJ-AECI. San Salvador. El Salvador. 2000.
- AMELUNG Knut "Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin. Traducción de Francisco Muñoz Conde en "El Sistema Moderno del Derecho Penal. Cuestiones Fundamentales". Tecnos. Madrid. España. 1991.
- ANTOLISEI Francesco "Manual de Derecho Penal". Traducción de Jorge Guerrero y Marino Ayerra. Temis. Bogotá. Colombia. 1998.
- ARCE VIQUEZ Jorge Luis, CHIRINO SÁNCHEZ Alfredo "Los Problemas de la Política Criminal del Peligro". Consideraciones en torno a la punibilidad de los llamados actos preparatorios como delitos independientes. en "Doctrina Penal". 1999/A. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 1999.
- ARROYO GUTIÉRREZ José Manuel "El Sistema Penal ante el dilema de sus alternativas". Colegio de Abogados de Costa Rica. San José. Costa Rica. 1995.
- BACIGALUPO Enrique "Manual de Derecho Penal". Parte General. Reimpresión. Temis. Bogotá. Colombia. 1989.
- BINDING Karl "Grundrisse des Deutsche Strafrechts Allgemeiner Teil. Reimpresión de la octava edición, Leipzig. 1913. Scientia Verlag Aalen, 1975. Asi citado por MEZGER Edmund en "Derecho Penal". Parte General. Libro de estudio. Traducción de la Septima edición alemana por Ricardo C. Nuñez. Cardenas Editor. México D.F. México. 1985.
- BRUERA Matilde "Autoría y Dominio de la Voluntad a través de los Aparatos Organizados de Poder en "Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje a Claus Roxin. Marcos Lerner Editora. Córdoba. Argentina. 2001.
- BUSTOS RAMÍREZ Juan, LARRAURI Elena "La Imputación Objetiva". Reimpresión. Temis. Santa Fe de Bogotá. Colombia. 1998.
- CADAVID QUINTERO Alfonso "Introducción a la Teoría del Delito". Especial consideración a los fundamentos del delito imprudente. DIKE. Medellin Colombia. 1998.
- CALDERÓN CEREZO Angel, CHOCLÁN MONTALVO José Antonio "Antijuridicidad y Justificación". Revista Justicia de Paz. N° 6. Año III. Volumen II. Mayo-Agosto-2000. CSJ-AECI. San Salvador. El Salvador. 2000.
- CALDERON CEREZO Angel, CHOCLÁN MONTALVO José Antonio "Principios, Hecho Punible y Responsabilidad Penal. Revista Justicia de Paz. Año I. Volumen I. Septiembre-Diciembre-1998. CSJ-AECI. San Salvador. El Salvador. 1998.
- CAMPOS CALDERÓN J. Federico "El Error de Prohibición en la Doctrina y sus matices en la legislación costarricense". Revista de Defensa Pública. N° 1. Octubre. San José. Costa Rica. 2001.
- CAMPOS CALDERON J. Federico, JARAMILLO LEZCANO Omaira, SÁNCHEZ ESCOBAR Carlos E. "Que es la Eutanasia. Consideraciones dogmáticas y jurídicas sobre el tema" en Revista Acta Académica. Tomo II. Numero 29. Noviembre-2001. Universidad Autónoma de Centro America. San José Costa Rica. 2001.
- CAMPOS CALDERON J. Federico "Los Derechos Indijenas y su situación frente al Derecho Penal. El caso del error culturalmente condicionado" en Ciencias Penales. Año 13. N° 19. Agosto-2001. Asociación de Ciencias Penales. San José Costa Rica. 2001.

CANCIO MELIÁ Manuel “Conducta de la Víctima e Imputación Objetiva en el Derecho Penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de la víctima y autor en actividades arriesgadas. J. M. Bosch. Barcelona España. 1998.

CANCIO MELIÁ Manuel “Líneas Básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva”. Ediciones jurídicas Cuyo. Mendoza. Argentina. 2001.

