

Autor

Sánchez Escobar, Carlos Ernesto

Título

LA POLITICA CRIMINAL Y EL PRINCIPIO NULLA POENA SINE CULPA.

Categoría

Constitucional

Contenido

LA POLITICA CRIMINAL Y EL PRINCIPIO NULLA POENA SINE CULPA.

Una aproximación limitativa a las nuevas reformas al sistema de política penal desde el principio de culpabilidad penal. Carlos Ernesto Sánchez Escobar. Especialista en Ciencias Penales de la Universidad Nacional de Costa Rica y Juez del Tribunal Tercero de Sentencia de El Salvador. El Presente trabajo es una publicación parcial de otro estudio que tiene un mayor compendio, cuyo título es "Política Criminal y Principialismo"; pero he considerado conveniente su publicación parcial como contribución al Centro de Documentación de la Corte Suprema de Justicia en su esfuerzo de la divulgación del pensamiento jurídico, y únicamente he realizado a la temática unas adendas que he considerado oportunas, las cuales son inéditas a la presente elaboración.

A Marty por las albricias del vivir.

SUMARIO: Introducción. 1.- Derecho Penal y Política Criminal. 1.a. Misión del derecho penal. 1.b. Ambito de la política Criminal. 2. Génesis de la Política criminal. 3. Concepto de política criminal. 4. Función de la política criminal. 5. Modelos de Política criminal. 5.a. La dirección de ley y orden. 5.b. Política criminal garantista. 6. Consecuencialismo y Principialismo. 6.a.Orientación a las consecuencias. 6.b. Principialismo Penal. 7. Política Criminal y Principios Fundamentales del Derecho Penal. 7.a. Noción y Función de los Principios. 7.b. Limites de la Política Criminal.. 8. Principio de culpabilidad. 8.a. Fundamentos. 8.b. Rango constitucional. 8.c. Alcances del principio. 8.d. Principio de personalidad. 8.d.1. El problema de la pena de prisión. 8.d.2. El caso de la prisión preventiva. 8.d.3. La transferencia de las consecuencias de la pena en la ejecución. 8.d.4. El tratamiento de las personas jurídicas. 8.d.5. La tipicidad cumulativa. 8.e. Principio de responsabilidad por el hecho. 8.e.1. Culpabilidad por el acto. 8.e.2. Culpabilidad de autor. 8.e.2.1. concepción sintomática del delito. 8.e.2.2. concepción caracterológica de la culpabilidad. 8.e.2.3. culpabilidad por la conducción de vida. 8.e.2.4. culpabilidad por la decisión sobre la vida. 8.e.2.5. tipo criminológico de autor. 8.e.2.6. tipo normativo de autor. 8.e.2.7.Culpabilidad de autor en la dosimetria de la pena. 8.f. El Peligrosismo. 8.f.1. La reincidencia. 8.f.2 modelos justificativos de la reincidencia. 8.f.3. reincidencia y ne bis in idem. 8.f.4. La habitualidad. 8.g. Principio de dolo o

culpa. 8.g.1. Fundamento. 8.g.2. El objetivismo penal. 8.g.3. La adopción de la doctrina del *versanti*. 8.g.4. La responsabilidad por el resultado. 8.g.5. La cuestión del error. 8.g.5.1. el caso del error de tipo. 8.g.5.2. el error de prohibición..8.h. Principio de proporcionalidad. 8.h.1. Fundamento. 8.h.2. Proporcionalidad de la pena en abstracto. 8.h.3. Proporcionalidad de la pena en concreto. 8.h.4. La agudización de la pena de prisión. 8.h.5. Proporcionalidad de las medidas de seguridad. 8.h.6. La transgresión actual al principio de proporcionalidad. 9. Conclusiones. 10.Bibliografía.

INTRODUCCIÓN: La presente elaboración nos convoca a hacer una reflexión sobre la Política Criminal, pero desde la perspectiva de los límites que a la misma le impone la Constitución y específicamente aludiendo al principio *Nullum crimen nulla poena sine culpa*. De ahí que la primera parte de esta reflexión, este orientada a examinar las relaciones de la política criminal y con mayor especificidad de la denominada política penal con el sistema penal. Para ello ha sido menester al menos hacer una breve referencia a la génesis de la política criminal, su conceptualización, los modelos que asumen y las nuevas orientaciones que se discuten en el actual estado de cosas, específicamente referidas al consecuencialismo penal. La segunda parte esta ceñida a examinar el principio de culpabilidad, pero desde la óptica de algunas de las reformas que se han realizado esencialmente a la normativa penal y que transgreden principios constitucionales, de los cuales sólo abordamos lo atinente al principio de culpabilidad en sus diferentes manifestaciones. De ese análisis resulta que el proceso actual de reforma en el ámbito penal, ha convocado al peligrosismo y al objetivismo penal como doctrinas justificativas para una respuesta penal más contundente respecto del fenómeno delictivo. Sin embargo esta opción, esta claro que afrente el sistema de principios y garantías que la Constitución erige para tutelar los derechos fundamentales. De ahí que la actual tendencia de reforma de la normativa penal, la examinemos desde la dimensión de la garantía de culpabilidad, como un verdadero límite de carácter interno –desde la juridicidad de la Constitución– para frenar los excesos del poder en cuanto ambiciona erigir un derecho penal de autor y peligrosista, que incluso pretende renovar la ya superada visión de los delitos que agravaban las consecuencias jurídicas por la cualificación del resultado. Para arribar a tal conclusión, fue menester abocarse a la doctrina constitucional –salvadoreña y costarricense– que los máximos tribunal de la materia ha ido consolidando en el ámbito de los principios, en un esfuerzo importante por hacer vigente el Estado Constitucional de Derecho al cual todos aspiramos. Y desde esa perspectiva critica, es que se tamizan las actuales tendencia de reforma de la normativa penal, que convocando a un derecho penal “moderno” y “eficiente”, pretende consolidar esa visión mediante el reduccionismo del núcleo de garantías constitucionales. Desde ese enfoque es que a los impulsos reformistas de un derecho penal maximizado, peligrosista, agudamente preventivo, propio del autoritarismo penal de oprobiosa memoria, oponemos la visión del principialismo, como sistema que reconociendo la necesidad de la formulación de una correcta e integrada política criminal y de una ponderada política penal, lo haga respetando el marco de la Constitución. Este es el panorama que abreviamos en el presente estudio el cual se centra en la real vigencia de los principios constitucionales –en este caso del principio de culpabilidad– el cual debe ser reconocido y

aplicado en un verdadero Estado constitucional de derecho. Y dedico esta contribución a un paladín de la justicia penal, mi mentor el distinguido Profesor Francisco Dall'Anese.

1. DERECHO PENAL Y POLITICA CRIMINAL.

La relación entre derecho penal y política criminal en estos tiempos nos parece innegable, es decir se ha vuelto una coexistencia necesaria respecto del fenómeno delictivo Reconociendo actualmente la vinculación entre dogmática y sistemática penal con la política criminal, en las construcciones de la teoría del delito y en la legislación de carácter penal, aunque delimitando sus propios contenidos puede verse: ROXIN Claus "Derecho Penal" Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Traducción de la 2ª edición alemana por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Civitas. Madrid. España. 1997 pp.223 a 227; ROXIN Claus "Política Criminal y Sistema de del Derecho Penal" 2ª edición, traducción de Francisco Muñoz Conde. Editorial Hammurabi. Buenos Aires. Argentina. 2000, p. 49; HASSEMER Winfried, MUÑOZ CONDE Francisco "Introducción a la Criminología y al Derecho Penal" Tirant lo Blanch. Valencia. España. 1989, p. 65; LUZÓN PEÑA Diego-Manuel "Curso de Derecho Penal". Parte General I. Hispamer. Colombia. 1996, p. 101; SILVA SÁNCHEZ Jesús María "Política Criminal en la Dogmática: Algunas cuestiones sobre su contenido y límites" en Política Criminal y Nuevo Derecho Penal (Libro Homenaje a Claus Roxin) José M. Bosch Editor. Barcelona. España. 1997. p. 18; MUÑOZ CONDE Francisco, GARCIA ARAN Mercedes "Derecho Penal" Parte General, 2ª edición, revisada y puesta al día conforme al Código penal de 1995. Tiran lo Blanch. Valencia. España. 1996, pp. 206 a 207; QUINTERO OLIVARES Gonzalo "Derecho Penal". Parte General, Segunda edición corregida, aumentada y puesta al día. Marcial Pons editor. Barcelona. España. 1989, p. 241. , con ello queremos significar que el derecho penal contemporáneo no puede pretender escapar a la realidad social de que el delito, no se reduce a fenómenos jurídicos y que la solución de dichos conflictos sociales es mejor entendida, si al análisis de sistema de la teoría del delito, se incorporan los datos empíricos que la política criminal y la criminología permiten conocer Por ejemplo en tal sentido LARRAURI PIOJAN Elena "Consideraciones sobre Política Criminal". Comisión Coordinadora del Sector Justicia. Unidad Técnica Ejecutiva. San Salvador. El Salvador. 2001, p. 6. , para elaborar un derecho penal capaz de cumplir su misión y función, en cuanto ser ultima ratio de tutela de bienes jurídicos, reforzador de la conveniencia del imperio del orden normativo en la conciencia ciudadana e instrumento reductor de la violencia.

La anterior visión de un derecho penal orientado a finalidades, y vinculado en su estructura dogmática a presupuestos político criminales, no riñe con la fiel observancia a las garantías clásicas que han informado al derecho penal Reconociendo que la política criminal, no debe entenderse como una reducción de los principios

garantistas del derecho penal, y que encuentra su correcta limitación en estos, para desempeñar una función legítima en el Estado Constitucional puede verse: JESCHECK Hans-Heinrich "Tratado de Derecho Penal". Parte General. Volumen Primero, Traducción de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, de la tercera edición de Lehrbuch des Strafrechts All. Teil, Editorial Bosch. Barcelona. España. 1981; ROXIN Claus "Derecho Penal". Parte General, Tomo I, Fundamentos.. op. cit. .p. 224; LUZÓN PEÑA Diego-Manuel "Curso de Derecho Penal" Parte General I... op. cit. p. 99; SILVA SÁNCHEZ Jesús-María "Política Criminal y Persona" Editorial AD-HOC. Buenos Aires. Argentina. 2000 p. 24 a 25. , en virtud de que, esta exigencia originada de los postulados de la ilustración, tiene actualmente raigambre constitucional, así pues, entendemos que un enfoque político criminal sobre la misión y función del derecho penal, debe respetar el núcleo esencial de los principios constitucionales sobre los que se ha erigido la potestad punitiva del Estado.

Desde nuestra óptica –que no es nueva ni inédita– entendemos que la confluencia entre sistemática penal y política criminal, es necesaria y útil, siempre que se tenga en cuenta que esta última disciplina, no puede hacer reducible el derecho penal a su antojo y que encuentra su real límite en el sistema de garantías que éste reivindica en atención a la centralidad de la persona humana En este sentido se ha dicho: " Así pues, sin olvidar la evidente "relatividad" o condicionalidad socio-cultural" del Derecho Penal, se trata de enmarcar la política criminal en el contexto del concepto de persona, su dignidad y sus derechos fundamentales.." SILVA SÁNCHEZ Jesús-María "Política Criminal y Persona"... op. cit. p. 28..

1.a.Misión del derecho penal.

El diseño de una correcta actividad estatal, que tienda a enfrentar los conflictos sociales catalogados como "delitos", debe iniciar por la reflexión de cual es la misión del derecho penal como uno de sus instrumentos de poder para enfrentar al delito, tal cavilación debe ser antecedida por vislumbrar el origen del derecho penal democrático, éste además de ser elemento de represión, se constituye como instrumento de garantías, a partir de la doctrina de la ilustración sobre la base filosófica del contractualismo, erigiendo una triada garantista en el sentido de: 1) Reducir la expansión del derecho penal, mediante la exigencia de la lesión de bienes jurídicos, así sólo podría constituir delito, lo que lesionara las libertades ciudadanas aseguradas en el contrato social; 2) Las renunciaciones de los ciudadanos a ciertos espacios de libertad, delimitadas como prohibiciones, es decir como abstenciones de conducta, con la finalidad de evitar la lesión de derechos de terceros, debían quedar exactamente predeterminadas, ello significa desde ya, el advenimiento del mandato de certeza; 3) El poder del Estado para limitar los ámbitos de libertad no es un poder autónomo, discrecional o arbitrario, ello por que el Estado no era un fin en sí mismo –ni actualmente lo puede ser– sino que es una creación al servicio del hombre, de ahí que el poder conferido al denominado "Leviathan" es susceptible de limitaciones que surgen de la propia dignidad humana. En síntesis la visión de origen del derecho penal en la época del pensamiento ilustrado fue la de un poder limitado y racional Sobre la visión que apenas se ha esbozado puede confrontarse HASSEMER Winfried "Viejo y Nuevo Derecho Penal" en Persona, Mundo y Responsabilidad. Bases para una teoría de la

imputación en derecho penal. Traducción de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita. Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá. Colombia. 1999, pp. 18 a 19. El original del artículo corresponde a la publicación "Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts" que apareció en Zeitschrift für Rechtspolitik, 1992, pp. 378 ss. Y según se informa, fue traducido por Francisco Muñoz Conde con el título "Crisis y Características del Moderno Derecho Penal" en Actualidad Penal. 1993. La cita del título en alemán corresponde a esta última publicación.

El preámbulo que precede orienta la posición que asumimos, cual es, que la misión del derecho penal, es la de tutela exclusiva de bienes jurídicos, ésta visión del derecho penal aunque no es única. Por ejemplo se ha entendido por un sector de la doctrina que la misión del derecho penal debe ser la protección de los valores de la actitud interna y mediatizadamente la de bienes jurídicos en tal sentido se dijo: "La misión del Derecho Penal consiste en la protección de los valores elementales de conciencia, de carácter ético-social, y sólo por inclusión la protección de los bienes jurídicos particulares" WELZEL Hans "Derecho Penal Alemán" Parte General, 11ª edición alemana, 4ª edición castellana, traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile. Santiago. Chile. 1993, p. 5. Para otro sector de la doctrina la misión del derecho penal descansa sobre la base de la prevención general en su ámbito positivo pero radicalizando la validez de la norma jurídico penal. Así se indica "en el modelo descrito de la función de la punición estatal se trata de prevención general mediante el ejercicio en el reconocimiento normativo de la norma". JAKOBS Günther "Derecho Penal". Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación. 2ª edición corregida, traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Editorial Marcial Pons. Madrid. España. 1997, p. 18. En el mismo sentido el profesor de Bonn reafirma que: "El derecho penal garantiza la vigencia de la norma, no la protección de bienes jurídicos" JAKOBS Günter "¿Que Protege el Derecho Penal: Bienes Jurídicos o la Vigencia de la Norma?". Ediciones Jurídicas Cuyo. Mendoza. Argentina. 2001, p. 19. , tiene un sólido respaldo dogmático. Sobre la misión del derecho penal privilegiando la protección de bienes jurídicos Hassemer indica que: "No todos los autores tratan los mismos temas bajo la rúbrica "misión del derecho penal"; así por ej., hay quienes tratan la protección de bienes jurídicos como una parte de la teoría del delito. La cuestión no tiene sin embargo gran importancia ya que, de un modo u otro, en tanto se entienda que la misión del derecho penal es la protección de bienes jurídicos, ello también repercute en el concepto de delito y puede ser igualmente discutido en él". HASSEMER Winfried, MUÑOZ CONDE Francisco "Introducción a la Criminología y al Derecho Penal"... op. cit. p. 100; en este sentido aunque con diferentes matizaciones además: HORMAZABAL MALARÉE Hernán "Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho". El objeto protegido por la norma penal. PPU. Primera Edición. Barcelona. España. 1991, p. I; JESCHECK Hans-Heirich "Tratado de Derecho penal" 4ª edición completamente corregida y ampliada. Traducción de José Luis Manzanares Samaniego. Editorial Comares. Granada. España. 1993, p. 6; STRATENWERTH Günter "Derecho Penal". Parte General I. El Hecho Punible. Traducción de la segunda edición alemana (1976) por Gladys Romero. EDERSA. Madrid. España. 1982, p. 3; BUSTOS RAMIREZ Juan, HORMAZABAL MALARÉE Hernán "Lecciones de Derecho Penal". Volumen I. Fundamentos del sistema penal,

esquema de la teoría y del sujeto responsable y teoría de la determinación de la pena. Editorial Trotta. Madrid. España. 1998, p. 138. ; entendemos pues que la protección de los bienes jurídicos debe ser la directriz preponderante, y que sólo a partir de tal función –sociológicamente hablando– es posible predicar, ya de manera posterior un trasfondo ético, el cual siempre deberá quedar subordinado a la idea de protección de bienes. En suma no negamos que el derecho penal sea un instrumento importante para solidificar los valores ético-sociales de las conductas. Nos parece adecuada la visión de Zaffaroni cuando vincula la protección de bienes jurídicos a la zona de las cuestiones ético-sociales. Ver ZAFFARONI Eugenio Raúl “Manual de Derecho Penal”. Parte General. Primera Reimpresión. Cárdenas Editor. México D.F. 1991, pp. 53 a 56. pero este ámbito lo mediatizamos a la idea de protección de bienes jurídicos, que es el sustrato sobre el cual deben descansar –en nuestra opinión– los referentes axiológicos, de tal manera que la inversión propuesta, revela como plano fundamental la protección de los bienes jurídicos, y únicamente después el referente ético-social de la acción, reconociéndose como misión del derecho penal, la protección de bienes jurídicos.

1.b. Ámbito de la Política Criminal.

Las actuales tendencias en el ámbito del derecho penal, marcan una vinculación estrecha con la política criminal, hasta el punto de sostenerse que las categorías de la dogmática jurídico-penal, deben estructurarse sobre un modelo teleológico que se nutre de las tendencias político-criminales. Esta corriente del pensamiento se ve fraguada en el denominado proyecto alternativo alemán, que fue una propuesta de código penal bajo criterios político-criminales en cuanto su estructura y que fue impulsada por una pleyade de juristas alemanes que lo publicaron en 1966, pretendiendo dar al sistema penal una clara función instrumental que no se agota en la pureza de la norma. Ver ROXIN Claus “Franz von Liszt y la Concepción Político Criminal del Proyecto Alternativo” en Problemas Básicos del Derecho Penal. Traducción de Diego-Manuel Luzón Peña, Editorial Reus. Madrid. España. 1976 pp. 37 a 70. . Pero este nexo es renovadamente novedoso, puesto que de antaño básicamente siguiendo –en principio– el modelo Lisztiano lo que se preconizaba era una escisión entre dogmática penal y política criminal. Confrontar ROXIN Claus “Política Criminal y Sistema del Derecho Penal”... op. cit. pp. 31 a 34.. Es importante por lo indicado que al enfocar el tema de la política criminal se hurgue en sus raíces históricas para dimensionar de mejor manera el tópico al que en este apartado se aludirá.

2. GÉNESIS DE LA POLÍTICA CRIMINAL.

Se ha indicado que la política criminal, entendida como disciplina que orienta los fines de la pena y cumple además una función crítica del derecho penal, surgió en Italia posterior a las ideas de los prácticos del derecho, a partir del pensamiento de ciertos juristas versados en materia criminal que desde el plano filosófico iniciaron una actividad reflexiva respecto de la legislación penal. Según informa Kleinschrod y Bossio –citados por Liszt– las cuestiones político criminales no fueron tratadas por los glosadores, ni por los denominados prácticos del derecho, hasta que a partir del siglo XVII algunos autores de derecho criminal abordaron tal temática entre ellos

se mencionan: Ciazzi, Broja, Scaccia, Guazzini, Novelli, Sinistrari, Ursaga, Morelli, Maserus, Rainaldi, Alfani, Caravita, Danielli, Bendoni, Paoletti, Malanima, Gasparii, Renazzi, Cremani.. Ver LISZT Franz von "Tratado de Derecho Penal". Traducido de la 20ª edición alemana, por Luis Jiménez de Asúa, con adiciones de Quintiliano Saldaña. Tomo Segundo. Segunda edición. Editorial Reus. Madrid. España. 1926. Ps. 37-38. ; alcanzando posteriormente este movimiento, un importante reconocimiento bajo los postulados formulados por Beccaria que asume una función crítica del ordenamiento penal, con un sentido limitador del poder punitivo estatal propio del pensamiento ilustrado, para ser finalmente acogida con una visión distinta por doctrinarios como Rogmanossi, Filangieri, Carmignani LISZT Franz von "Tratado de Derecho Penal". Tomo Segundo... op. cit. p. 42. hasta llegar a Carrara y su dimensión de la política criminal como actividad de buen gobierno CARRARA Francesco "Programa del Curso de Derecho Criminal". Parte General. Traducción de Octavio Béeche y Alberto Gallegos. Tomo I. Edición facsimilar. Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2000. pp. 16 a 17..

Esta tendencia de carácter político criminal, se dice fue recepcionada en Alemania como movimiento reformador, a partir de 1765 dándole ya un carácter científico dentro del pensamiento alemán, mencionándose a Sonnenfels, Hommel, Schott, Soden, Wieland, Globig y Huster, Grabe, Gmelin, Pfizer, Tafinger, Oersted LISZT Franz von "Tratado de Derecho Penal" . Tomo Segundo... op. cit. p. 44.. Sin embargo la intelección de la política criminal, como una disciplina distinta del derecho penal, se inicia a partir de 1705 con los ensayos precursores de Bodino y Thomasio, para consolidarse en el pensamiento crítico de Kleinsrod, Henke, Richter, Holtzendorff, Mittermaier y Feuerbach Catalogaba Feuerbach a la política criminal, entre otras ciencias, como una disciplina auxiliar del derecho criminal, en cuanto proporcionaba una importante información, de lege ferenda sobre las realidades de otras naciones, y de lege lata respecto de su realidad. Ver FEUERBACH Paul Johann Anselm Ritter von. "Tratado de Derecho Penal" común vigente en Alemania Traducción al castellano de la 14ª edición alemana (Giessen 1847) por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Editorial Hammurabi. Segunda edición. Buenos Aires. Argentina. 1989, pp. 50 a 51..

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

Liszt como ningún otro, sistematiza el pensamiento político-criminal, y aunque reconoce su vinculación con el derecho penal Ver LISZT Franz von "Tratado de Derecho Penal". Tomo Segundo"... op. cit. p. 56. al extremo de indicar que derecho penal y política criminal "deben marchar juntos", expresa claramente que el primero no puede ser sustituido por el segundo, en esa dialéctica de relación, y teniendo en cuenta los fines de la política criminal es que pronuncia su ya conocido apotegma, de que "El derecho penal es la barrera intransgredible de la política criminal" Ver LISZT Franz von "Tratado de Derecho Penal." Tomo Segundo" ... op. cit. p. 64 a 65.

Para la concepción de von Liszt la política criminal, tiene un fundamento de carácter antropológico y sociológico, el cual se acuña, en la determinación de los orígenes del delito, ello para poder configurar un efectivo modelo de “defensa social”, dentro del cual es que incardina a la política criminal, como parte integrante de la ciencia del derecho penal. Se distingue así, cual es la finalidad de la política criminal, indicándose que no tiene metas pedagógicas, ni tampoco esclarecedoras en cuanto a la etiología del delito, sino que su misión se vincula, a la función política, en el mejor sentido de contienda contra el fenómeno delictivo, desde la perspectiva legisferante, siendo a tal actividad a la que Liszt denomina “Criminalpolitik” o política criminal, para distinguirla de la “Strafpolitik” o política penal. Se indica en este punto lo siguiente: “Los dos polos en torno a los cuales se desenvuelve toda doctrina política, son: el fin y los medios. La Política criminal trata del fin, en los medios; la Política penal de los medios, como fin. La primera estudia el delito profilácticamente y los medios –penas y medidas– para combatirlo y prevenirlo, sólo en vista de ese fin; mientras la otra entiende sólo de medios represivos –penas– valorados como fines”. LISZT Franz von “Tratado de Derecho Penal” Tomo Segundo... op. cit. p. 60 a 61. .

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

En síntesis, podríamos indicar que desde su origen, la política criminal ha estado vinculada a la dogmática jurídico-penal, y que la cesura proclamada entre ambas disciplinas, en esta época se ha ido difuminando a través de una línea de pensamiento, que acepta, que las finalidades político-criminales tienen ciertos niveles de

ascendencia respecto de la estructura de la dogmática, aunque reconociendo límites entre ambas, fundados precisamente dichos límites en principio constitucionales los cuales se entienden como rectores de la política criminal en los estados constitucionales.

3. CONCEPTO DE POLÍTICA CRIMINAL.

La idea de conceptualizar la política criminal no tiene otro afán que el afirmar un sustrato básico para la explicación en cuanto a la función que debe desarrollar la misma, este nivel conceptual permitirá sentar las bases sobre el cometido que se le asigna –y se le ha circunscrito– a tal disciplina; huelga decir que limitaremos quizá demasiado discrecionalmente las referencias conceptuales, pues la brevedad de este estudio y lo copioso de este tópico impide una mayor amplitud, sin embargo las nociones que se elegirán permiten colmar la finalidad que requiere este apartado.

Para Kleinschrod a quien se señala –no de comunis oppinis– como el fundador de la definición “Kriminalpolitik” ésta “Es el conocimiento de aquellas medidas que el legislador puede y debe hallar según la especial disposición de cada Estado para impedir los delitos y proteger el derecho natural de sus súbditos” LISZT Franz von “Tratado de derecho Penal” Tomo Segundo”... op. cit. p. 47..

Para Feuerbach la política criminal es “La sabiduría legisladora del Estado o la ciencia política de legislar FEUERBACH Paul Johann Anselm Ritter von “Lehrbuch des gemeinen in Deutschland Gältigen peinlichen Rechts Giessen 1847 p. 23 así citado por LANGLE Emilio “La Teoría de la Política Criminal” Reus. Madrid. España. 1927 p. 17 a 18. ; aunque también la definió como “el conjunto de métodos represivos con los que el Estado reacciona contra el crimen”.

Para Carl Stoos –a quien se señala como precursor de las medidas de seguridad– la política criminal consistía en “La reforma regular de la legislación penal, en provecho del bien común. Política criminal es Política de legislación penal” STOOS Carl “Betrachtungen über Kriminalpolitik. En Archiv für Kriminal-anthropologie und Kriminalistik XIV, p. 203. Así citado por LANGLE Emilio “La Teoría...” op. cit. p. 18..

Liszt entendió en su obra Función de la Política criminal que esta consistía en: “El contenido sistemático de principios –garantizados por la investigación científica de las causas del delito y de la eficacia de la pena– según los cuales el Estado dirige la lucha contra el delito por medio de la pena y de sus formas de ejecución” LISZT Franz von “Tratado de Derecho Penal”. Tomo Segundo... op. cit. p. 56.. El mismo autor posteriormente la definía como: “Conjunto sistemático de principios según los cuales deben organizar el Estado y la sociedad la lucha contra el crimen” Así “Nociones de Política Criminal” originalmente “La notion de la politique criminelle. Comunicación al congreso de Derecho comparado de Paris, 1900. Procés-verbaux des Seances et documents, tomo II, p. 533. Citado por LANGLE Emilio “La Teoría...” op. cit.

Para Zipf la política criminal es la “obtención y realización de criterios directivos en el ámbito de la justicia criminal” ZIPF Heinz “Introducción a la Política Criminal”, traducción de Miguel Izquierdo Macías-Picavea. Edersa. Madrid. España. 1979, p. 4. .

Velásquez señala que desde una perspectiva vasta, la política criminal debe entenderse como “política jurídica en el ámbito de la justicia penal”, y desde una visión restrictiva es “la disciplina que se ocupa de cómo configurar el derecho penal de la forma más eficaz posible para que se pueda cumplir con su tarea de protección de la sociedad; se fija, por ello, en las causas del delito e intenta comprobar la eficacia de las sanciones penales, pondera los límites hasta donde puede extenderse el legislador el derecho penal para coartar lo menos posible la libertad y las garantías ciudadanas; además discute cómo deben redactarse los tipos penales de manera correcta, y comprueba si el derecho penal se halla construido de tal manera que pueda ser verificado y realizado en el proceso penal” VELÁSQUEZ V. Fernando “Derecho Penal”. Parte General. Tercera edición. Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá. Colombia. 1997, p. 33..

Bustos la define como “aquel aspecto del control que tiene relación con el poder del Estado para caracterizar un conflicto social como criminal” BUSTOS RAMIREZ Juan, HORMAZABAL MALARÉE Hernán “Lecciones de Derecho Penal”... op. cit. p. 29..

Para Delmas-Marty la política criminal es “es el conjunto de métodos por medio de los cuales el cuerpo social organiza la respuesta al fenómeno criminal” Confrontar DELMAS-MARTY Mireille “Modelos Actuales de Política Criminal”. Traducción de Marino Barbero Santos. Colección Temas Penales. Serie A N° 4. Centro de Publicaciones. Ministerio de Justicia. Madrid. España, 1986, p. 19.

Binder la define como “El conjunto de decisiones, instrumentos y reglas que orientan el ejercicio de la violencia estatal (coerción penal) hacia determinados objetivos” BINDER Alberto M. “Política Criminal”. De la formulación a la praxis. AD-HOC. Buenos Aires. Argentina. 1997, p. 42 a 43. .

Para Larrauri la política criminal desde una perspectiva integradora significa: “Las decisiones sobre cómo las instituciones del Estado responden al problema denominado criminalidad (delincuente, víctima, delito) y a la estructuración y funcionamiento del sistema penal (agentes de policía, derecho penal, sistema de justicia penal e instituciones de castigo)”. Así LARRAURI PIJOAN Elena “Fundamentos de Política Criminal” en Ciencias Penales. Monografías. Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial. San Salvador. El Salvador. 2001. p. 13.

Por nuestra parte no pretendemos dar un concepto de política criminal, pero si introducir la reflexión partiendo de las nociones precedentes, que la aludida disciplina es en principio una actividad de gobierno, por ende una expresión de poder, por lo tanto un instrumento para ejercer la coerción estatal, y por ello, es productora de violencia; que a partir de estas ideas no se constituye precisamente en una ciencia, pero si es parte de los modelos políticos que se impulsan por el Estado; que tiene intrínsecamente un carácter relativista y que dentro de otras manifestaciones, en el tejido social, correctamente entendida debe orientarse –de entre otras funciones– a

la revisión crítica de toda la legislación punitiva, teniendo en cuenta no solo criterios sistemático sino también empíricos –auxiliándose de otras disciplinas– para resistir el fenómeno delictivo de manera verdaderamente eficaz, respetando el marco de principios constitucionales que sirven de límite –y también de directriz– para el ejercicio del ius puniendi.

4. FUNCIÓN DE LA POLÍTICA CRIMINAL.

El área en la cual se desarrolla la política criminal es compleja, pues constituyendo ésta, intrínsecamente una modalidad de las políticas de Estado Entendemos el término “política” en el sentido que lo puntualiza Besson, como formas de intervención del poder que constituyen procedimientos de ordenación y dirección. BESSON Waldemar citado por ZIPF Heinz “Introducción a la Política...” op. cit. p. 4. También debemos añadir que la política criminal se entiende como una opción de la política general del Estado o de la política social que entraña como objeto una situación no sólo compleja, sino problemática como lo es la realidad social, y que precisamente por ello, actualmente se entiende que la política criminal, está íntimamente ligada, a otras disciplinas como la criminología –entre otras– que pueden proporcionarle fuentes de información empírica que sirvan para estructurar un mejor diseño en sus formulaciones políticocriminales: Así BARATTA Alessandro “Política Criminal entre la política de seguridad y la política social” en Delito y Seguridad de los Habitantes. Coordinador Elías Carranza. Siglo Veintiuno editores. Madrid. España. 1997, p. 81. , su radio de amplitud es extensa –se le considera parte de la política general del Estado– y puede abarcar diversas esferas de la realidad Ver MORENO HERNÁNDEZ Moisés “Dogmática Penal y Política Criminal” en La Ciencia Penal y la Política Criminal en el Umbral del Siglo XXI. Coloquio Internacional. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México D.F. 1996, p. 31. . Esto lo aclaramos, pues la función de la disciplina aludida que delimitaremos, estará referida básicamente en relación con la dogmática jurídico penal, esta afirmación no pretende ocultar la realidad, de que la política criminal en sus múltiples manifestaciones es un instrumento de control, incluso de dominación, y que puede dirigirse tanto a ámbitos previos y remotos del delito, como a las conductas desviadas conceptualizadas en ese nivel. Sin embargo estas cuestiones de las cuales estamos conscientes no pueden ser abordadas en amplitud en el presente artículo, por lo que bastara la siguiente reseña.

En el sentido apuntado conviene diferenciar de la política criminal –que tiene un marco de mayor amplitud – la denominada política penal que se expresará en las decisiones que el poder político asume, como formas de control social normativo, de carácter general y altamente formalizado en toda su estructura, que a su vez constituye el denominado sistema penal El sistema penal es en palabras de Zaffaroni el conjunto de medidas de control social de carácter penal que a su vez abarcan diversos subsistemas, el cual es definido puntualmente como “el control social punitivo institucionalizado”. ZAFFARONI Eugenio Raúl “Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina. De Palma. Buenos Aires. Argentina. 1984, p. 7. . Esta distinción entre política criminal y política penal, es lo que –siguiendo los principios rectores de Naciones Unidas– se nombra como

política criminal en sentido amplio y política criminal en sentido estricto Cuando se alude a la política criminal en sentido estricto se hace referencia a “la política específica dirigida al sistema de justicia penal con sus componentes tradicionales de legislación penal, policía, poder judicial y sistema penitenciario”. En cambio la política criminal entendida de manera amplia se enmarca en “La totalidad del sistema del control social (no sólo el sistema penal) e intercepta con otras áreas de la política estatal, particularmente del sector social, tales como salud, vivienda, educación y trabajo, con su incidencia en la prevención primaria de la criminalidad y en la mayor o menor frecuencia de determinadas formas delictivas”. CARRANZA Elías “La interrelación de la Ciencia Penal con la Política Criminal” en La Ciencia Penal y la Política Criminal en el Umbral del Siglo XXI. Coloquio Internacional. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México D.F. 1996, p. 51. En este sentido también ampliamente refiriéndose a un abanico metodológico en cuanto propuestas para la prevención del delito desde perspectivas político-criminales que se enmarcan en la prevención social, prevención situacional, prevención policial : LARRAURI PIOJAN Elena “Fundamentos de Política Criminal”. Monografías. op. cit. ps. 31 a 39. De igual manera resultan importantes los lineamientos que sobre materia de política criminal en un contexto democrático informa Arroyo los cuales pueden ser resumidos en: a) la adjudicación de la seguridad ciudadana corresponde al Estado y es indelegable; b) la visión de una policía comunitaria ; c) la interrelación entre policía y comunidad en un contexto democrático; d) un sistema penal integrado y coordinado en las políticas de justicia, pero asumiendo un total respeto al Estado Constitucional de Derecho y a la ideología del derecho internacional de los derechos humanos; e) la coordinación efectiva entre sector público y privado haciendo énfasis en los programas de inserción de la delincuencia juvenil; f) la realización de planes de prevención diseñados según las características de cada zona y según la focalidad de los problemas sociales –incluido el delito– ; g) el acuñamiento en toda la gestión pública de medios adecuados para sistematizar la información; h) la erradicación del armamentismo ciudadano. ARROYO GUTIÉRREZ José Manuel “Juez y Democracia en el Siglo XXI” en La Voz del Consejo. N° 4. Período julio-agosto-septiembre 2001. Edición Especial. Consejo Nacional de la Judicatura. San Salvador. El Salvador. 2001, ps. 23 a 25. .