CARRARA Francesco “Programa del Curso de Derecho Criminal”. Parte General. Tomo II. Traducción de Octavio Béeche y Alberto Gallegos. Primera edición facsimilar. Editorial Jurídico Continental. San José. Costa Rica. 2000.

CEREZO MIR José “Curso de Derecho Penal Español”. Parte General. 3º edición. Tecnos. Madrid. España. 1990.

CEREZO MIR José “Temas Fundamentales de Derecho Penal”. Tomo I. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. Argentina. 2002.

COBO DEL ROSAL Manuel, VIVES ANTON Tomás S. “Derecho Penal”. Parte General. 4º edición. Conforme al Código Penal de 1995. Tirant lo Blanch. Valencia. España. 1996.

COUSIÑO MAC IVER Luis “Derecho Penal Chileno”. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1975.

CRESPO Eduardo Demetrio “La *Actio Libera in causa*. Una excepción a las exigencias de la culpabilidad por el hecho”. Revista Jusciticia de Paz. Numero 14. Año V. Volumen IV. Diciembre-2002. CSJ-AECI. San Salvador. El Salvador. 2002.

CURY Enrique “La Ley Penal en Blanco”. Temis. Bogotá. Colombia. 1988.

CHIRINO SÁNCHEZ Alfredo “La “Criminalidad Organizada” como un nuevo topos de la Política de Seguridad y Orden. Algunas consideraciones sobre los cambios procesales surgidos al ímpetu de esta política. Revista Justicia de Paz. N° 11. Año V. Volumen I. Enero-Abril-2002. CSJ-AECI. San Salvador. El Salvador. 2002.

CHOCLÁN MONTALVO José Antonio “Culpabilidad y Pena”. Su medición en el proceso penal salvadoreño. Justicia de Paz. CSJ-AECI. 1º edición. San Salvador. El Salvador. 1999.

CHOCLÁN MONTALVO José Antonio “El Delito Culposo”. Primera edición. Corte Suprema de Justicia. San Salvador. República de El Salvador. 2001.

DALL’ANESE Francisco “La Teoría del Bien Jurídico y su relevancia en la Teoría del Delito” en Cuadernos de Estudio del Ministerio Publico. N° 5. Poder Judicial. San José. Costa Rica. 2001.

DALL’ANESE Francisco, FERNÁNDEZ Rosario, GATGENS Erick “Omisión Impropia”. Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2001.

DE LA CUESTA AGUADO Paz Mercedes “Tipicidad e Imputación Objetiva. Editorial Jurídica Cuyo. Mendoza Argentina. 1998.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO Miguel “Los Elementos Normativos del Tipo Penal y la Teoría del Error” en AA. VV. “Cuestiones Actuales de la Teoría del Delito”. McGraw-Hill-Interamericana de España. Madrid. España. 1999.

DOVAL PAIS Antonio “Posibilidades y Límites para la Formulación de las Normas Penales. El caso de las leyes en blanco. Tirant lo Blach. Valencia. España. 1999.

DURÁN RAMÍREZ Juan Antonio “Cotrol de Fuentes de Riesgo o de Peligro en el Delito Culposo”. Revista de Defensa Pública. N° 1. Octubre. San José. Costa Rica. 2001.

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. Editorial Colex. Madrid. España. 1995.

FERRANTE Marcelo “Una introducción a la teoría de la imputación objetiva” en Estudios sobre la Teoría de la Imputación Objetiva. Primera edición. AD-HOC. Buenos Aires. Argentina. 1998.

FEIJÓO SÁNCHEZ Bernardo “Resultado Lesivo e Imprudencia”. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el fin de protección de la norma de cuidado. Bosch. Barcelona. España. 2001.

FERNANDEZ GARCÍA José Arturo “Extinción de la Responsabilidad Penal en el Código Penal de El Salvador”. Revista Justicia de Paz. Año II. Volumen II. Mayo-Agosto-1999. CSJ-AECI. San Salvador. El Salvador. 1999.