En el contexto que se viene enmarcando, también se ha señalado la distinción que media entre política criminal práctica y política criminal teórica, la primera se sitúa como la totalidad de labores empíricas, que tienen por objeto la evitación del delito y por ende la protección de las personas; la segunda hace referencia, al saber racional que debe informar a las actividades político-criminales prácticas, dándole un sentido de autocontención En ese sentido ver SILVA SÁNCHEZ Jesús-María “Política Criminal y Persona” .. op. cit. p. 21. También formulando esta distinción entre una actividad eminentemente científica en su relación con la sistemática jurídica y otra función propiamente práctica en cuanto control del crimen se pronuncia Kaiser expresando que: “Se distingue por la doctrina entre política criminal teórica o científica y práctica, la primera se relaciona a la exposición ordenada de las estrategias, tácticas y medios sociales para la consecución de un control óptimo del crimen lo cual se vincula al análisis científico de las correspondientes deliberaciones y procesos de formación de voluntades del legislador, en concreto a la renovación del concepto de delito. En cambio la praxis de la política criminal esta

referida a aquella actividad estatal que pretende controlar el crimen mediante los principios, métodos y medios de derecho criminal y que es ejercida particularmente por juristas. La política criminal basa sus decisiones no solamente en informaciones empíricas, también ha de atender a principios de política jurídica". KAISER Günther "Criminología". Una Introducción a sus fundamentos científicos. Traducción de la segunda edición alemana por José Belloch Zimmermann, Espasa-Calpe, segunda edición, Madrid, España, 1983, p. 60.. Pues bien, en esa tarea de evitar el delito, la política criminal se estructura en las denominadas: a) medidas de prevención primarias, que son aquellas que se dirigen a la evitación de los orígenes del fenómeno delictivo, en su más amplio espectro y se consideran las más eficaces, pues se extienden a estructuras económicas, sociales, culturales, educacionales, familiares, de valores religiosos o morales etc.; b) medidas de prevención secundaria, que es una actividad disuasoria normativa, pues se pretende la abstención de conductas delictivas mediante mecanismos intimidatorios respecto de quien comete el delito y respecto de los espectadores sociales; c) Prevención terciaria que esta vinculada ya específicamente a los diferentes modelos del tratamiento y que pretenden evitar la reincidencia delictiva.

Bajo el riesgo de ser muy parcos, se podría considerar que la política criminal, tiene en el marco preanunciado, esencialmente la finalidad de ser un instrumento de contención del fenómeno de la criminalidad, y para ello es oportuno destacar, la función crítica que de las normas penales debe verificar tal disciplina; pero entendiendo que también la dogmática penal, hace aportes importantes a las decisiones político-criminales En el marco de esta especial interrelación entre dogmática y política criminal se ha dicho: "Se establece de esta manera un proceso de retroalimentación entre dogmática penal y política criminal, haciéndose posible la existencia entre ellas de vasos comunicantes, con mayor o menor fluidez, dependiendo de la cercanía. Como dice Roxin, ambas esferas tienen que compaginarse en una síntesis. Así por ejemplo si en las decisiones políticas que corresponden al legislador, éste plasma en la legislación penal criterios racionales proporcionados por la dogmática. Que son los más adecuados político-criminalmente hablando desde la perspectiva de la Constitución, entonces se observara esa vinculación. Pero, para ello, el legislador debe estar consciente y convencido de haber elegido la mejor, la más consistente, construcción dogmática, cuyas subyacentes bases ideológicas se compaginen con la que debe regir la decisión política, la que en un Estado de derecho y democrático no debe ser otra que la que, a su vez, se corresponda con la de la Constitución". MORENO HERNÁNDEZ Moisés "Dogmática Penal y Política Criminal" en "La Ciencia Penal y la Política Criminal en el Umbral..." op. cit. p. 40. sin embargo debemos al menos indicar que en esa tarea la política criminal, debe para cumplir eficazmente su cometido, interrelacionarse con otras disciplinas para tener una visión global y no reduccionista del problema social que significa el crimen.

Desde la perspectiva anunciada nos parece muy ilustrativa y actual la misión que le asigna cierto sector de la doctrina señalando que la política criminal se vincula de manera esencial respecto de la dogmática a aspectos como: 1) desarrollar una función orientadora respecto de legisferante, para la innovación de los mecanismos desde el ámbito del derecho penal, incluso proponiendo nuevas instituciones sobre el reforzamiento de tutela de los bienes jurídicos más trascendentes; 2) Es útil, también para dar pautas interpretativas de carácter general a la

sistemática penal, cumpliendo una función teleológica, lo cual es admitido siempre que se mantenga en el límite del mandato de certeza, el cual es irrebable, en cuanto signifique un perjuicio para los justiciables, sin embargo se señala que tal límite es franqueable siempre que en el marco de su fin se aplique in favor rei. Un ejemplo del rendimiento político criminal en esta dirección de minimizar la reacción puede verse respecto del principio de culpabilidad en cuanto como límite a la actividad criminalizadora en el marco de las consecuencias prohíbe traspasar mediante la sanción la proporción de la culpabilidad, lo cual sin embargo no es óbice para graduar por fines políticos criminales la pena por debajo del margen de culpabilidad. En tal sentido ROXIN Claus "Culpabilidad y Prevención en el Derecho Penal". Traducción de Francisco Muñoz Conde. Reus. Madrid. España. 1981, pp. 44 a 47.; 3) Una tercera labor que se le traza a la política criminal, es de servir de instrumento crítico de la efectividad o ineffectividad de las normas penales, en cuanto su positividad en la realidad, es por ello, que según los aportes de esta disciplina –y otras en conjunto– es posible trazar posteriormente estudios serios y con contenido científico, sobre la trascendencia del sistema de normas penales, y proponer su reforma. Sobre las funciones reseñadas confrontar LUZON PEÑA Diego-Manuel "Curso de Derecho Penal" Parte General. I...op cit. pp. 109 a 101. respetando para ello, los principios fundamentales que informan a una correcta política criminal en el Estado de Derecho. Ver en este sentido MAURACH Reinhart, ZIPF Heinz "Derecho Penal". Parte General 1, Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible. Traducción de la 7ª edición alemana, por Jorge Bofill Genzch y Enrique Aimone Gibson. Editorial Astrea. Buenos Aires. Argentina, 1994 p. 52..

Para finalizar esta parte, es oportuno señalar, la visión que tiene Jescheck de la relación de la política criminal y la dogmática, en lo que atañe a su función la cual precisa de la siguiente forma, que citamos literalmente por su conveniencia y claridad: " Junto a la Dogmática jurídico-penal se sitúa, como parte de la Ciencia del Derecho penal, la política criminal. Esta se ocupa en primer término de la reforma del derecho vigente. De él arranca y asume también las conclusiones de la Dogmática jurídico-penal. Sin embargo apoya en los logros empíricos de la Criminología sus demandas para la mejora futura del Derecho en vigor. De esa forma la Política criminal actúa de puente entre la Dogmática jurídico-penal y la Criminología. No sólo en Alemania, sino así mismo en otras muchas partes del mundo el importante movimiento internacional para la renovación del Derecho penal ha producido una revolución favorable al pensamiento que actualmente se orienta hacia la prevención del delito mediante la eliminación de conflictos sociales, al reforzamiento de la conciencia jurídica del pueblo mediante sanciones justas y humanas, y a la reinserción del delincuente en la sociedad". JESCHECK Hans-Heinrich "Tratado de Derecho Penal". Parte General. Cuarta edición.. op. cit. pp. 36 a 37.

5. MODELOS POLÍTICO-CRIMINALES.

En este apartado se abordarán a groso modo, los modelos de política criminal que se han ido erigiendo a través del devenir de las ciencias penales, sin embargo hay que puntualizar dos situaciones, la primera es que la vastedad de prototipos impide examinarlos todos, en tal sentido se expondrán –a mi juicio– las dos grandes

vertientes, sobre las cuales discurre actualmente el pensamiento penal; la segunda es que el circunscribir un arquetipo determinado de política criminal a uno de los modelos que se indicaran no significa amoldarlo en toda su extensión al mismo, sino que tal tipo de política criminal se ve influenciado más o menos notoriamente por esa visión.

Dicho lo anterior, debemos indicar que los distintos modelos de política criminal son reconducibles a dos visiones del poder, la primera, nos presentará un enfoque de política criminal autoritario. Sobre esta visión que repasa modelos como el de la autoritarismo marxista, el fascismo nacionalista o integrista, el nacional socialismo etcétera ver DELMAS-MARTY Mireilla "Modelos Actuales de Política Criminal"... op. cit. ps. 32 a 36., el segundo nos presenta una panorámica liberal y garantista sobre la forma en que se construye y se ejerce el poder penal. El barómetro para medir si el modelo de política criminal responde a una construcción autoritaria o liberal, es la constatación de en que grado se maximiza o reducen los principios de dignidad, igualdad y libertad a partir de las decisiones político-criminales, siendo conexa a esta idea, la situación de, en que intensidad los modelos de política criminal limitan el ejercicio del poder estatal.

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

Por el contrario un modelo erigido sobre la base de minimizar al hombre en su dignidad, de propalar la expansión del poder punitivo, reduciendo los ámbitos de libertad del ser humano, y que promueve selectivamente la persecución penal, en virtud de etiquetamientos cualquiera que estos sean; y que además pretenda cimentarse sobre poderes omnímodos que ambicionan ser irreductibles, es decir sin valladares a su expansión son modelos autoritarios. En este sentido ver BINDER Martín A. "Política Criminal de la.." op. cit. pp. 35 a 37. Este mismo esquema, entre una visión autoritaria que no reconoce límites y que es calificado como sustancialista, compatible con un derecho penal máximo. Por el contrario una concepción garantista que se edifica sobre el axioma de un poder susceptible de ser limitado y controlado, esta vinculado a un derecho penal minimalista. Así un Estado que estructura su política criminal, sobre un derecho penal mínimo o de reducido espectro es calificado por un Estado de Derecho entendiéndose por éste: "un tipo de ordenamiento público y específicamente el penal, esta rígidamente limitado y vinculado a la ley en el plano sustancial (o de los contenidos penalmente relevantes) y bajo el procesal (o de las formas procesalmente vinculantes). Por el contrario el derecho penal máximo se dice es hijo predilecto de los Estados autoritarios, entendiéndose que estos son "aquellos ordenamientos donde los poderes públicos legibus soluti o "Totales", es decir no disciplinados por la ley y por lo tanto carentes de límites y condiciones" En tal sentido confrontar: FERRAJOLI Luigi "Derecho y Razón". Teoría del Garantismo Penal. Traducción de Perfecto Andrés Ibañez y otros. Editorial Trotta. Madrid. España. 1997, pp. 103 a 104..

En una rápida aproximación a nuestra legislación penal, podemos apreciar las opciones orientativas que informan al sistema penal y su reforma. Los nuevos códigos penales, vistos en un sentido sistemático –es decir como unidades funcionales interdependientes– se acercan bastante a la formulación de un derecho penal garantista o liberal Entiendo por un modelo de política criminal liberal, que construye un derecho penal de la misma naturaleza, aquel que se enmarca en una correcta construcción del control del delito sobre las bases de maximizar la libertad e igualdad como derechos fundamentales, y obviamente la limitación y control del poder penal del Estado, pero siempre y cuando esta visión se concrete en una realidad y trascienda de las declaraciones líricas, a las cuales se pretende sojuzgar el Estado de Derecho, para disimular pseudo estados liberales, que no hacen practica la tradición con la cual se formó esta organización tras el movimiento ilustrado. Para un mayor panorama de esta construcción de la política criminal ver: DELMAS-MARTY Mireille “Modelos Actuales de Política Criminal”... op.cit. ps. 26 a 29. , que emana directamente del marco político de la Constitución, es decir en términos generales responden a una idea propia de un Estado demoliberal de Derecho Me parece pertinente la síntesis que de Estado liberal de Derecho propugna Díaz cuando señala como presupuestos de éste que: I) En el Estado haya imperio de la ley; II) Que en el Estado sea una realidad la división de poderes; III) Que en el Estado este sujeto en toda su actividad administrativa al principio de legalidad; IV) Que el Estado garantice la eficacia de los derechos y libertades fundamentales. Ver DÍAZ Elías “Estado de Derecho y Sociedades Democráticas” cuarta edición, Madrid, España, 1972, pp. 29 y ss.. El movimiento reformista o contra-reformista se aleja del modelo constitucional y se alza sobre la imagen de un modelo autoritario y absoluto que pretende ser ilimitado, sólo así se explica la expansión punitiva de amplio espectro –ya al estilo de guerra– que se impulsa al nivel de derecho penal de fondo, procesal y de ejecución. Dentro del marco señalado entre política criminal autoritaria y liberal pasaremos a la exposición de las direcciones específicas, la cual no tiene un carácter omnicompreensivo, sólo destacándose las corrientes más principales que serán reducidas a dos vertientes.

5.a. Dirección de Ley y Orden.

La visión de la política criminal, como catalizador de un derecho penal maximizado y orientado en términos alopáticos frente a la manifestación de la criminalidad, ha permitido impulsar la corriente de ley y orden Las consideraciones que aquí se expondrán tienen su base en los apuntes de clases de diversos cursos recibidos con los profesores Ignacio Berdugo Gómez de La Torre, José Ramón Serrano Piedecabras, Eugenio Raúl Zaffaroni, Juan Bustos Ramírez, David Baigún, Sergio Yáñez Pérez, Alfonso Cadavid Quintero, Fernando Pérez Alvarez, José Manuel Arroyo, Francisco Dall’Anese y Alfredo Chirino Sánchez sobre Derecho penal y Teoría del Delito., la cual sostiene que ante el fenómeno del aumento del crimen, debe responderse con un aumento de las sanciones penales, exacerbando tanto su radio de acción en cuanto incriminación de modalidad de conductas como de las sanciones que para estas se prevén, es decir se preconiza como solución de los conflictos sociales, el endurecimiento de la respuesta punitiva en el siguiente orden: a) ante el aumento de la criminalidad, mayor

severidad en las penas; b) ante nuevas formas de conductas que afecten la “tranquilidad pública” nuevas incriminaciones delictivas con penas drásticas; c) ante la violencia del delito, instauración de penas irreversibles como la pena de muerte, de prisión perpetua o penas de prisión de largo alcance; d) Se utiliza un discurso de guerra o de combate frente al fenómeno de la delincuencia el cual se traslada al área normativa mediante reformas autoritarias; e) Se propugna la reducción de garantías básicas del Estado Constitucional de Derecho, llegándose al fraude de la constitución.

En suma, los problemas del cuerpo social, para esta doctrina deben enfrentarse sobre la base de un aumento de la legislación punitiva de amplio espectro, lo cual significa, la expansión del derecho penal no solo en cuanto a la duración de las sanciones previstas, sino también en cuanto a la criminalización de las figuras; es decir se pretende resolver todo problema que se presenta mediante la actuación del derecho penal. Se apuesta por una profundización de la prevención especial negativa hasta el ámbito de pretender la inocuidad del justiciable, el hombre es considerada una “especie irredenta”, su eliminación se justifica, bajo la consideración que el delito –y en este caso la persona que delinque– debe ser eliminada para que ya no vuelva delinquir. Se pretende al final una disminución del marco de garantías a todo nivel, derecho penal de fondo, procesal penal, de ejecución, prevención administrativa, con el pretexto de que estas –las garantías– sólo favorecen a la criminalidad. Al final el problema –social– del delito se presenta como una batalla entre buenos y malos con caracteres metafísicos que debe ser conjurado mediante una “santa cruzada”. Ese es el panorama que la renovada orientación de ley y orden presenta y que tiene oscuros antecedentes Se ha indicado con acierto que del fundamento peligrosista y de defensa social, propio del positivismo más radical, nació la corriente de ley y orden, y su regeneración como modelo de política criminal actual se ha derivado de las doctrinas de seguridad nacional hasta converger a la corriente de “seguridad ciudadana. Ver TOCORA Fernando “Política criminal en América Latina”. Ediciones Librería del Profesional. Primera edición. Bogotá. Colombia, 1990, pp. 137 a 154..

5.b. Orientación Garantista de la Política Criminal.

Esta tendencia, parte de la idea que la política criminal es un instrumento racional del poder, para enfrentar el fenómeno de la criminalidad como lo que es, un complejo problema social, que debe ser abordado desde la perspectiva del Estado Constitucional, es decir entendida ya no como simple “política penal” de carácter punitivo, sino como instrumento real de transformación no solo institucional sino que también del tejido social, por el cual la reacción penal para que cumpla su fin debe ser utilizado como último mecanismo y únicamente en aquellos casos en que las particularidades completas del conflicto hagan absolutamente necesaria la intervención punitiva, bajo ese panorama de acción, se formula una opción política criminal que tenga como presupuestos: a) El respeto absoluto por la dignidad del ser humano, el cual no puede ser mediatizado para fines estatales; b) la opción de criminalizar sólo aquellas conductas, en la medida que afecten o representen un peligro real para bienes jurídicos cimentados sobre la persona humana; c) el respeto absoluto al principio de culpabilidad, el cual debe funcionar como límite para la prevención general positiva, como para la prevención especial positiva; c) la vigencia estricta del principio de legalidad; d) la adopción de un derecho penal de mínima intervención; e) el desarrollo de políticas

idóneas de prevención en áreas sociales, culturales, educacionales, económicas y la incorporación de alternativas de sanción de carácter administrativo o civil; f) la limitación del poder penal en el sentido que la producción de violencia estatal sea la mínima y que sea altamente formalizada o institucionalizada, es decir controlable en sus aspectos primarios, secundarios y terciarios; g) la vigencia plena del sistema de garantías constitucionales.

Un modelo apropiado de política criminal garantista, sobre la base de un derecho penal mínimo, es el que propone Ferrajoli con unos presupuestos, que deben en cualquier clase de persecución delictiva considerarse irreductibles, pues sólo de esa manera quedara legitimado desde el punto de vista interno el ejercicio del ius puniendi, tal moldura garantista, el insigne profesor italiano, la vierte sobre un decálogo gradual, sin la cual el ejercicio del poder penal, no corresponde a un estado de Derecho, de ahí que: no pueda haber pena sin crimen, crimen sin ley estricta, ley penal si no hay necesidad de protección de bienes jurídicos, necesidad de protección si no hay lesión o peligro para los bienes jurídicos, no hay lesión sino hay conducta, no hay conducta sin culpabilidad, nadie es culpable sin juicio, no hay juicio sin acusación y sin un juez imparcial, no hay acusación si no hay pruebas que la fundamenten, y las pruebas no son legítimas sin defensa que las contradiga FERRAJOLI Luigi "Derecho y Razón" Teoría... op. cit. p. 93..

6. CONSECUENCIALISMO Y PRINCIPIALISMO.

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

6.a. Orientación a las Consecuencias. El consecuencialismo no es otra cosa que el derecho penal orientado a las derivaciones empíricas que produce, es decir es una visión de un derecho penal instrumental, por el cual se producen ciertos efectos queridos, y dejan de manifestarse otras consecuencias que se quieren evitar Así expresamente Hassemer quien desde una perspectiva sociológica indica que: "La orientación de las decisiones jurídicas en base a sus consecuencias es una característica de los modernos sistemas jurídicos y caracteriza también al Derecho Penal. Con ello se ha querido expresar que la legislación y jurisprudencia están interesadas en las consecuencias fácticas de su actuación y que justifican (legitiman) sus comportamientos en la producción de los resultados deseados y en la evitación de aquellos que se rechazan". HASSEMER Winfried "Fundamentos de derecho Penal". Traducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Bosch. Barcelona. España. 1984, pp. 34 a 35. . En tal sentido la denominada orientación a las consecuencias no sólo debe entenderse como mero "utilitarismo" pues también acoge en su original versión alemana "zweckrational" o "racionalidad instrumental deliberada" –según lo informa Weber– un componente sustancial de naturaleza

valorativa. Así, los aspectos utilitaristas que se derivan del conocimiento empírico, se refundan con los axiomas normativos que sirven como elemento de contención. De ahí que, el consecuencialismo no sólo debe catalogarse como fines instrumentales de control, sino también como asunción sistemática de determinados valores.

Lo dicho hasta acá mueve a afirmar que un derecho penal consecuencial es un derecho teleológico, es decir dirigido a fines político-criminales. Así Roxin quien indica "El avance consiste sobre todo en que se sustituye la algo vaga orientación neokantiana a los valores culturales por un criterio de sistematización específicamente jurídico-penal: las bases político-criminales de la moderna teoría de los fines de la pena" ROXIN Claus "Derecho Penal". Parte General... op. cit. p. 203: el mismo autor a principio de su labor científica respecto de la materia había sostenido que: "El derecho penal es más bien la forma en la que las finalidades político-criminales se transforman en módulos de vigencia jurídica. Si se estructura la teoría jurídica del delito en este sentido teológicamente desaparecerán las objeciones que se formulan contra la dogmática abstracto conceptual proveniente de los tiempos positivistas. Una desvinculación entre construcción dogmática y exactitud político-criminal es, desde un principio, imposible y también pierde su sentido el vobis procedimiento de aprovecharse de la rivalidad entre la labor criminológica y la dogmática jurídico-penal: pues el transformar los conocimientos criminológicos en exigencias político-criminales y éstas a su vez en reglas jurídicas de lege lata o ferenda, es un proceso, cuyos estadios concretos son de igual manera importantes y necesarios para el establecimiento de lo socialmente justo. Tal penetración de la Política criminal en el ámbito jurídico de la ciencia del Derecho penal no conduce tampoco a un abandono o a una relativización del pensamiento sistemático, cuyos frutos en la claridad y seguridad jurídica son irrenunciables; por el contrario las relaciones internas de un sector jurídico, que sólo puede radicar en lo normativo, son puestas de relieve más claramente por un sistema teleológico que por uno deducido de abstracciones o axiomas". ROXIN Claus "Política Criminal y Sistema del derecho Penal"... op. cit. p. 101 a 102., que se ven orientados por los fines de la sanción y que a partir de los mismos, permea todo el sistema permitiendo constatar en el campo empírico, lo que a nivel dogmático se ha propuesto, ello soslaya por una parte la posibilidad de un averroísmo científico, sin que sufra mengua el ámbito dogmático que por supuesto debe mantener su estructura nuclear garantista, propia de un Estado de Derecho. De esa manera, por ejemplo lo entiende Cadavid cuando dice: "Así de la construcción del sistema del derecho penal dominante en la actualidad puede decirse que se fundamenta, de manera explícita por lo menos, sobre una serie de opciones valorativas, y no sobre la constatación de estructuras ontológicas que cumplan un papel determinante en cuanto límite de la libertad de regulación del legislador. Ello no significa que, correlativamente, éste sea titular de una libertad absoluta al legislar: las opciones valorativas que se van adoptando limitan su capacidad de regulación en los ámbitos relacionados con ellas. Así por ejemplo, la adscripción a un modelo de Estado de caracterización fundamental democrática, limita la capacidad de regulación y de estructuración de un esquema de control penal que pudiera resultar irrespetuosa de los derechos humanos, entendidos de manera amplia, como valores y límites que orientan toda la actuación estatal" CADAVID QUINTERO Alfonso "Introducción a la Teoría del Delito". Especial consideración a los fundamentos del delito imprudente. Biblioteca Jurídica DIKE. Medellín. Colombia. 1998, pp. 36 a 37.

Como se dijo al principio esta relación de derecho penal y política criminal actualmente no es rechazada por el grueso de la doctrina, empero tal vinculación debe ser cuidadosamente examinada, por que la orientación a las consecuencias, no debe ser exacerbada, bajo el pretexto de legitimar la instrumentalidad “eficaz” del derecho penal y de la pena, para garantizar un ambiente “puro” de delito. Es por ello que –entiendo– que deben ser rechazadas las visiones que enfocan las tesis consecuencialistas como puro “utilitarismo”, pues la predicha orientación político-criminal del derecho penal reconoce confines valorativos, los cuales también son llamados bajo otro modelo de análisis, como justificaciones del derecho penal de legitimación interna. Así se indica: “Por legitimación interna o legitimación en sentido estricto entiendo por el contrario la legitimación del derecho penal por referencia a los principios normativos internos del ordenamiento jurídico mismo, esto es, a criterios de valoración jurídicos o si se quiere intra-jurídico”. FERRAJOLI Luigi “Derecho y Razón”.. op. cit. p. 213. .

Sobre las posturas consecuencialistas, esta debe ser entendida en su justa dimensión, lo cual significa, un derecho penal justificado por la protección necesaria que dispensa a los bienes jurídicos, y que en la realidad por su constatación no representara un ejercicio innecesario de violencia estatal, ello por que la norma no puede justificarse por si misma, es decir de manera autopoyetica, y debe ser valorada en cuanto a las consecuencias que generará en la realidad, tanto las queridas como las no queridas; en este punto el teleológismo penal, debe vincularse necesariamente no sólo a los fines de la pena, sino a la teoría de protección de los bienes jurídicos que también es un limite para el consecuencialismo. En ese sentido respecto de la visión de la orientación a las consecuencias en una categoría específica de delito POLITOFF L. Sergio y MATUS Jean Pierre “Objeto jurídico y Objeto Material en los delitos de Trafico Ilícito de Estupefacientes” en Tratamiento Penal del Trafico Ilícito de Estupefacientes. Estudios de dogmática y jurisprudencia. Coordinadores Sergio Politoff L. y Jean Pierre Matus. Editorial Jurídica Conosur. Santiago de Chile. 1998, pp. 6 a 7. .

La orientación a las consecuencias que pretenda penetrar la formalidad de la norma, para constatar los efectos de ésta, en el plano real –bajo una doble dimensión entre predecibilidad y empirismo– debe nutrirse de la concepción de dañosidad social para construir los modelos penales, pero esta construcción no debe ser entendida, como un signo de expansión del derecho penal, al contrario el fundamento de la dañosidad, es social, lo cual indica que tiene por finalidad, además de dispensar tutela sólo a aquellos bienes jurídicos que tienen relevancia penal, limitar el criterio de dañosidad de los bienes como mero formalismo. Es decir que al nivel de merecimiento abstracto o concreto, las conductas que afecten bienes en una relación estrictamente individual y no comporten un plus de lesividad social, deben ser tratados fuera de la órbita del derecho penal, quedando bajo la tutela de otras zonas del ordenamiento jurídico. Respecto al criterio de dañosidad social se dice: “La doctrina penal de los últimos tiempos ha transformado consecuentemente la concepción del bien jurídico en una teoría de la dañosidad social. Con ello se ha marcado las más importantes orientaciones de la política criminal. En primer lugar, se pone de manifiesto que la teoría y la praxis del Derecho penal no pueden prescindir de las ciencias sociales y que, más allá del Derecho penal, se han de tomar en cuenta las necesidades e intereses del sistema social. En segundo

lugar se esclarece que no toda lesión de un interés humano (bien jurídico) exige una reacción mediante el derecho penal, sino tan solo aquellas que, además presenta el carácter de socialmente dañosa, es decir que en sus efectos lesivos va más allá del conflicto entre autor y víctima y del daño individual que esta última sufre. En tercer lugar exige al legislador penal que disponga de conocimientos empíricos y que los aplique en la formulación de las conductas punibles y en la previsión de las consecuencias jurídicas". HASSEMER Winfried "Fundamentos del Derecho Penal"... op. cit. p. 38. . Los criterios que permitan superar una visión formalista del derecho, reconocen, la íntima vinculación que existe entre sistemática, política criminal y criminología.

Sin embargo –como lo hemos insistido– esta visión no debe representar desde fines prácticos, la reducción en algún sentido del núcleo de principios y garantías que informan a la dogmática jurídico penal, estos son irreductibles, no obstante las conveniencias pragmáticas que podrían originarse de los fines político-criminales y criminológicos. Esta visión de limitación del consecuencialismo en el sentido que no debe responder a cuestiones meramente utilitarias, sino también a planos axiológicos como el criterio de justicia –es puesta de manifiesto por Hassemer– tratándose del merecimiento de pena respecto de la construcción del bien jurídico como interés jurídico penal al considerar que: "El merecimiento de pena es, desde un punto de vista políticocriminal, un elemento central del concepto de conducta criminal y tiene un doble componente: un componente de justicia y otro puramente utilitario. Ambos componentes tienen que ser acumulativamente afirmados antes de que el legislador penal pueda hablar de criminalidad y actuar en consecuencia". HASSEMER Winfried, MUÑOZ CONDE Francisco "Introducción a la Criminología y al Derecho Penal" ... op. cit. p. 66. . No obstante, debe considerarse que la admisión de un derecho penal orientado a las consecuencias en la actualidad. Así HASSEMER Winfried, MUÑOZ CONDE Francisco "La Responsabilidad Penal por el Producto en Derecho Penal" Tirant lo Blanch. Valencia. España. 1995, p. 16 debe ser asumido con precaución para no pervertir esta orientación, en su versión originaria, a finalidades puramente eficientistas bajo cuyo ropaje se pretende exasperar las consecuencias jurídico-penales. Indica en tal sentido el maestro de Frankfurt del Main que "También la orientación a las consecuencias clásicamente entendida como un criterio complementario para una correcta legislación, se ha convertido en el moderno Derecho penal en una serie de características y en la meta dominante marginando de la política jurídico-penal los principios de igualdad y de retribución justa del delito". HASSEMER Winfried, MUÑOZ CONDE Francisco "La Responsabilidad Penal por el Producto..." op. cit. p. 25. , abanderadas bajo la consigna que el derecho penal es un "remedio eficaz" para la vida de riesgos y los problemas de seguridad que se plantean en estos últimos lustros. Una concepción de la orientación a las consecuencias, en tal sentido lejos de ser un regulador del poder penal expande su ámbito de acción tanto en cuanto a las áreas a las que se designa su protección, como a las respuestas sancionatorias que brinda, alejándose del control y legitimación que le corresponden al sistema penal en un Estado Constitucional de Derecho.

6.b. Principialismo Penal. Como colofón, de este apartado se debe señalar, la importancia de la orientación principialista, como límite respecto de los excesos que se pueden derivar del consecuencialismo. El principialismo como doctrina, no es otra cosa que una renovada visión de la persona humana como centro de la actividad del

Estado y del conjunto de principios y garantías que a partir de este enfoque político-filosófico se erigen como límites al poder estatal. Dichos fundamentos provienen del pensamiento ilustrado para contener el arbitrio del Estado Absolutista; y aquella antigua visión se mantiene inalterable, pues aunque los modelos de Estado han cambiado, el poder se mantiene como característica fundamental de la organización estatal.

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

Precisamente, el apoyo principialista a los aspectos axiológicos, ha sido cuestionado desde planos sustancialistas, que redimensionan los valores únicamente en cuanto se pretenden que sirvan a los fines del sistema social, vaciándolos de sus contenidos materiales y clásicos, y aceptándolos solo y en cuanto sean útiles a la actividad sistemática; sin embargo tal mediatización, es ya en extremo peligroso respecto de la centralidad del hombre con relación al Estado, pues se desplaza, al fin por los medios, el hombre interesa entonces, en cuanto sea útil al Leviathan o a la sociedad, o al bien común, o al interés público, o al sano sentimiento del pueblo, o al interés proletario, o a la seguridad ciudadana etcétera. Bajo ese discurso de la protección y la seguridad de todos, se han permitido, potenciado y justificado, las peores barbaries que contra el hombre ha conocido la humanidad, por lo que cualquier doctrina que pretenda reducir el valor intrínseco del ser humano como tal debe ser cuestionadas.

Con lo anterior se indica que un correcto modelo consecuencial, debe por una parte orientarse hacia la prevención del delito, pero dentro del marco de absoluto respeto a los derechos y garantías fundamentales del ser humano. Es decir un modelo absoluto en términos consecuenciales de prevención eficaz del delito –como criterios políticocriminales empíricos– no es aceptable en un Estado de Derecho que reconoce que cualquier manifestación del poder estatal y con más intensidad la manifestación del ius puniendi tiene límites intransgredibles, ello indica la adopción de una política criminal valorativa y principialista Así Roxin al expresar: “pero lo que está superada es la hipótesis de que en esa tensión se expresa una contraposición entre política criminal y Derecho penal: pues el principio “nullum crimen sine lege” es un postulado políticocriminal no menor que la exigencia de combatir con éxito el delito; y no sólo es un elemento de prevención general, sino que la propia limitación jurídica del ius puniendi es también un objetivo importante de la política criminal de un Estado de Derecho”. ROXIN Claus “Derecho Penal” Parte General. Tomo I. Fundamentos... op. cit. p. 224. . Así pues la política criminal sustentada en el principialismo reconoce una vinculación entre tal disciplina y la dogmática penal, pero reconociendo límites que se originan desde ámbito valorativo, los cuales no pueden ser reducidos por fines políticocriminales Ver en tal sentido SCHÜNEMANN Bern “La Política Criminal y el Sistema de Derecho Penal. Traducción de Margarita Martínez Escamilla en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Madrid. España. 1991, pp. 693 y ss.; ello indica que, aunque se acepte que el derecho penal y la teoría del delito pueden

construirse desde perspectivas teleológicas, ello no significa una renuncia al Estado Social y Democrático de Derecho, es decir a la visión principialista. Una imagen del Estado Constitucional de Derecho bajo el modelo principialista en materia penal la expone Palazzo al indicar que: “En fin, es recordado el movimiento que se propone adecuar los contenidos del Derecho penal y, entonces, las elecciones de política criminal los valores sociales afirmados por la Constitución (constitucionalización del Derecho penal), en armonía, también con el llamado principio de ultima ratio”. PALAZZO Francesco “Estado Constitucional de Derecho y Derecho Penal” traducción de Vanna Andreini en “Teorías Actuales del Derecho Penal”. Editorial AD-HOC. Primera edición. Buenos Aires. Argentina. 1998, p. 178. .

7. POLÍTICA CRIMINAL Y PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO PENAL.

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

7.a. Noción y función de los Principios.

La configuración de principios en todo orden de las ciencias del espíritu, alude a la necesidad de estructurar el conocimiento sobre la base de enunciados principales o rectores, con carácter de veracidad y certeza, por lo que son, como se ha dicho “verdades fundantes” REALE Miguel “Introducción al Derecho”. Traducción de Jaime Brufan Prats. Novena edición. Editorial Pirámide. Madrid. España. 1989, p. 139. a partir de las cuales se construye todo el sistema de cada área del saber. En el ámbito normativo, estos principios son el eje central de toda la producción normativa y su adopción es el fruto histórico de las luchas del hombre, por asegurar los márgenes de libertad y justicia que le son innatos; su reconocimiento ha discurrido desde su concepción iusnaturalista hasta la positivización en las cartas magnas de diversos estados, así como en declaraciones y tratados internacionales.

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

General... op. cit. p. 256..

De la base conceptual predicha es posible desentrañar la función de los principios, entendida como, fuente de limitación para el ejercicio del poder, en este caso del *kratos* penal, y es que a partir de la regla de los principios, es posible sustentar en el ámbito externo, ya los derechos fundamentales y los mecanismos que garantizan los mismos para servir de valladar al poder criminalizador y sancionatorio del Estado en todo su significación; tanto en la producción normativa, como en cuanto a su interpretación y sistematización Reconociendo que el principialismo es la base de la limitación del poder en la creación del derecho como en su hermenéutica e integración véase VALENCIA RESTREPO Hernán "Nomoárquica, Principialística Jurídica o los Principios Generales del Derecho" Editorial Temis. Santa fe de Bogotá. Colombia. 1993, p. 3. , desterrando la arbitrariedad y permitiendo la intervención racional del derecho penal a través de las orientaciones político-criminales.