FERNANDEZ Gonzalo D. "Culpabilidad y Teoría del Delito". Volumen I. Julio Cesar Faira Editor. Montevideo Uruguay 1995.

FERRAJOLI Luigi "Derecho y Razón". Teoría del Garantismo Penal. Traducción de Prefecto Andres Ibañez. Editorial Trotta. Madrid. España. 1997.

FERRÉ OLIVÉ Juan Carlos "Consecuencias Jurídicas del Delito" en Ciencias Penales. Monografías. Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial. 1º edición. San Salvador. El Salvador. 2001.

FERRI ENRICO "Principios de Derecho Criminal". Traducción de José Antonio Rodríguez Muñoz. Editorial Reus. Madrid. España. 1933.

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 Raul Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Segunda edición. Editorial Hammurabi. Buenos Aires. Argentina.

FRISCH Wolfgang "La Imputación Objetiva". Estado de la cuestión en AA.VV. "Sobre el Estado de la Teoría del Delito". Civitas. Madrid. España. 2000.

FRISCH Wolfgang "Tipo Penal e Imputación Objetiva". Traducción de Manuel Cancio Meliá, Beatriz de la Gandara Vallejo, Manuel Jean Vallejo, Yesid Reyes Alvarado. Colex. Madrid. España. 1995.

FRIGOLS I. BRINES Eliseu "El principio de Irretroactividad y la Sucesión de Leyes Penales". Una perspectiva desde el derecho comparado. Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2002.

FUENTES DE PAZ Ana Lucila "Delitos de Omisión" en Revista Justicia de Paz N° 12. Año V. Volumen II. Mayo-Agosto-2002. CSJ-AECI. San Salvador. El Salvador. 2002.

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

GARIBALDI Gustavo E. L. PITLEVNIK Leonardo G. "Delimitación del Dolo y la Culpa en el Ilícito Penal. AD-HOC. Buenos Aires. Argentina. 2002.

GISBERT CALABUIG Juan Antonio "Medicina Legal y Toxicología. 5ª edición. Masson. Barcelona. España. 1998.

HAFFKE Bernhard "Reincidencia y Medición de Pena" en "El Sistema Moderno del Derecho Penal. Cuestiones Fundamentales". Tecnos. Madrid. España. 1991.

HARZER Regina "La Independencia y su Significación para la Teoría de la Pena". Traducción de María Teresa Castiñeira Palou y Ricardo Robles Planas en "La Insostenible Situación del Derecho Penal". Editorial Comares. Granada. España. 1999.

HASSEMER Winfried "Fundamentos de Derecho Penal". Traducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Bosch. Barcelona. España. 1984.

HASSEMER Winfried "Límites del Estado de Derecho para el combate contra la Criminalidad Organizada. Traducción de Alfredo Chirino Sánchez. Revista Justicia de Paz. N° 11. Año V. Volumen I. Enero-Abril-2002. CSJ-AECI. San Salvador. El Salvador. 2002.

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.

HERRERO HERRERO Carlos "Criminología". Parte General y Parte Especial. Madrid. España. 1997.

HIRSCH Hans Joachim "Derecho Penal". Obras completas. Tomo I. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. Argentina. 1999.

INSOLERA Gaetano "Nociones de Criminalidad Organizada: Concurso de Personas y Delitos Asociativos. en "Nada Personal". Ensayos sobre el crimen organizado y sistema de justicia. Depalma. Buenos Aires. Argentina. 2001.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS "Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina". Informe Final. (1982-1986) Cordinador. Eugenio Raúl Zaffaroni. Depalma. Buenos Aires. Argentina. 1986.



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

JAKOBS Günther "La Imputación Objetiva en el Derecho Penal". Traducción de Manuel Cancio Meliá. Civitas. Madrid España. 1996.

JAKOBS Günther "La Imputación penal de la acción y de la omisión". Traducción de Javier Sánchez Vera-Gómez-Trelles. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Colombia. 1996.