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

En este apartado trataremos de abordar cuales son los límites de la política criminal, para ello es bueno recordar que aunque reconocemos que entre dogmática penal y política criminal no hay un divorcio en el sentido lizsciano de tal concepción Sobre el tema en cuestión la visión que nos presenta Roxin es la siguiente: "Tradicionalmente se plantean dichas disciplinas más bien en una relación recíproca antagónica. El categórico aforismo de Liszt "El Derecho penal es la barrera infranqueable de la política criminal" sigue influyendo hasta hoy. Sin embargo esa conocida frase aparece en von Lizst como respuesta a la cuestión de si la "osada nueva construcción de la política criminal" introducida por la escuela sociológica del Derecho penal no tendría que llevar a derruir "ese despreciado edificio de intrincados conceptos que denominamos Derecho penal" y a sustituirlo por esta única frase "todo ser humano peligroso para la comunidad debe ser inocuizado en intereses de la colectividad todo el tiempo que sea necesario" Y entonces Lizst por razones propias del Estado de Derecho liberal, opone frente a esa concepción la idea del Derecho penal como "Carta magna del delincuente" y como baluarte del ciudadano contra el "Leviatán del Estado". ROXIN Claus "Derecho Penal". Parte General . Tomo I. Fundamentos... op. cit. pp. 223 a 224. Una visión distinta de contenido político-filósofico respecto del pensamiento de Liszt en cuanto a la relación escindente entre política criminal y dogmática penal puede verse en SILVA SÁNCHEZ Jesus-María "Política Criminal y Persona" op. cit. pp. 15 a 17. , no por ello aceptamos que las orientaciones político-criminales carezcan de restricciones, al contrario el reconocimiento que hacemos de un derecho penal orientado a las consecuencias, encuentra su justo límite, en el conjunto de principios que actualmente acuñados desde el plano constitucional, fijan los confines que son irrebables a la actividad político criminal, en otras palabras, estamos afirmando que en virtud de ese marco principialista la "Kriminalpolitik", resulta controlable mediante la actividad decisoria jurisdiccional tanto en el plano del control concentrado de la constitucionalidad como en el denominado

control difuso de la misma.

La función limitadora del poder estatal en general y del poder penal en particular, mediante el correcto uso de los principios que emanan de la carta política, ya ha sido reconocida por nuestro tribunal constitucional, al indicarse la preeminencia en el orden jurídico, de los principios fundamentales que gobiernan nuestra organización como Estado. En este sentido se ha dicho magistralmente, que la Constitución es más que una ley superior, y que en consecuencia se vértebra como cuerpo normativo a través de los principios rectores que informan al constitucionalismo teniendo al hombre como centro y fin de toda la actividad estatal. La Sala de lo Constitucional en este punto expresamente afirmó: "Aunado a lo anterior, es imperativo reconocer que la Constitución no es una mera ley fundamental o ley superior sino que además se trata de un conjunto normativo que ha optado por una serie de principios propios de las tradiciones del constitucionalismo; constituyendo, en consecuencia, un orden normativo que si bien es ideológicamente neutral, no es neutral ante tales principios. Ello significa que la Constitución no es la mera codificación de la estructura política superior del Estado Salvadoreño; sino que, si bien define esa estructura, lo hace a partir de un determinado supuesto y con un determinado contenido. Ese supuesto radica en la soberanía popular o poder constituyente del pueblo –Art. 83 Cn. – , y su contenido esta integrado esencial y básicamente por el reconocimiento de la persona humana como origen y fin de la actividad del Estado –Art. 1 Cn.–, lo que conlleva la búsqueda por la efectiva y real vigencia de los derechos fundamentales de la persona. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Sentencia de Inconstitucionalidad de los Artículos 2 inciso 2º y 4º, 4, 6, 12, 14 inciso 1º, 15 y 22 de la Ley Transitoria de Emergencia contra la Delincuencia y el Crimen Organizado. Publicaciones Especiales N° 23 de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, El Salvador, 1997, p. 72; de ahora en adelante citada como Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley de Emergencia. , obviamente que ante la majestad de tales axiomas todo poder del Estado debe entenderse que no es absolutamente autárquico, aún entrándose del poder legislativo, y para recalcar tal limite se recurrió por el alto tribunal a la célebre argumentación del Juez Marshall en el sentido que la Constitución como norma suprema sojuzga a todos los poderes estatales. La cita literal en la sentencia de lo expuesto por Marshall reza: "La Constitución es o bien una ley suprema, inmodificable por medios ordinarios, o bien esta situada al mismo nivel de los actos legislativos ordinarios y, al igual que otras leyes, es modificable cuando la legislatura quiere modificarla (...). Si la primera parte de la alternativa es exacta, entonces un acto legislativo contrario a la Constitución no es ley; si la última parte es exacta, entonces las constituciones escritas son tentativas absurdas, por parte del pueblo, de limitar un poder, que es ilimitable por su propia naturaleza". CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley de Emergencia.... op. cit. p. 71..

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

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

Tal respeto a ese núcleo esencial e irreductible, e impone una actividad de control de las opciones político criminales, que en todo caso deben sujetarse al ámbito de la constitucionalidad y de no ser así, deben ser conjuradas mediante los mecanismos regulativos que la misma Constitución ha dispuesto para su defensa, cuya tarea impostergable recae en la judicatura como garante de la constitucionalidad. Así, si bien es cierto que se ha reconocido en el ámbito jurisprudencial constitucional, que la política criminal acuña como elementos –lo cual puede reconducirse a fines– la prevención del delito, la persecución del delito y de la impunidad; así como la rehabilitación del delincuente; no es menos cierto, que tales metas, se circunscriben a que la actividad estatal encaminada a dichos logros en el área normativa, se someta al cumplimiento exacto de la constitucionalidad y de la estricta legalidad Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley de Emergencia.. op. cit. p. 93. En suma, debe quedar claro para nosotros, que la actividad legislativa, que se traduce en la política criminal práctica en el plano normativo, no obstante gozar de libertad configurativa, no debe ser entendida como una actividad arbitraria, irracional, e ilimitada, puesto que tal expresión del poder, encuentra su justa limitación en el marco de los principios constitucionales que emanan de nuestra carta política. Precisamente a continuación se hará un esbozo sobre el principio de culpabilidad y su función de límite, en cuanto a los excesos del poder que se aprecian en las reformas a la legislación penal.

8. PRINCIPIO DE CULPABILIDAD.

8.a. Fundamentos.

En el marco de un derecho penal que se precie de operar bajo la égida del Estado Constitucional de Derecho, el injusto típico no puede ser el fundamento de la pena, sino que, ésta debe suponer además otro juicio desvalorativo como vinculación entre el hecho cometido y la responsabilidad subjetiva del autor, en el sentido que

a nadie se le puede imponer pena sin culpabilidad y respetando la gradualidad de la misma. Así el brocardo “nulla poena sine culpa” que reconoce el principio de culpabilidad –en un sentido diferente de la categoría jurídicopenal de la culpabilidad, al menos como límite. Esta distinción entre principio de culpabilidad y culpabilidad como categoría de la teoría del delito ha sido correctamente distinguida ya en el ámbito de la doctrina penal, en tal sentido se ha afirmado: “ Cuando en este punto hablamos de la culpabilidad, en cuanto concepto central del derecho penal, se hace preciso aclarar que en el ámbito de éste, tomado en su contexto, deben distinguirse tres conceptos de la culpabilidad. En primer término la culpabilidad representa, desde la perspectiva político-criminal, el principio de rango constitucional, rector de la configuración de todo derecho penal en el sentido ius filosófico se trata de la idea de la culpabilidad en cuanto tal”. MAURACH Reinhart, ZIPF Heinz “Derecho Penal”. Parte General. 1. Teoría... op cit. ps. 512 a 513. En el mismo sentido en cuanto distinguir entre principio de culpabilidad y culpabilidad ver: MUÑOZ CONDE Francisco “El Principio de Culpabilidad” en Terceras Jornadas de Profesores de Derecho Penal. Santiago de Compostela Universidad Santiago de Compostela, España. 1975. p. 221; VELASQUEZ V. Fernando “La Culpabilidad y el Principio de Culpabilidad”. Revista de Derecho y Ciencias Políticas. Volumen 50. Año 1993. Universidad Nacional de San Marcos. Lima. Perú. 1993, p. 283. – impone al Estado la limitación de que ninguna persona puede ser objeto de las consecuencias jurídicas del delito, si el hecho no le es reprochable o exigible con independencia de la noción de culpabilidad que se asuma, la garantía radica en que sólo al culpable puede imponerse pena, de ahí que la culpabilidad es fundamento de la pena HIRSCH Hans Joachim “El principio de culpabilidad y su función en el derecho penal”. Traducción de Daniel R. Pastor. en Derecho Penal. Obras completas. Tomo I. Rubinzal Culzoni. Buenos Aires. Argentina. 1999, ps. 151 a 152. .

Así el principio de responsabilidad subjetiva o de culpabilidad que se enuncia bajo la clásica fórmula de “nullum crimen, nulla poena sine culpa” Así FRIAS CABALLERO Jorge, CODINO Diego, CODINO Rodrigo “Teoría del Delito” . Editorial Hammurabi. Buenos Aires. Argentina. 1993 p. 59., incorpora dos áreas importantes en cuanto limitación del poder penal –que se desarrollan en diferentes sub principios– que impiden un uso arbitrario de la función punitiva, las cuales pueden ser resumidas de la manera siguiente: a) No es posible imponer una sanción penal a quien actúe sin culpabilidad; b) Las sanciones que se impongan no deben sobrepasar la medida de la culpabilidad, debiéndose respetar como límite irrebalsable la medida de la misma. Ambas garantías permean todo el sistema penal, erigiendo al principio de culpabilidad como un instrumento garantizador de los derechos fundamentales y limitador del poder punitivo del Estado La visión del principio de culpabilidad como garantía fundamental en un Estado Constitucional respecto del poder penal con cita de abundante doctrina SANCHEZ ESCOBAR Carlos Ernesto “ El Principio de Culpabilidad Penal”. en Revista Justicia de Paz. N ° 10. Año IV- Volumen III. Septiembre-Diciembre.2001. CSJ-AECI. San Salvador, El Salvador. 2001, ps. 179 a 180..

8.b. Rango Constitucional del Principio de culpabilidad.

Entre nosotros podemos afirmar sin perfrasis que el principio de culpabilidad se encuentra normado con categoría de norma primaria en el artículo doce de la Constitución cuyo tenor literal es el siguiente: “Toda persona

a quien se impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa". El reconocimiento de tal principio a partir del artículo 12 Cn. Se ha realizado ya por la Sala de lo Constitucional al pronunciarse en materia de Inconstitucionalidad indicando su vigencia como garantía limitativa del poder sancionador La Sala dijo al respecto del principio de culpabilidad lo siguiente: "Podemos asegurar entonces, sin ambages que en materia administrativa sancionatoria es aplicable el principio nulla poena sine culpa; lo que excluye cualquier forma de responsabilidad objetiva, pues el dolo o culpa constituyen un elemento básico de la infracción tributaria. El jurista español José María Paz Rubio –profesor del Centro de Estudios Judiciales de Madrid– en conferencia dictada recientemente en el país, al referirse al principio de culpabilidad en relación a la Constitución, acertadamente sostuvo: "Eso quiere decir que la pena sólo se puede imponer a la persona culpable, o sea que es necesario que se base en el principio de culpabilidad y aquí llama la atención que la Constitución de El Salvador es de las pocas constituciones que garantiza el principio de culpabilidad en el primer inciso del Art. 12 de la Constitución. Por lo tanto no podría imponerse una pena en base a criterios de responsabilidad objetiva...". Sentencia de Inconstitucionalidad de la ley del IVA... op. cit. p. 83. . De igual manera en el ámbito de la doctrina se ha afirmado el principio de culpabilidad sobre el fundamento normativo del Art. 12 Cn. Vinculándolo estrechamente al principio de presunción de inocencia en una relación de complementariedad Así se ha dicho: "Es pertinente acotar la relación entre la institución que analizamos y el llamado "principio de culpabilidad". A primera vista, podría resultar tentador considerar ambos principios como opuesto, pero afirmarlo así revelaría un tratamiento apresurado de la cuestión.... lejos de ser principios excluyentes, los de presunción de inocencia y de culpabilidad están armónicamente vinculados, pues aquel constituye una manifestación de garantía de este. Además, ambos están reconocidos en la misma norma constitucional, como lo indicó la Sala de lo Constitucional en sentencia emitida a las doce horas del diecisiete de diciembre de 1997, citando al jurista español José María Paz Rubio". TINETTI José Albino y otros "Ensayos N°1. Tres Temas Fundamentales... op. cit. 131 a 133. Anclando el principio de culpabilidad en el Art. 12 de la Constitución. Confrontar. PAZ RUBIO José María "El Problema de la Pena y las Medidas Alternativas" en Memorias de la segunda conferencia iberoamericana sobre reforma de la justicia penal. Fase B. Derecho Penal. Tercera entrega. Centro de Investigación y Capacitación del Proyecto de Reforma Judicial. San Salvador. El Salvador. 1992. P. 69. .

8.c. Alcances del principio de culpabilidad.

Como se expresó la formulación tradicional del principio de culpabilidad se ha acuñado bajo el apotegma "nullum crimen, nulla poena sine culpa" aludiendo clásicamente a la necesidad de que la conducta se manifestara a través del dolo o la culpa cuando estas circunstancias se preconizaban incardinadas en la culpabilidad En tal sentido ver: SOTOMAYOR ACOSTA Juan Oberto "Consideraciones sobre el Principio de Culpabilidad y la Responsabilidad Penal del Inimputable". en Memorias de la Segunda Conferencia Iberoamericana sobre Reforma de la Justicia Penal. Fase B. Derecho Penal. Tercera entrega. Centro de Investigación y Capacitación del

Proyecto de Reforma Judicial. San Salvador, El Salvador. 1992. p. 33.. No obstante ello, la formulación del principio de culpabilidad en su ámbito garantizador ha presentado una constante evolución traducida en el acuñamiento de diversos sub principios, consecuencias o garantías específicas Confrontar. SOTOMAYOR ACOSTA Juan Oberto "Consideraciones sobre el Principio de Culpabilidad y la Responsabilidad Penal del Inimputable". en Memorias de la segunda conferencia iberoamericana... op. cit. p. 34. que imponen límites al poder penal con fundamento en una visión más amplia del principio de culpabilidad reseñada como de responsabilidad subjetiva Ver ZUGALDIA ESPINAR José Miguel "Fundamentos de Derecho Penal". Parte general. Las teorías de la pena y de la ley penal. Universidad de Granada. España. 1990 ps. 191 a 195..

Así la garantía principalista de culpabilidad se concibe actualmente en torno al siguiente esquema mediante los subprincipios, que a continuación se detallan: a) Principio de personalidad; b) Principio de responsabilidad por el hecho; c) principio de dolo o culpa; d) principio de proporcionalidad de la pena; e) principio de culpabilidad en sentido estricto: f) principio de presunción de inocencia Aunque con diversas manifestaciones sobre las garantías específicas que se derivan del principio de culpabilidad tal esquema en términos generales puede verse en: MIR PUIG Santiago "Derecho Penal". Parte General. 5 edición. Reppertor S.L. Barcelona. España. 1998 ps. 95 a 99.; SOTOMAYOR Juan Oberto "Medidas de Seguridad y Garantías Individuales" en Actualidad. Revista Jurídica. Año1 n° 1. Unidad Técnica Ejecutiva. San Salvador. El Salvador. 1996 p. 164. QUINTERO OLIVARES Gonzalo "Derecho Penal". Parte General. Segunda edición corregida... op. cit. ps. 70 a 71; TREJO Miguel Alberto, SERRANO Armando Antonio, FUENTES DE PAZ Ana Lucila, RODRIGUEZ CRUZ Delmer Edmundo y CORTEZ DE ALVARENGA Alba Evelyn "Manual de Derecho Penal". Parte General. Centro de Investigación y Capacitación . Proyecto de Reforma Judicial. San Salvador. El Salvador. 1° edición. 1992 ps. 76 a 78; DEL CID FLORES Evelin Carolina "La Función del derecho Penal en el Estado de Derecho" en Revista de Derecho Penal N° 1. Enero 1996-Julio 1997. Corte Suprema de Justicia. San Salvador. El Salvador. 1997, ps. 11 a 12; sumamente amplio en cuanto a las garantías derivadas del principio de culpabilidad VELASQUEZ V. Fernando "Derecho Penal ". Parte general... op. cit. ps. 283 a 285. . Todos los enunciados limitan el poder penal en el sentido de proscribir la aplicación de sanciones si no se ha determinado la imputación subjetiva del autor o participe al hecho por una parte o en el ámbito de la dosimetría de la culpabilidad en el sentido que la sanción no corresponda al grado de culpabilidad.

8.d. Principio de Personalidad.

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

Este problema de una culpabilidad estructurada a nivel personal y de unas sanciones con carácter personalismo no sólo es un tema de épocas añejas del derecho penal. El fundamento de que la culpabilidad y la pena atienden al criterio de personalidad tiene su explicación en el hecho de que en otras épocas la culpabilidad y la pena no se entendían personales y era normal su transferencia a otras personas que no eran las responsables del hecho sucedido, extendiéndose incluso a la comunidad toda, y en otros casos a animales o cosas. Ver en tal sentido FERRAJOLI Luigi "Derecho y Razón" Teoría... op. cit. p. 287 ; con cita de bibliografía SANCHEZ ESCOBAR Carlos Ernesto "El Principio de Culpabilidad"... op cit. p 199. , sino que es un tópico actual no solo en el ámbito de derecho penal de fondo, sino también en la esfera del derecho procesal penal y del derecho de ejecución, áreas en las cuales de manera larvada es posible afectar la esencia del principio de personalidad.

8.d.1. El problema de la pena de prisión. Si todas las penas son restrictoras de derechos fundamentales, la pena de prisión por su naturaleza lo es aun más, y debemos reconocer que la misma, en cuanto sus efectos no sólo afectan al declarado culpable y responsable del delito, sino que también extiende sus efectos deletéreos hacia otras personas que constituyen el entorno social cercano del acusado –su familia– y que desde una perspectiva social son alcanzados en sus derechos fundamentales mediante la pena sin que participen de la culpabilidad del acusado.

Esa situación, es importante tenerla presente al momento de criminalizar conductas y fijar sanciones penales en abstracto y en concreto, pues siendo un efecto negativo ciertamente irreductible, sólo puede aspirarse a racionalizar la coerción penal material, en el sentido de disminuir sensiblemente los límites de la sanción penal, que inflige materialmente un sufrimiento no sólo al condenado, sino a las personas que forman su grupo social esencial, transfiriendo los efectos de la sanción a terceros. Si tales consecuencias no puede erradicarse, por los caracteres ontológicos de la pena de prisión, al menos es plausible atemperarlos, en virtud de esta irrefutable realidad por lo que la pena debe responder a un grado de medida. Penas excesivas en cuanto su dureza por el límite de tiempo que fijan, sólo permiten agudizar este dilema –ciertamente irresoluble– aun si entendemos necesario el derecho penal en su consideración de instrumento de ultima ratio.

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

También en el ámbito del derecho procesal penal es posible hacer valer el principio de culpabilidad como instrumento de garantía. Entre nosotros se encuentran casos paradigmáticos que –en mi opinión– lesionan materialmente el principio de culpabilidad y lo hacen entrar en la medida cautelar de detención provisional. La actualidad de la doctrina y también en la jurisprudencia constitucional, se ha esforzado por delimitar correctamente la detención provisional de la pena de prisión, haciéndose énfasis, en que ambas medidas de coerción responden a distinta naturaleza, de tal manera que ambas no son homologables –mas allá de la materialidad en la intensidad de la privación de libertad con exclusión del régimen penitenciario– y por lo tanto no pueden esperarse que ambas cumplan los mismos fines. Sobre los fines que se predicen a las medidas cautelares y de entre ellas especialmente a la detención provisional con abundantes criterios cuya discusión ameritaría otro espacio ver: TINETTI José Albino y otros en "Ensayos N° 1". Tres temas fundamentales... op. cit. ps. 417 a 433. ;

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

Ahora bien si entendemos que la culpabilidad y la pena son personalísimas, debemos entender que la persecución penal y las medidas coercitivas, que se incorporan para investigar y determinar el delito, deben responder a la misma lógica, es decir, ser personalísimas, en tal sentido nadie debería ser perseguido penalmente por hechos ajenos, ni tomarse como fundamento para la coerción procesal, hechos que son al nivel de imputación procedimental extraños a la persona que se persigue como justiciable. Y aquí precisamente es donde se quiebra el principio de culpabilidad en el ámbito procesal penal, pues existen fundamentos normativos que permiten decretar la detención provisional por hechos de otras personas.

La referencia puntual es al supuesto del artículo 292 CPP que permite fundamentar la medida cautelar de detención provisional –además de concurrir el supuesto primero del mismo– con fundamento en "la frecuencia con la que se cometan hechos análogos". Ello no significa otra cosa, que decretar una restricción a un derecho fundamental como lo es la libertad por medio de la prisión preventiva, tomando como base los hechos que otros

hayan cometido, así la imputación de hechos de otras personas, son transferidos a la imputación personal del justiciable para fundamentar la prisión preventiva restringiendo la libertad del acusado por los hechos de terceros, tal situación entendemos es lesionadora del principio de culpabilidad que no sólo extiende su radio garantizador al derecho penal de fondo sino también al entorno del derecho procesal penal y en este caso a la persecución penal y a las medidas restrictivas de los derechos fundamentales, una de las cuales es la prisión preventiva.

Otro punto importante es la perversión que se ha realizado de la detención provisional al incardinarle efectos que le son extraños, puesto que la detención provisional no tiene como finalidad mermar, contener o disipar la alarma social que la ejecución del entuerto penal haya ocasionado y que también el Art.292 CPP habilita como supuesto para decretar la detención provisional. Los fines preventivos de la pena –entre ellos el de alarma social– no deben ser homologados a los fines de la prisión preventiva, ello significaría reconocer –entre otras situaciones– que la prisión preventiva es una pena anticipada y que se anticipa ante una persona inocente no declarada culpable hasta ese momento, por ello es que la detención provisional no debe tener como parte de sus fundamentos aplacar la alarma social en un Estado que se precie de ser de Derecho, constitucional y democrático.

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

Si ya se había anticipado que la pena de prisión provoca efectos deletéreos para terceras personas que están desvinculadas de la culpabilidad del autor, dichas consecuencias pueden agravarse de manera intolerable según las modalidades de ejecución de la pena que se adopten. Y aquí llama la atención como la reforma en el ámbito penitenciario conculca el principio de culpabilidad –entre otros– haciendo recaer sobre otras personas desvinculadas del delito, los efectos nocivos de la pena, transfiriendo materialmente la culpabilidad y los efectos de la sanción a terceros que por virtud de una acentuación exacerbada de la prevención especial serán afectadas en algunos de sus derechos fundamentales.

Precisamente se hace alusión a la restricción de las visitas familiares con evitación del contacto físico entre condenado y familia; y la prohibición de la visita íntima que determina el artículo 103 de la Ley Penitenciaria como régimen de internamiento especial. Un breve examen de la adopción de tales medidas muestra el traslado de la culpabilidad y de la pena en su sentido material, pues los efectos de ambas se irradian a personas que no tienen ninguna vinculación con el delito –los familiares– y que sin embargo son afectadas pues se le restringen a ellos – padre, madre, cónyuge, compañera de vida, hijos, hermanos etc. – su ámbito de libertad y además el Estado –en este caso actuando leviatánicamente– no sólo incumple el mandato constitucional de proteger la familia –artículo 32 Cn.– si no que mediante su propia actuación –la del poder ejecutivo que propone la reforma y la del legislativo que la aprueba– lesiona gravemente los intereses de la familia.

Las normas adoptadas –cuyo examen no agota todo su contenido– son lesionadoras del principio de culpabilidad, pues hacen trascender los efectos de una ejecución de la pena inhumana, a otras personas afectando derechos como la libertad y la familia, ello deviene en inconstitucional pues afecta en esencia el principio de que la pena es personalísima, derivado esencial del principio de culpabilidad, reconocido en el artículo 12 Cn. y además vulnera el artículo 5.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que prescribe: “La pena no puede

trascender de la persona del delincuente”. Obviamente el limitar a los familiares del condenado el contacto físico con éste en cuanto al régimen de visitas y la prohibición de la visita íntima hace trascender a estos los efectos de la pena de prisión en cuanto al tratamiento de ejecución, pena que en sí misma es inhumana y afectativa de otras normativas internacionales

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

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

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

Lo relevante para el principio de culpabilidad, es tener en cuenta las circunstancias en las cuales debe manejarse este ámbito de transferencia de calidades especiales, en el sentido que, si se considera ello idóneo en el ámbito de la tipicidad vinculado al elemento de autoría, ello no supone la transferencia de la culpabilidad de las actuaciones de la persona natural respecto de la persona jurídica; esta relación debe mitigarse en el sentido que no todas las personas humanas que constituyen la persona jurídica, deben ser afectadas por las actuaciones del ente moral, mediante el concurso de personas naturales en la comisión de ilícitos penales. Se está indicando entonces que por el hecho que una o más personas humanas, utilicen las estructuras de una persona jurídica para delinquir, ello no genera automáticamente responsabilidad para todas las personas naturales, que tienen la representación o la dirección de la persona jurídica; No es aceptable desde el principio de culpabilidad que por el sólo hecho de constituir parte de la persona jurídica se deba responder de todas las consecuencias que se generen tanto en el ámbito penal como en el civil.

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

La criminalización de nuevas conductas delictivas respecto de renovados bienes jurídicos que se dotan de autonomía, desligándose de una concepción antropocéntrica –por ejemplo el medio ambiente– Así TERRADILLOS BASOCO Juan “Delitos relativos a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente” en “Derecho Penal del Medio Ambiente”. Editorial Trotta. Madrid. España. 1997 ps. 42 a 43. han generado la

discusión de si las formas cumulativas de tipicidad vulneran el principio de culpabilidad en la modalidad de que la culpabilidad es singular e intransferible, lo cual se fundamenta en la realización de la conducta personal. Es decir si la culpabilidad y la pena se preconizan de personalísimas, la tipicidad de la conducta también debe ser personalísima –sin perjuicio de los grados de participación en sentido amplio– en el entendido que sólo sobre los hechos típicos que cometa el autor puede recaer el juicio de culpabilidad, éste no pudo asumir hechos de otros.

La tipicidad cumulativa –según Kunhlen– KUHLEN A. Der Handlungserfolg der strafbarem Gewässerverunreinigung (324 StGB), GA 1986, exp. 389, ps. 399. Así citado por HASSEMER Winfried, MUÑOZ CONDE Francisco “Introducción a la Criminología...” op. cit. p. 178. es aquella en la cual la producción dañosa como afectación del bien jurídico aparece mediante la coincidencia reiterada de varias acciones que –en principio inocuas– sumadas o acumuladas representan una dañosidad tal que afectan al objeto de protección. En tal sentido el perjuicio no acontece hasta que concurre la reiteración de diversas conductas que van acumulando un daño que de ínfimo al final resulta creciente precisamente –según lo informa Kleine – KLEINE-COSACK E. “Kausalitätsprobleme im Umweltstrafrecht, Berlin 1998 ps. 76 a 77. Así citado por TERRADILLOS BASOCO Juan “Delitos relativos a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente” en “Derecho Penal del Medio...” op. cit. p.48. por sus efectos cumulativos.

Si las conductas reiteradas, que acumulan secuencialmente el daño, proviniesen de una misma persona, los cuestionamientos dogmáticos serían de otra entidad, empero si las conductas que al final por acumulación, convergen a provocar la afectación del bien jurídico, provienen de distintas personas que por sus diferentes acciones van sumando el perjuicio y que al final permiten concretar la tipicidad, y sobre la misma fundar la determinación de la culpabilidad, tal situación si compromete de lleno el principio de culpabilidad, puesto que el sustrato típico, es decir los hechos sobre los que recae la subsunción y sobre los cuales se predicara la culpabilidad no provienen con exclusividad del autor En este punto, es importante advertir que tal situación problemática no estaría satisfactoriamente resuelta –al menos en nuestra opinión– desde la perspectiva del principio de culpabilidad, por la denominada autoría accesoría la cual informa Trejo –citando a Jescheck – consiste “Cuando varias personas producen en común el resultado típico sin hallarse vinculados por un común acuerdo”. TREJO ESCOBAR Miguel Alberto “Autoría y Participación en Derecho Penal”. Editorial Triple “D”. 1ª edición. San Salvador. El Salvador. 2000, p. 31. . En tal sentido la pena toma como referente una culpabilidad que ya no es personalísima sino que esta difuminada sobre diversas actuaciones no imputables subjetivamente en su conjunto a la persona. Tal situación merece una profunda reflexión –que escapa a los alcances de este apartado– puesto que materialmente las tipicidades cumulativas estarían afectando el sub principio de que la culpabilidad es personalísima que sólo se estructura por los hechos personales por acción u omisión del sujeto, sin que se deba responder por las acciones u omisiones de otros.

8.e. Principio de Responsabilidad por el hecho.

Esta consecuencia del principio de culpabilidad, descansa sobre la base de que la culpabilidad y por ende la

pena, tiene como fundamento los hechos que el sujeto activo del delito ha cometido y no su personalidad. Así el cimiento de la culpabilidad, se centra en las acciones u omisiones del sujeto en relación con la conducta delictiva, es decir el reproche viene dado por los hechos realizados –culpabilidad de acto– y no obedece a las características personales del autor –culpabilidad de autor– Cuando se alude a la culpabilidad por hechos y no a la culpabilidad de autor no se pretende objetivizar de manera absoluta el contenido de este elemento. La culpabilidad si bien es cierto es predicable de los hechos, se dirige a la persona que cometió esos hechos, pero en relación con los mismos, y no tomando como forma asertiva la personalidad del sujeto para instituir su culpabilidad, sobre ello parece oportuno convocar la opinión de Cury Urzua quien prístinamente explica: “La culpabilidad así estructurada, es reproche por el acto cometido que se dirige a la persona del autor, pero no se funda en ella. Se reprueba el haber incurrido en un homicidio, hurto, violación, o delito tributario, pero no se admite juicio alguno sobre la personalidad total del autor”. CURY URZUA Enrique “Derecho Penal”. Parte General. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1985, p. 23. . En tal sentido, se reconoce ampliamente la culpabilidad fundada sobre un derecho penal de acto o de hechos y no de un derecho penal de autor Adhiriéndose a la visión –con sus propias peculiaridades– de que la culpabilidad tiene como fundamento un derecho penal de acto y no de autor entre otros: CHOCLAN MONTALVO José Antonio “Culpabilidad y Pena”. Su medición en el sistema penal salvadoreño. Justicia de Paz (CSJ-AECI). Primera edición. El Salvador. 1999, p. 6. ; SUAREZ SÁNCHEZ Alberto “El Debido Proceso Penal”. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Colombia. 1998, p. 128; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA Juan “Derecho Penal Fundamental”. Tomo II. Teoría general del delito y punibilidad. Segunda reimpresión. Temis. Santa Fe de Bogotá. Colombia. 1995, p. 63; SOLER Sebastián “Derecho Penal Argentino”. Tomo II Tipografía Editora Argentina. Buenos Aires. Argentina, 1989, p. 7; CURY URZUA Enrique “Derecho Penal”. Parte General. Tomo II. Op. cit. p. 5; VELASQUEZ V. Fernando “Derecho Penal”. Parte General.... op. cit. p. 283; ZAFFARONI Eugenio Raúl “Manuel de Derecho Penal”... op. cit. ps. 74 a 75; FERNÁNDEZ Gonzalo D. “Culpabilidad y Teoría del Delito” Volumen I. Julio Cesar Faira. Editor. Montevideo. Uruguay. 1995, p. 86; ROXIN Claus “Derecho Penal”. Parte General... op. cit. ps. 176 a 177; y “La Culpabilidad como Criterio Limitativo de la Pena” en Revista de Ciencias Penales de Chile. Tomo 32, enero-abril, 1973. Ediciones Encina-Ltda. Santiago de Chile. 1973, p. 41; MUÑOZ CONDE Francisco “Teoría General del Delito”. Segunda edición Tirant lo Blach. Valencia. España. 1991, ps. 23 a 24; COBO DEL ROSAL Manuel, VIVES ANTON Tomás S. “Derecho Penal”. Parte General. 4º edición. Conforme al código penal de 1995. Tirant lo Blanch. Valencia. España. 1996. p. 492 a 493; FERRAJOLI Luigi. “Derecho y Razón”. Teoría... op. cit. ps. 495 a 496; JESCHECK Hans-Heinrich “Tratado de Derecho Penal” . Parte General. Cuarta edición... op. cit. p. 19. .

8.e.1. Culpabilidad de acto.

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

8.e.2. Culpabilidad de autor.

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

La sustentación del derecho penal de autor, que pretenden fundar la culpabilidad en la personalidad del sujeto, ha presentado diversos matices, pero todos ellos con mayor o menor acentuación se centran en una visión culpabilística de la persona atendiendo a características intrínsecas de su ser, es decir la desvalorización de la personalidad del sujeto, como actitud ante la vida, es la esencia de lo culpable En tal sentido ver MAURACH Reinhart, ZIPF Heinz “Derecho Penal”. Parte General. Tomo 1... op. cit. p. 587..

De ahí que se hayan formulado distintos enfoques para justificar el derecho penal de culpabilidad de autor Derecho penal de autor es aquel en el cual la culpabilidad y la pena se vincula decisivamente a la personalidad del sujeto como connotación asocial y en virtud de la cual se determina y gradúa la culpabilidad. Confrontar ROXIN Claus “Derecho Penal”. Parte General. Tomo I. Fundamentos... op. cit. p. 177. , de entre los cuales conviene destacar los siguientes:

8.e.2.1. Concepción sintomática del delito.

Los orígenes –en este caso de la doctrina alemana– se centran en la tipología de culpabilidad de autor, preconizada por el pensamiento de Tesar y Kollmann, para quienes la culpabilidad radicaba en la personalidad del sujeto y en cambio el hecho delictivo tenía un mero contenido sintomatológico de esa expresión criminal de la conducta, lo decisivo para la culpabilidad era la personalidad del sujeto Confrontar MAURACH Reinhart, ZIPF Heinz “Derecho Penal”. Parte General. Tomo 1... op. cit. p. 587; en los mismos términos Roxin quien indica: “Como fundadores de la denominada concepción sintomática del delito destacan Tesar y Kollmann. Ambos sustentan (desde muy diversos puntos de partida metodológicos en lo particular) la tesis de que no se debe enjuiciar el hecho por su repercusión en el mundo exterior, sino por lo que nos revela sobre el interior del autor. Por tanto el hecho solo es un “síntoma” de la personalidad del autor”. ROXIN Claus “Derecho Penal”. Parte General. Tomo I. Fundamentos ... op. cit. p. 179. ;

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

Las raíces de esta visión de lo culpable –Radbruch, Schmidt, Koldrausch, Grünhut– se hunden ya en el peligrosismo, por lo que el hecho como delito es pura expresión de la personalidad o del carácter del autor, por ende la culpabilidad radica en la forma peligrosa del delincuente, cuya muestra es su personalidad, la cual depende del temperamento del sujeto del cual, éste mismo es el responsable ROXIN Claus “Derecho Penal”. Parte General. Tomo I. Fundamentos ... op. cit. p. 179. ;

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

De los modelos precitados se deriva la denominada concepción culpabilidad por la conducción de la vida –o *Lebenführungsschuld*– según la cual, la persona es culpable por la forma en la cual asume conducir u orientar su vida, siendo tal opción una errada elección en cuanto a la forma de desenvolver la existencia, y en virtud de la cual, es que se reprocha la culpabilidad; en suma se es culpable por la forma en la cual normalmente se conduce la propia vida. Tal posición dogmática sobre la responsabilidad, es sostenida por Mezger quien ciertamente parte en principio de una culpabilidad por el acto aislado –*Einzeltatschuld*– pero adiciona luego como fundamento de la culpabilidad y de su medición, la forma general en la cual se orienta o se conduce la vida, destacando en consecuencia una culpabilidad por la personalidad del autor, en cuanto forma de asunción de la existencia, así lo expresa el precitado autor al considerar que: “Para calificar en estos casos la culpabilidad del autor hablamos por primera vez en la *ZStW* 57, pp. 675 y ss. (y 688 y ss.), y en el *Grundriss*, 1° ed. (1938), p. 72, junto a la culpabilidad por el hecho concreto, de la culpabilidad por la conducción de la vida, es decir, del actuar reprochable por las anteriores etapas de la vida” Ver MEZGER Edmund “Modernas Orientaciones de la Dogmática Juridico-Penal”. Traducción de Francisco Muñoz Conde. Tirant lo Blanch. Valencia. España. 2000 ps. 54 a 55. En el mismo sentido se pronuncia dicho autor por la culpabilidad por conducción de vida en “Derecho Penal”. Parte General. Libro de Estudio... op cit. p. 193. . Precisamente en su versión sobre el hecho punible el profesor de Munich afirmaba “La culpabilidad jurídico penal del autor no es sólo culpabilidad por el hecho aislado, sino también su total culpabilidad por la conducción de su vida, que le ha hecho degenerar”. MEZGER Edmund “Die Straftat als Ganzes, *ZStW* 57 (1938) 675, p. 688. Así citado por ROXIN Claus “Derecho Penal”. Parte General. Tomo I. Fundamentos... op. cit. p. 180.;