JAKOBS Günther "Teoría y Praxis de la Injerencia". Traducción de Manuel Cancio Meliá. Universidad Nacional del Litoral. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. Argentina. 2000.

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

JIMÉNEZ de ASÚA Luis "Tratado de Derecho Penal". Tomo IV. 3º edición Editorial Losada. Buenos Aires. Argentina 1976.

JOSHI JUBERT Ujala "La Doctrina de la Actio Libera in Causa" en derecho penal. Ausencia de acción o inimputabilidad provocada por el sujeto. . J.M. Bosch. Barcelona. España. 1992.

JOSHI JUBERT Ujala "*Actio Liberae in Causa*" y delitos cometidos bajo la influencia de drogas. Una nueva orientación en la jurisprudencia del Tribunal Supremo" en "La Ley". Año. XV. N° 3475. Marzo-94. Madrid. España. 1994.

JOSHI JUBERT Ujala "Sobre el Concepto de Organización en el Delito de Tráfico de Drogas en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo Español" en "Libro Homenaje a José Rafael Mendoza Troconis. Tomo I. Carlos Simón Bello Rengifo, Elsie Rosales. Comps. Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. Universidad Central de Venezuela. Caracas. Venezuela. 1998.

KARLG Walter "Protección de Bienes Jurídicos mediante Protección del Derecho". Sobre la conexión delimitadora entre bienes jurídicos, daño y pena". Traducción de Ramon Ragués I. Vallés en "La Insostenible Situación del Derecho Penal". Editorial Comares. Granada. España. 1999.

KAUFMANN Armín "Atribución Objetiva en el Delito Doloso" en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo XL. Fascículo 3. Septiembre-Diciembre.1985. Madrid. España. 1985.

KAUFMANN Armin "Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte" 1959. Así citado por Enrique Bacigalupo en "Manual de Derecho Penal". Reimpresión. Temis. Bogotá. Colombia. 1989.

KAYBER Marijon "Sobre el potencial incriminador de los principios limitadores del derecho penal". Competencias penales en la cuestión del aborto. Traducción de Ramon Ragués I. Vallés en "La Insostenible Situación del Derecho Penal". Editorial Comares. Granada. España. 1999.

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

LISZT Franz von "Tratado de Derecho Penal". Tomo III. Traducido de la 20ª edición alemana por Luis Jiménez de Asúa y Quintiliano Saldaña. Segunda edición. Reus. Madrid. España. 1929.

LÓPEZ GARRIDO Diego "La Imprescriptibilidad de los Crímenes contra la Humanidad y el Principio de Jurisdicción Universal" en AA.VV. "Crimen Internacional y Jurisdicción Universal". El caso Pinochet. Tirant lo Blanch. Valencia. España. 2000.

LÓPEZ ORTEGA Juan José "Culpabilidad y causas que la excluyen". Revista Justicia de Paz. N° 6. Año III. Volumen II. Mayo-Agosto-2000. CSJ-AECI. San Salvador. El Salvador. 2000.

LÜDERSEN Klaus "Elementos de legítima defensa en la pena y elementos de pena en la legítima defensa. ¿Círculo vicioso o fuente de nuevos enfoques en torno a la cuestión del anacronismo de la pena?. Traducción de Guillermo Benlloch Petit en "La Insostenible Situación del Derecho Penal". Editorial Comares. Granada. España. 1999.

LUZÓN PEÑA Diego-Manuel "Aspectos Esenciales de la Legítima Defensa". 2º edición, actualizada y ampliada. Editorial B de F. Buenos Aires. Argentina. 2002.

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

MARROQUIN GALO Fernando "El Tratamiento Penal de la Violencia Intrafamiliar". Apuntes para la interpretación del art. 200 C. PN" en Revistas Justicia de Paz. N° 10. Año IV. Volumen III. Septiembre-Diciembre-2001. CSJ-AECI. San Salvador, El Salvador. 2001.

MAURACH Reinhart, ZIPF Heinz "Derecho Penal". Parte General. 1. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible. Traducción de la 7ª edición Alemana por Jorge Bofill y Genzch y Enrique Aimone Gibson. Editorial Astrea. Buenos Aires. Argentina. 1994.

MAZZACUVA Nicola "Criminalidad Organizada y Empresa" en "Nada Personal". Ensayos sobre el crimen organizado y sistema de justicia. Depalma. Buenos Aires. Argentina. 2001.

MIR PUIG Santiago "Introducción a las Bases del Derecho Penal". Concepto y método. Reimpresión. Editorial Bosch. Barcelona. España. 1982.

MOCCIA Sergio "De la Tutela de Bienes a la Tutela de Funciones". Entre ilusiones postmodernas y reflujos liberales. Traducción de Ramon Ragués Vallés en "Política Criminal y Nuevo Derecho Penal". J.M. Bosch. Barcelona. España. 1997.

MONCLÚS MASÓ Marta "Las Garantía jurisdiccional en la fase ejecutiva del proceso penal. Una perspectiva histórico-comparada" en "Las Garantías Penales y Procesales. Enfoque histórico-comparado. Edmundo S. Hendler comp. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 2001.

MUÑOZ CAMPOS Mercedes, DURAN RAMÍREZ Juan Antonio "Delitos Informaticos". Tendencias actuales de la política criminal. Aportes para la crítica de la situación actual de los delitos no convencionales en Revista Justicia de Paz. N° 14. Año V. Volumen IV. Diciembre-2002. CSJ-AECI. San Salvador. El Salvador. 2002.

MUÑOS CONDE Francisco "El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito". Bosch. Barcelona. España. 1972.

MUÑOZ CONDE Francisco "El error en Derecho Penal". Tirant lo Blach. Valencia. España. 1989.

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

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.

PIERANGELI José Henrique "EL Consentimiento del Ofendido". Una teoría del delito. Traducción de Luis Fernando Niño y Stella Maris Martínez. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 1995.

PITLEVNIK Leonardo "Acerca de la Reincidencia y otras Marcas Indelebles" en "Nueva Doctrina Penal". 2000-A. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 2000.

PRITTWITZ Cornelius "El Derecho Penal Alemán. ¿Fragmentario? ¿Subsidiario? ¿Ultima Ratio?. Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del derecho penal. Traducción de María Teresa Castiñeira Palou en "La Insostenible Situación del Derecho Penal". Editorial Comares. Granada. España. 1999.

PUPPE Ingeborg "Imputación Objetiva en casos de varios partícipes" en Imputación Objetiva y antijuridicidad. Quinceño Alvarez Fernando (editor). Editorial Jurídica Bolivariana. Bogotá. Colombia. 2002.

QUINTERO OLIVARES Gonzalo "La Justicia Penal en España". Aranzandi. Pamplona. España. 1998.

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

RAGUÉS I. VALLÉS Ramon "El Dolo y su Prueba en el Proceso Penal". J.M. Bosch. Barcelona. España. 1999.

RIGHI Esteban "La Imputación Subjetiva". AD-HOC. Buenos Aires. Argentina. 2002.

ROXIN Claus "Derecho Penal". Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2º edición alemana por Diego Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Civitas. Madrid. España. 1997.

ROXIN Claus "Finalidad e Imputación Objetiva" en Cuadernos de Política Criminal N° 40. Madrid. España. 1990.

ROXIN Claus "Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal. Traducción de la sexta edición alemana, por Joaquin Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Marcial Pons. Madrid España. 1998.

ROXIN Claus "Injerencia e Imputación Objetiva". Traducción de Gabriel Pérez Barberá en "Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje a Claus Roxin. Marcos Lerner Editora. Córdoba. 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 Blach. Valencia. España. 2000.

ROXIN Claus "Problemas de Autoría y Participación en la Criminalidad Organizada. Traducción de Enrique Anarte Borralla en Revista Penal. Número 2. Julio-1998. Praxis. Barcelona. España. 1998.