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

Esta forma de ver la culpabilidad en sentido personal, corresponde a Paul Bockelmann para quien la culpabilidad, debe descansar no sobre la situación modal en la cual se conduce la vida como expresión material, sino en factores decisionales, de ahí que las situaciones de perversión del vivir como simples episodios o como una constante, obedecen a las determinaciones erradas que el sujeto asume en la vida Sobre ello se indicaba “La esencia de la culpabilidad del autor no consiste en una conducción incorrecta de la vida, pero sí en una decisión incorrecta sobre la vida”. BOCKELMANN Paul “Studien zum Täterstrafrecht, Parte II. 1940 p. 153. Así citado por ROXIN Claus “Derecho Penal”. Parte General. Tomo I. Fundamentos... op. cit. p. 181.;

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

Esta particular percepción de la culpabilidad, es preconizada por Engisch para quien el hombre es culpable en atención al desarrollo de su personalidad criminal, con la distinción que la responsabilidad se extiende aun para aquellos rasgos criminógenos que no le sean imputables a la defectuosidad de su carácter Sobre esta valoración de lo culpable por la personalidad aun por aquellas manifestaciones no queridas se indica: “Si in sujeto con ciertas acciones o con un determinado comportamiento, ha puesto de manifiesto un comportamiento malvado, veleidoso

o desordenado, tiene que responder y expiar por ese carácter, y por cierto sin consideraciones a como a llegado a tener ese carácter, con tal de que sea persona (o sea, no enfermo mental o inmaduro) y que haya actuado como tal (es decir, sin estar en una situación de perturbación de la conciencia)". ENGISCH "Zur Idee der Täterschuld, ZStW 61 (1942) p. 174 a 177. Asi citado por ROXIN Claus "Derecho Penal". Parte General. Tomo I. Fundamentos... op. cit. p. 181.;

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

Esta corriente del pensamiento –de la cual se matizan diferencias en sentido estricto con el derecho penal de autor– fue impulsada mediante la Escuela de Kiel –Dahm– y sustentaba la culpabilidad, valorativamente sobre la tipología de delincuentes nocivos para el pueblo o de delincuentes habituales, pero tal predicado se hacia bajo una especie de paralelismo entre el acto ejecutado y la prognosis conductual esperada, de acciones prefiguradas como nocivas o habituales Ver ROXIN Claus "Derecho Penal". Parte General. Tomo I. Fundamentos... op. cit. p. 182 a 183..

8.e.2.7. Culpabilidad de autor en la dosimetria de la pena.

En el actual estado de cosas, el discurso sobre un derecho penal de autor, se pretende introducir larvadamente en una simbiosis entre derecho penal de acto como fundamento del reproche de culpabilidad, pero con parámetros de derecho penal autoral en cuanto a la medición de las consecuencias jurídicas del delito, es decir en cuanto a la medición de la pena. En este rubro se proponen criterios propios, que atienden a la agravación del quantum de la sanción, con fundamento en la personalidad del delincuente, –curiosamente– tales circunstancias solo propician una mayor drasticidad en la dosimetria de la pena. Tal visión en el derecho penal teutón, es la denominada "culpabilidad para la medición de la pena –Strafzumessungsschuld– en la cual hay una amplitud para estimar cuestiones atinentes a la personalidad del sujeto para determinar su pena, ello no obstante la cesura que se pretende realizar, comporta una aplicación de reglas de derecho penal de autor y debe ser rechazada por ser contraria al principio de personalidad, puesto que a partir de dicha garantía, la consecuencia de que sólo se responde por los actos cometidos y no por la personalidad, no-solo atañe a la determinación y graduación de la culpabilidad, sino que tambien tal garantía es extensiva a la determinación de la pena, para fundar ésta, no son compatibles criterios de personalidad que pretendan revelar un mayor desvalor con fundamento en enfoques que valoran rasgos de la personalidad Ver FERNANDEZ Gonzalo D. "Culpabilidad y Teoría..." op. cit. p. 87..

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

derecho penal cuentan los hechos punibles” Confrontar MAURACH Reinhart, ZIPF Heinz “Derecho Penal”. Parte General. Tomo 1... op. cit. p. 588..

De la exposición esbozada es plausible concluir que el acuñamiento de doctrinas como culpabilidad de autor, culpabilidad por el carácter, culpabilidad por la conducción de vida, etcétera, se nutren de una misma fuente placentera erigida en el derecho penal de autor y éste sobre la base del peligrosismo, corrientes que han servido en la historia del hombre para justificar execrables infamias en contra de la dignidad humana En tal sentido son oportunos los ejemplos que se señalan en: FERRAJOLI Luigi “Derecho y Razón”. Teoría... op. cit. pp. 504/534. .

8.f. El Peligrosismo.

Los fundamentos del derecho penal autoral que se han venido esbozando –en apretado epitome– se ceban en las fuentes de la peligrosidad, esta visión de la persona humana, como ser especialmente peligroso según sus características fisiognómicas Según informa Ferrajoli la inclinación por considerar peligroso a los hombres en virtud de sus características físicas que reflejan la fealdad de una persona proviene del mito de Tersistes, aunque aclara que sólo excepcionalmente en la antigüedad la responsabilidad penal se decanta por estos argumentos somáticos, si puntualiza que a partir del siglo XVIII se fomenta estas teorías desde enfoques antropológicos –Lavater– frenológicos –Gall– evolucionistas –Lombroso– por las cuales se preconiza que los rasgos morfológicos de las personas –además de características morales o espirituales– son sustanciales para fijar parámetros de peligrosidad. Se recuerda por ejemplo la cita invocada por Lombroso –en el L’uomo delinquente– procedente de un edicto medieval que prescribía para efectos de elucidar la verdad en sujetos con similares grados de sospecha por imputaciones, torturar al menos agraciado. Confrontar FERRAJOLI Luigi “Derecho y Razón”. Teoría... op cit. p. 534. El mito de Tersistes alude a un personaje de los versos Homéricos en la Ilíada, que destaca por su fealdad a la que se asocia todo tipo de vicios y del cual se origina uno de los prototipos del hombre criminal. ENCICLOPEDIA UNIVERSAL ILUSTRADA. Europea –Americana. Tomo LX. Espasa/Calpe. Madrid. España. 1928, p. 1555. , son pilares centrales de los modelos positivistas que se impulsan mediante el defensismo social. La responsabilidad del sujeto, entendida como derivado de la culpabilidad no interesa en demasía, lo importante es la visión de peligrosidad que presente el sujeto, la cual se determina mediante el estudio de su personalidad, apoyándose en la metodología de algunas ciencias naturales. La peligrosidad es un concepto cuyo acuñamiento jurídico se concede a Garófalo quien a partir del predicado de “temibilita” va a indicar que peligrosidad es “la perversidad constante y activa del delincuente y la cantidad del mal previsto que hay que temer por parte del mismo delincuente” GAROFALO Raúl “La Criminología”. Estudio del delito y teoría de la represión. Traducción de Pedro Dorado Montero. Editorial, Moderna. Madrid. España. 1890. P. 405. Asi citado por DONNA Edgardo Alberto “La Peligrosidad en el Derecho Penal”. Ensayos Jurídicos. N° 24. Editorial Astrea. Buenos Aires. Argentina. 1978, p. 24. Según lo informa Blau –citado por Barbero– en la jurisprudencia alemana se entendió por peligrosidad: “La probabilidad de que se repita la realización de hechos delictivos que ofendan de forma grave al orden jurídico”. BLAU J. Gefährlichkeitsberiff und sichernde Massregeln im iberoamerikanischen Strafrecht, Bonn. 1951, p. 24. Así citado por BARBERO SANTOS Marino “Estudios de Criminología y Derecho Penal”. Universidad

de Valladolid. Secretariado de Publicaciones. Valladolid. España. 1972, p. 34..

De ese enclave peligrosista del positivismo italiano surgen diversas modalidades del peligrosismo. Un enfoque atañe a la peligrosidad social de la persona entendido de manera amplia o en un sentido predelictual –anterior al delito– como eventualidad de cometer hechos delictivos, a lo cual debe responderse mediante una defensa preventiva. En cambio en la peligrosidad criminal –peligrosidad post-delictual– el centro de atención es la prognosis de volver a delinquir –reincidencia– para lo cual, debe reaccionarse mediante la sanción penal sobre la base de la peligrosidad del sujeto lo cual se corresponde con parámetros de su personalidad criminal Indica Ferri sobre la peligrosidad social y la peligrosidad criminal lo siguiente: “En orden a la defensa preventiva se distinguen a los ciudadanos en peligrosos y no peligrosos, en cambio, para la defensa represiva todos los delincuentes son peligrosos, si bien en grado diverso. Respecto de la defensa preventiva existe una peligrosidad social genérica: para la defensa represiva una peligrosidad criminal específica: la peligrosidad social lleva consigo el peligro de delito; la peligrosidad criminal el peligro de la reincidencia. Se dan, por tanto, una valuación preventiva y otra represiva de la peligrosidad. En la policía de seguridad las medidas de defensa preventiva son <<medidas de policía>>, no debiéndose confundirse con las <<medidas de seguridad>>post delictum de la defensa represiva”. FERRI Enrico “Principios de Derecho Criminal”. Traducción de José Antonio Rodríguez Muñoz. Editorial Reus. Madrid. España. 1933, p. 276. (las bastardillas son del texto) .

La visión peligrosista como estado personal suele ser considerada desde tres aspectos: a) La cronicidad: que atañe a la inclinación de la persona para delinquir nuevamente, es decir después de haber perpetrado un delito, aptitud que puede extenderse por períodos dilatados; b) La involuntariedad. Es decir es un encausamiento radicalmente determinista en el cual se es peligroso por naturaleza –postulado que no es extraño a la doctrina positivista de la época– siendo que, la personalidad es la que marca el camino de la peligrosidad como algo congénito; c) La juridicidad. Patrón por el cual la regla de la norma es la que define el ámbito de lo peligroso de la persona, la cual debe considerarse desde el prisma de la cualidad personal para ser peligroso Confrontar BARBERO SANTOS Marino “Estudios de Criminología y Derecho Penal”... op. cit. ps. 30 a 31..

De lo expuesto se colige que peligrosidad y derecho penal de autor son dos modelos que tienden al sincretismo, sobre la base que, la personalidad del sujeto es el fundamento esencial para determinar la sanción a imponer; desde esta percepción lo que el sujeto ha hecho es sólo un elemento sintomático de su personalidad criminal, siendo ésta última lo que realmente importa para determinar su responsabilidad y el grado de la misma, de ahí que ambas concepciones encuentren su amparo bajo normas esencialmente constitutivas Las normas o leyes penales constitutivas son aquellas mediante las cuales el decisionismo legisferante no prohíbe conductas en el sentido de actos u omisiones sino que prohíben formas de ser o de vivir la vida. Así FERRAJOLI Luigi “Derecho y Razón”. Teoría... op. cit. p. 504. que prefijan una forma de ser, y resultan desde los planos deontológicos verdaderamente lesionadoras del principio de igualdad y de dignidad del ser humano Esta es la postulación de Ferrajoli que expresa en tal sentido: “Por el contrario el carácter constitutivo de la norma penal implica, por principio, desigualdad y discriminación. Al castigar y reprimir la identidad desviada con independencia de las acciones realizadas, las normas penales constitutivas presuponen que somos naturalmente o socialmente

distintos, y expresan con ello, la intolerancia para con las personas anormales o sencillamente diversas, identificadas por características intrínsecas, cualesquiera que sean los criterios para su diferenciación". FERRAJOLI Luigi "Derecho y Razón". Teoría... op. cit. p. 505..

8.f.1. La Reincidencia.

La decisión de que la reincidencia agrave la responsabilidad penal del nuevo delito cometido, es una opción –que debe calificarse sin ambages– como de derecho penal de autor, ello por que, lo que se pretende castigar esencialmente es la personalidad del delincuente, la proclividad hacia el delito, la inclinación respecto de las conductas delictivas. La reincidencia se ha calificado como "la problemática de las disposiciones legales que hacen derivar una consecuencia jurídica más grave o más privativa de derechos de la circunstancia de que la persona con anterioridad haya sido condenada o sufrido pena por otro delito" Así ZAFFARONI Eugenio Raúl "Reincidencia: Un concepto de derecho penal autoritario" en Derechos Fundamentales y Justicia Penal. Edmundo Vásquez Martínez. Com. Editorial Juriscentro. San José. Costa Rica. 1992 p. 36., indicándose que la misma puede ser entendida como genérica o específica, ficta o real La reincidencia es genérica, cuando el delito precedente por el cual se es condenado no tiene distingo alguno, es específica cuando es necesario que el nuevo delito cometido sea de igual entidad al cometido anteriormente o al menos de la misma naturaleza. Se dice que la reincidencia es ficta cuando para su concurrencia solo basta la declaración de condena, aunque la penalidad no se haya cumplido; al contrario es real la reincidencia cuando requiere el cumplimiento de la pena. En tal sentido ver: ZAFFARONI Eugenio Raúl "Manual de Derecho Penal". Parte General... op cit. p. 768. Y su justificación ha transitado por diferentes alternativas cuyo examen refleja la adopción de fines deletéreos que convergen en la visión de la personalidad delincuente del infractor y que se resumen en los siguientes consideraciones:

8.f.2. Modelos justificativos de la reincidencia.

a) Fundamento de la doble lesión. Según se informa, esta idea parte de la vetusta concepción, de que el delito provoca un doble daño, uno de ellos se asocia a los derechos o bienes de la víctima, siendo el mismo un daño directo. La restante lesividad tiene una connotación indirecta y se vincula en su carácter político –o de buen gobierno– a la conmoción social que el delito provoca. En este sentido el delito reiterado provoca una doble lesión en cuanto el sentimiento de desasosiego social se agudiza. Se señala como variantes más modernas de esta noción aquella que entiende que la reincidencia lesiona el interés general de la preservación del orden jurídico, puesto que se considera –Mancini– que el delito además de injuriar los intereses personales o colectivos, afecta el deber de fidelidad al cumplimiento de los deberes impuestos normativamente. La otra tesitura es la que considera que la residencia afecta doblemente al tipo penal por que importa una doble lesión normativa –Armin Kaufmann– la primera lesión ocurre frente a la norma que prohíbe la conducta, la restante lesión frente al imperativo de abstención de cometer delitos en el futuro Confrontar ZAFFARONI Eugenio Raúl "Reincidencia: Un concepto de derecho... op. cit. p. 37..

b) Autoritarismo de Estado. El modelo que presenta la reincidencia fundada en la peligrosidad criminal del sujeto, proviene de la visión del defensismo social, impulsada por los postulados peligrosistas de impronta positiva, que ven en la persona humana que ha delinquido un ser peligroso, por ello la evitación del delito, se propone sobre la base de un peligrosismo presunto, el cual se refleja por la proclividad hacia el delito, la reincidencia resulta amparada por la prognosis criminal, en el sentido que, el ser delincuente es ya un peligro, y a partir de ahí se postulan diversas clasificaciones –reincidente simple, doble reincidente, reiterante, multirreincidente, habitual, profesional etcétera– que se corresponden a la severidad gradual de las sanciones tanto en el sentido de penas como de medidas asegurativas Por ejemplo FERRAJOLI Luigi “Derecho y Razón”. Teoría... op. cit. p. 507..

C) La culpabilidad de autor. Precisamente uno de los niveles de justificación de la reincidencia, es atender al desarrollo de la personalidad durante el curso de la vida, así según estas ideas, no interesa la propensión criminal futura, sino la cronología de vida precedente del autor, fundando la reincidencia una vida desajustada o inclinada existencia hacia el delito. La reincidencia aparecería como sintomatología de una vida proclive al delito, inclinación por la cual el sujeto es responsable por la conducción o elección de la vida que ha asumido como forma de existencia En tal sentido ZAFFARONI Eugenio Raúl “Reincidencia: Un concepto de derecho... op. cit. 38..

D) Como Insensibilidad del autor ante la pena. Esta modalidad justificativa se aparta de agregar un plus desvalorativo al hecho subsecuente, y se centra en la ineficacia de la pena respecto de la persona del autor, quien al haber cometido un nuevo delito merece un mayor reproche en virtud de su indiferencia hacia los fines de la pena, lo que además afecta la tranquilidad causando alarma social Esta idea es asumida por Carrara quien expresa refiriéndose a la reincidencia: “No puede decirse que por la reincidencia haya crecido la cantidad de la pena... En la reincidencia es necesario, pues, reconocer que el recargo de la pena nacida de ella tiene su fundamento en una presunción. Pero no ya en la presunción de mayor maldad, lo cual sería una formula peligrosa y falaz; sino en la presunción de mayor insensibilidad del reincidente con respecto a la pena sufrida la primera vez... Por tanto la única razón aceptable para aumentar la pena del reincidente, es la insuficiencia relativa de la pena ordinaria, insuficiencia demostrada por el hecho mismo del culpable, esto es, por la prueba positiva que resulta de que haya despreciado la primera pena”. CARRARA Francesco “Programa del Curso de Derecho Criminal. Parte General. Tomo II. Traducción de Octavio Béeche y Alberto Gallegos. 1ª edición facsimilar. Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2000, ps. 140 a 141. .

e) Como mayor culpabilidad de acto. Esta representación de la reincidencia sobre la base de un desprecio a la pena precedente, considera que la especial posición del sujeto ante la experiencia del delito, arroja un mayor grado de reproche sobre la conciencia de la ilicitud formada, y en tal sentido el segundo hecho en este nivel valorativo es más censurable lo cual es plausible realizarlo mediante la figura de la reincidencia. Ver ZAFFARONI Eugenio Raúl “Reincidencia: Un concepto de derecho... op. cit. p. 39..

f) También se perfilado un pensamiento estrictamente culpabilístico de la reincidencia por el cual se considera que el delincuente reincidente, exterioriza una culpabilidad de inclinación, la proclividad al delito como fenomenología de la personalidad delincuente se constata en la reincidencia que es asumida como forma especial de

culpabilidad Ver LATAGLIATA A.R. "Contribución al Estudio de la Reincidencia". Abeledo Perrot. Buenos Aires. Argentina.1963, p. 249..