ROXIN Claus "Transformaciones de la Teoría de los Fines de la Pena". Traducción de Gabriel Pérez Barberá en "Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje a Claus Roxin. Marcos Lerner Editora. Córdoba. Argentina. 2001.

RUDOLPHI Hans-Joachim "El Fin del Derecho Penal del Estado y las Formas de Imputación Jurídico-penal" en "El Sistema Moderno del Derecho Penal. Cuestiones Fundamentales". Tecnos. Madrid. España. 1991.

RUSCONI Maximiliano "Ilícito Negligente contra la vida y tránsito vehicular" en "Cuestiones Particulares de la Imprudencia en el Derecho Penal". Julio B. J. Maier. Comp. AD-HOC. Buenos Aires. Argentina. 1999.

SAN JOSÉ ARANGO Frieda "Tipos de Ejecución Imperfecta". Revista Justicia de Paz. N° 8. Año IV. Volumen I. Enero-Abril-2001. CSJ-AECI. San Salvador. El Salvador. 2001.

SANCHEZ ESCOBAR Carlos Ernesto "El Principio de Culpabilidad Penal" en Revista Justicia de Paz. N° 10. Año IV- Volumen III. Septiembre-Diciembre. 2001. CSJ-AECI. San Salvador. El Salvador. 2001.

SANCHEZ ESCOBAR Carlos Ernesto "Psiquiatría Forense y Sistema Penal". Algunas cuestiones penales y procesales relevantes. Revista Justicia de Paz. N° 14. Año V. Volumen IV Diciembre 2002. CSJ. AECI. 2002.

SANCINETTI Marcelo A. "Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva" en "Estudios sobre la Teoría de la Imputación Objetiva". Primera edición. AD-HOC. Buenos Aires. Argentina. 1998.

SARRULLE Oscar Emilio "Dogmática de la Culpabilidad". Editorial Universidad. Buenos Aires. Argentina. 2001.

SCHÜNEMANN Berd "La Función de la Delimitación de Injusto y Culpabilidad". Traducción de Carlos J. Suárez González en "Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal". J.M. Bosch. Barcelona. España. 1995.

SCHÜNEMANN Bernd "Consideraciones sobre la Imputación Objetiva. Traducción de Mariana Sacher de Köster en "Teorías Actuales en el Derecho Penal". Primera Edición. AD-HOC. Buenos Aires. Argentina. 1998.

SCHÜNEMANN Bernd "Sobre el Estado Actual de la Dogmática de los Delitos de Omisión en Alemania". Traducción de Silvina Bacigalupo en "Omisión e Imputación Objetiva en Derecho Penal". Jornada Hispano-Alemana de Derecho Penal en Homenaje a Claus Roxin. Universidad Complutense de Madrid. España. 1994.

SCHURMANN PACHECO Rodolfo "Nullum Crimen Sine Culpa". Dogma y realidad en Doctrina Penal. Año 8. N° 29-32. 1985. De Palma. Buenos Aires. Argentina. 1985.

SEOANE SPIEGELBERG "La Capacidad de Culpabilidad. La imputabilidad". Revista Justicia de Paz. N° 6. Año III. Volumen II. Mayo-Agosto-2000. CSJ-AECI. San Salvador. El Salvador. 2000.

SILVA SÁNCHEZ Jesús-María "Consideraciones sobre la Teoría del Delito". AD-HOC. Buenos Aires. Argentina. 1998.

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

STRATENWERTH Günter "Acción y Resultado en Derecho Penal". Traducción de Marcelo A. Sancinetti y Patricia Ziffer. Hammurabi. Buenos Aires. Argentina. 1991.

STRATENWERTH Günther "Derecho Penal". Parte General. I. El Hecho Punible. Traducción de la segunda edición alemana (1976) por Gladys Romero. EDESA. Madrid. España. 1982.

STRUENSEE Eberhard "Acerca de la Legitimación de la Imputación Objetiva como categoría complementaria del tipo objetivo" en "El Derecho Penal Hoy". Homénaje al Profesor David Baigún. Maier Julio/Binder Alberto comps. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 1995.

STRUENSEE Eberhard "Dolo, Tentativa y Delito Putativo. Traducción de Marcelo A. Sancinetti. Hammurabi. Buenos Aires. Argentina. 1992.

TERRADILLOS BASOCO Juan "Teoría Jurídica del Delito" en Ciencias Penales. Monografías. Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial. 1º edición. San Salvador. El Salvador. 2001.

TERRADILLOS BASOCO Juan M. "Empresa y Derecho Penal". Primera edición. AD-HOC. Buenos Aires. Argentina. 2001.

TINETTI José Albino "Los Fundamentos del Valor Normativo de la Constitución". Revista de Ciencias Jurídicas. Año I. N° 2. Enero-1992. Proyecto de Reforma Judicial. San Salvador. El Salvador 1992.

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

VAQUERANO GUTIÉRREZ Nelson Armando "El principio de legalidad y los delitos de omisión impropia" en Revista Centroamericana Justicia Penal y Sociedad. Año 11. N° 16-17. Junio-Diciembre-2002. Ciudad de Guatemala. Guatemala. 2002.

VÁSQUEZ ROSSI Jorge A. "Política, delito y delitos políticos" en "El Derecho Penal Hoy". Homénaje al Profesor David Baigún. Maier Julio/Binder Alberto comps. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 1995.

VELASQUEZ V. Fernando "Derecho Penal". Parte General. 3º edición. Temis. Santa Fe de Bogotá. Colombia. 1997.

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

VIRGOLINI Julio E.S. "Crimen Organizado, Criminología, Derecho y Política" en "Nada Personal". Ensayos sobre el crimen organizado y sistema de justicia. Depalma. Buenos Aires. Argentina. 2001.

WELZEL Hans "Derecho Penal Alemán". Parte General. Traducción de la 11ª edición alemana. 4ª edición castellana por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. Chile. 1993

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 Europeo del Derecho Penal". J.M. Bosch. Barcelona. España. 1995.

WOLTER Jürgen "Imputación Objetiva y Personal a título de injusto. A la vez, una contribución al estudio de la *aberratio ictus* en "El Sistema Moderno del Derecho Penal. Cuestiones Fundamentales". Tecnos. Madrid. España. 1991.

WOLTER Jürgen "La Imputación Objetiva y el Sistema Moderno del Derecho Penal". Traducción de Silvina Bacigalupo en "Omisión e Imputación Objetiva en Derecho Penal". Jornada Hispano-Alemana de Derecho Penal en Homenaje a Claus Roxin. Universidad Complutense de Madrid. España. 1994.

ZAFFARONI Eugenio Raúl "En torno al Concepto de Crimen Organizado" en "Nada Personal". Ensayos sobre el crimen organizado y sistema de justicia. Depalma. Buenos Aires. Argentina. 2001.

ZAFFARONI Eugenio Raul "Reincidencia". Un concepto de Derecho Penal Autoritario en AA. VV. "Derechos Fundamentales y Justicia Penal". Editorial Juriscentro. San José. Costa Rica. 1992.

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

ZIELINSKI Diethart "Disvalor de Acción y Disvalor de Resultado en el Concepto del Ilícito. Análisis de la estructura de la Fundamentación y exclusión del ilícito. Traducción de Marcelo A. Sancinetti. Hammurabi. Buenos Aires. Argentina. 1990.

ZIFFER Patricia S. "Lineamientos de la Determinación de la Pena". Segunda Edición. AD-HOC. Buenos Aires. Argentina. 1999.

ZUÑIGA MORALES Sandra Eugenia "Cuando las Normas Penales en Blanco vulneran el Principio de Legalidad". Revista de Defensa Pública. N° 1. Octubre. San José. Costa Rica. 2001.