Entre nosotros el código penal en su versión original –no reformada– no acuñaba ninguna regulación referida a la reincidencia, ello lo entendemos sobre la base de que se respetaba la vigencia del principio constitucional de culpabilidad, bajo cuya égida, no es plausible fundar una mayor culpabilidad de los hechos, y a su vez graduar con mayor rigor la pena a imponer. Sin embargo a partir de la reforma del artículo 30 del CP se incardina como circunstancia agravatoria de la responsabilidad penal la reincidencia La norma penal en comento en su tenor literal indica: "Son circunstancias que agravan la responsabilidad penal: Reincidencia o Habitualidad: (16) Cometer el hecho como autor o participe de forma reincidente; es decir, cuando se trate de un nuevo delito realizado dentro del período de los cinco años siguientes a la fecha en que se haya sancionado al imputado por un delito doloso que atente contra el mismo bien jurídico o sea de igual naturaleza. No se considera reincidencia cuando se trate de varios hechos cometidos en la misma fecha o período de tiempo sin solución de continuidad, o tratándose de concurso ideal o real de delitos, cuando se hayan iniciado diferentes procesos para sancionar por separado los hechos que los conforman. Cometer el hecho habitualmente, es decir en las mismas circunstancias del inciso anterior, después de haber sido condenado en dos o más ocasiones. Sólo se apreciara la reincidencia y la habitualidad cuando se trate de delitos dolosos"..

No obstante las diversas justificaciones, con las cuales se ha pretendido legitimar la agravación de la culpabilidad y de la pena, para aquellas personas que ya condenadas por un delito han continuado delinquiendo; la clave valorativa de la agravación radica en la situación de que la persona es un delincuente "bastante incorregible", el fundamento de la nueva desvalorización en la culpabilidad y el aumento en la dosimetría de la pena, no es el nuevo hecho cometido, sino la personalidad delincuente del ya condenado, ello significa no otra cosa que estar prescribiendo un derecho penal de autor, por el cual, más que los comportamientos se desvalorizan personalidades, en el sentido que la culpabilidad y la pena encuentran su base en la persona del delincuente, una personalidad proclive al delito y peligrosa por si misma, lo cual afrenta al derecho penal de culpabilidad, pues el reproche tiene su esencia en la personalidad peligrosa. De manera muy sincera expone este pensamiento Cobo del Rosal y Vives Antón –al cual nos adherimos plenamente– al dejar en claro respecto de la finalidad agravatoria de la reincidencia : " que la fundamentación de su naturaleza agravatoria que, a primera vista pudiera parecer comprensible y fácilmente justificable, adquiere, sin embargo, verdadera dificultad, en cierto modo por una renuncia a admitir la esencial verdad del fenómeno de la reincidencia. Para unos la reincidencia supone una mayor culpabilidad, lo que no es cierto; para otros incluso se trata de una causa de agravación del injusto, y tampoco lo es, y por ello se busca en la mayor peligrosidad criminal del reincidente la ultima ratio de la agravación. Pero esto último no se quiere admitir, por dos ordenes de razones: primero por que significaría una ruptura con el derecho penal de culpabilidad; segundo por que implicaría una presunción iuris et de iure en el sentido de que siempre que se produjese la reincidencia habría que afirmar también una mayor peligrosidad y esto, según se dice, no es cierto, pues puede darse aquélla y no necesariamente esta última". COBO DEL ROSAL Manuel, VIVES ANTON Tomás S. "Derecho Penal". Parte General. 4º edición... op. cit. p. 814..

8.f.3. Reincidencia y Ne bis in idem. Pero además, de esta irreconciliable consecuencia precedentemente expuesta, en el sentido que, admitir de cualquier forma que la reincidencia sirve para agravar la culpabilidad y la pena, significaría una afectación al principio de culpabilidad, por aplicar criterios de derecho penal de autor; la reincidencia también entraña un agudo problema, en el sentido que la consideración nuevamente del hecho ya declarado culpable significaría una afeción a otra garantía de índole constitucional en el sentido de que no es posible un doble juzgamiento por los mismos hechos.

Sobre este punto, el pensamiento penal es oscilante, en el sentido de sí la reincidencia desde la perspectiva del Ne bis in idem significa un verdadero doble juzgamiento. Para un sector la aplicación de la reincidencia comporta una vulneración al principio de que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho Así ZAFFARONI Eugenio Raúl "Manual de Derecho Penal". Parte General... op. cit. p. 779. . Para otros sin embargo las exigencias de la garantía aludida sobre la base de su triple identidad –eadems persona, eadem res, eadem causa petendi– debe ser debidamente analizada para concluir si la operatividad de la reincidencia vulnera el principio de Ne bis in idem. No obstante tal merituación se indica categóricamente que la aplicación de la reincidencia si vulnera el principio de culpabilidad pues atiende a un derecho penal de autor y no de hechos En tal sentido con abundantes razones confrontar MAIER Julio B.J. "Derecho Procesal Penal Argentino". Tomo I. Volumen. B. Fundamentos. Editorial Hammurabi. Buenos Aires. Argentina. 1989, ps. 413 a 414..

Sin pretender agotar un tema tan complejo es oportuno señalar lo siguiente: Entre nosotros la estructura de la garantía del Ne bis in idem responde a la denominada fórmula amplia –la cual la doctrina entiende– que prohíbe no sólo la múltiple penalización por un mismo hecho, sino incluso su múltiple persecución, distinguiéndose entonces, entre una garantía con alcance más restringido, que sólo resguarda de la doble penalización y otra que tiene una dimensión mayor, puesto que no solo impide la doble penalización, sino también evita el doble procesamiento Esa es la perspectiva comparada que se presenta al funcionamiento de la garantía supracitada cuando se indica: "La segunda fórmula de contenido más vasto, impide la múltiple persecución penal; se extiende, por ello, como garantía de seguridad para el imputado, al terreno del procedimiento penal; por esta razón, tiene también sentido procesal y cubre el riesgo de una persecución penal renovada, cuando ha fenecido una anterior o aún está en trámite". MAIER Julio B.J. "Derecho Procesal Penal Argentino". Tomo I. Volumen. B. Fundamentos... op. cit. ps. 371 a 372. . 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 Incluso la Sala de lo Constitucional ha reconocido al principio del nem bis idem como integrante de la absoluta legalidad al expresar que además del otros principios también es observable dicha regla. Ver Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley del IVA... op. cit. p. 81. 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; d) 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

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

8.f.4. La habitualidad. También de lege condito se acuña por el código penal en diferentes formas –artículo 30 N° 16 ya citado– el modelo de derecho penal de autor denominado habitualidad y que según la norma preindicada, califica así a las personas que después de haber sido condenadas dos veces por un delito que atente contra un mismo objeto de protección o de idéntica naturaleza, cometan un delito doloso en las mismas circunstancias. En palabras sencillas, la regla se define en el sentido que, una persona declarada reincidente que cometa un nuevo delito contra el mismo interés jurídico protegido es habitual.

La habitualidad no es otra cosa entonces que una reincidencia agravada, sus fundamentos radican –al igual que los de la reincidencia– en los postulados del peligrosismo o del derecho penal autoral. Los orígenes de estas fundamentos se remiten a distintas vertientes así la culpabilidad de autor transita bajo la concepción tomista del pecado en la cual interesa esencialmente la espiritualidad inclinada a la maldad como responsabilidad de la persona; en cambio el peligrosismo se centra en el sujeto peligroso dada su personalidad fisiognómica sintomatizada además en el delito que derivaría en una propensión al crimen, razón por la cual debe imponerse medidas que protejan socialmente a los demás de la prognosis del delito. Con relación a la habitualidad sobre tales fundamentos se ha expresado: “Desde la desviación positivista la “habitualidad” es un producto del afán clasificador de esta corriente, cuyo anarquismo nosotáxico llega a ser desesperante (cfr Bergalli). La diferencia entre el reincidente y el habitual es nebulosísima, pudiendo aventurarse la opinión de que, por debajo de las complejas y contradictorias clasificaciones el habitual, sería algo así como el reincidente “desahuciado” y, por ende, sometido a una segregación o a un tratamiento intensivo. Desde la desviación espiritualista, el reincidente

sería el pecador al que es necesario corregir más severamente para que se enmiende, en tanto que el habitual es el pecador que no resiste a sus fuerzas internas y que merece indulgencia del confesor (cfr. Allegra) pero que debe ser sometido a una medida que neutralice su actividad dañosa". ZAFFARONI Eugenio Raúl "Reincidencia: Un concepto..." op. cit. p. 41. , 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 Son diversos los mecanismos de agudización de la respuesta penal para aquellos que son calificados como reincidentes o habituales, así sin entrar a analizar en detalle su contenido son dignos de mencionarse: a) La excepción a la concesión de la libertad condicional a los declarados reincidentes o habituales –art. 92-A CP–; b) la imposibilidad de conciliación en delitos cometidos por reincidentes o habituales –art. 30 CPP– ; c) la sujeción a un régimen de internamiento especial en virtud de ser reincidente –artículo 103 de La Ley Penitenciaria– ; d) agravamiento específico de la sanción. Como en el caso del delito de Tenencia, portación o conducción ilegal de armas. –artículo 346-B CP–. ante personas que se antojan irredentas para el sistema penal que la etiqueta de esa manera. Sin embargo el discurso de mayor drasticidad ante la recaída en el delito, olvida que precisamente a la persona calificada de reincidente o habitual respecto del delito, ya ha sido "tratada" con los mismos mecanismos estatales –la pena de prisión– con los cuales se pretende lograr su readaptación; y ante la ineffectividad de estos medios, se vuelve hacia los mismos, agudizándolos bajo la quimera de que ellos por más intensos, resocializaran al interno reincidente o habitual, lo cual nos parece una paradoja, puesto que precisamente la recaída en el delito esta demostrando la falta de eficacia –de la pena– Sobre la paradoja de tratar con más pena de prisión a reincidentes y habituales se ha expresado con acierto que: "En la reincidencia se produce, no sólo una ruptura del derecho penal de culpabilidad, sino también en la realidad un total fracaso de los efectos preventivos de la pena en su día impuesta. Y se dice, y no sin razón que "ante este fracaso parece poco oportuno que el ordenamiento jurídico reaccione, a su vez "reincidiendo" en la pretensión de lograr finalidades de aseguramiento y prevención precisamente a través de la misma sanción que fracasó ya con anterioridad". COBO DEL ROSAL Manuel, VIVES ANTON Tomás S. "Derecho Penal". Parte General. 4º edición... op. cit. p. 815. (las bastardillas son del original)., para un problema tan complejo que no puede resolverse – simplemente– acudiendo a la profundización del tratamiento según el modelo de la prevención especial.

La opción que se haga por un derecho penal en el cual se acuñe la reincidencia o la habitualidad, como fundamentos de una mayor culpabilidad –aun como circunstancia agravante genérica– que además reproduce una mayor drasticidad en la pena, tanto en su dosimetría como en la forma de su ejecución, es una alternativa que se centra en el derecho penal de autor, fundamento que encuentra su justificante real en la visión de un derecho penal despótico, lesionador de los principios que reivindicaban al hombre como eje central de la actividad estatal, puesto que la reincidencia no significa, ni un mayor desvalor del injusto ni una mayor reprochabilidad en la culpabilidad, por el hecho actual por el cual se juzga al acusado y por el cual se le declara culpable; por lo tanto su remisión a hechos ya juzgados del pasado para agravar la culpabilidad y la pena, significan el reconocimiento de un derecho penal orientado a la personalidad del sujeto y no a los actos o hechos actuales por los cuales se le esta juzgando Así se ha dicho que se : "renuncia al derecho penal de acto y caen en el derecho penal de autor,

pretendiendo juzgar lo que el hombre es y no lo que el hombre hizo, por el camino materialista de la peligrosidad (del positivismo del siglo XIX) o por el espiritualista de la culpabilidad de autor (de la ideología teocrática del antiguo régimen) o, aún peor, por el tipo de autor en que el reincidente sería el primer antecedente de tristes construcciones del “enemigo del pueblo” stanilista, del “enemigo del estado” facista, del “enemigo de la nación” nazista o del “subversivo” de la seguridad nacional”. ZAFFARONI Eugenio Raúl “Reincidencia: Un concepto”... op. cit. p. 43 a 44. . 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 sea, y no lo que realizó, lesiona el principio de intangibilidad de la conciencia del ser humano En tal sentido se ha indicado: “Así resulta sólidamente redimensionada la máxima cognoscitiva, formulada ya hace cinco siglos por Briam y retomada por Beccaria, de la impenetrabilidad y no perseguibilidad de pensamientos e intenciones. La culpabilidad, de hecho, no es ni un pensamiento ni un mero aspecto interno de la persona, como pretenden las orientaciones puramente subjetivista, sino un elemento de hecho, esto es, una conditio sine qua non del mismo, fundada, más que en razones éticas o utilitaristas, en la estructura lógica de la prohibición, que implica la posibilidad material de realización u omisión de la acción, imputables ambas a la intención del sujeto. Como tal aquélla es constatable empíricamente a través de procedimientos inductivos, no distintos, en principio, de los que permiten comprobar el llamado <<elemento objetivo>>... Pero ante todo la regulatividad penal es un presupuesto indispensable de la dignidad del hombre, que permite que a éste se le exijan sólo acciones y omisiones y que impone que se le respete, sea quien sea. Igualdad y respeto a la persona, por lo demás, se conectan entre sí, ya que la primera es definible, según se dirá en el apartado 60.1 como valoración igual de las diferencias personales e igual derecho de cada uno a su tutela. Decir que son exigibles sólo los modos de actuar y no lo modos de ser quiere decir que no se puede imponer penalmente a una persona que sea o llegue a ser distinta de cómo, y que se le debe tolerar y respetar por lo que es, sea como sea”. FERRAJOLI Luigi “Derecho y Razón” . Teoría ... op. cit. p. 501/505. y por ende desconoce el principio de culpabilidad.

8.g. Principio de dolo o culpa.

8.g.1. Fundamentos. Tradicionalmente la doctrina enfoca al principio de culpabilidad, con esta consecuencia del mismo –no hay crimen, ni pena sin culpa– que por su añejidad, sirvió de base para estructurar en aquel momento el fundamento de la culpabilidad como límite. Así el nullum crimen nulla poena sine culpa, se enmarca en un doble sentido, el primero de ellos conduce a afirmar que los tipos penales en cuanto construcciones normativas no pueden descansar en construcciones que impliquen el acuñamiento de responsabilidad objetiva mediante la practica de su inserción en el tipo penal. El restante sostén alude ya a la ejecución de la conducta, en el sentido de que no es legitimo, imponer consecuencias jurídicas del delito si la acción u omisión no se ha desarrollado dolosa o culposamente. Es decir, también se proscribe la responsabilidad objetiva, pero en este caso, ya entratándose de la propia conducta delictiva la cual será típicamente adecuada si la misma tuvo como fundamento un actuar doloso o culposo Por asimilar una redacción parecida es oportuno citar el comentario al artículo 5 del Código Penal de España, de cuyo contenido, tambien se reivindica el principio de culpabilidad, en el

sentido de conjurar tanto la doctrina del *versari* como los delitos cualificados por el resultado, a tales efectos confrontar: MOYNA MÉNGUEZ José, GÓMEZ GUILLAMON Rogelio, LUZÓN CUESTAS José María, ORTIZ ÚRCULO Juan Cesáreo y TORRES-DULCE LIFANTE Eduardo "Código Penal". Comentarios y jurisprudencia. Sexta Edición. Colex. 2001, ps. 36 a 37. .

8.g.2 El objetivismo penal. Si la subjetivización del delito es un extremo inaceptable, su inversa es igualmente refutable, en el sentido que la objetivación extrema del injusto ha marcado el paso a un derecho penal igualmente arbitrario, en el cual desatendiéndose del contenido subjetivo al cual esta dirigida la conducta, se ha merecido la sanción únicamente en atención a las consecuencias dañosas del delito, entendida incluso como mera trasgresión normativa, aunque el autor no halla procedido dolosa o imprudentemente.

Como se informa por la doctrina penal, los fundamentos más relevantes de la denominada responsabilidad objetiva, parten de la visión del derecho penal germánico, puesto que en este modelo la culpabilidad del autor del delito se revelaba a partir de la consecuencia que hubiese acontecido indicándose que: "Del resultado dañoso producido se deducía como consecuencia la responsabilidad sin hacer en el caso individual investigación alguna sobre la existencia de la voluntad delictuosa" Así LOFFLER "Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend-historischer und dogmatischer Darstellung". Tübingen, 1895 p. 42. Así citado por CASTILLO GONZALEZ Francisco en "El Dolo". Su estructura y sus manifestaciones. Editorial Juritexto. 1° edición. San José. Costa Rica. 1999, p. 25..

8.g.3. La adopción de la doctrina del *versari*. En los modelos en los cuales privó la concepción objetiva, la determinación del subjetivo estuvo ceñida a una presunción de intencionalidad, la cual era contrarrestada en aquella época mediante juicios de invocación a la divinidad. Sin embargo esta visión de lo criminal, se fue modificando en el pensamiento germánico por el proceso de la recepción y sobre todo por la influencia que marco el derecho canónico. Según lo ilustra Castillo –con cita de Loffler– los inicios del principio del *versari* como derivación de la responsabilidad objetiva se adjudica a Papiensis CASTILLO GONZALEZ Francisco en "El Dolo". Su estructura.. . op. cit. p. 26. entendiéndose entonces que el actuar en lo ilícito, hará responsable al autor de todos los resultados que se sobreviniesen incluido los fortuitos. Esta formulación se fue modificando ya con las primeras Decretales canónicas sobre el asunto, que emanaron de Inocencio III, y que atemperaron ya de alguna manera la imputación de los resultados al no admitir aquellos que tuvieran como origen el caso fortuito CASTILLO GONZALEZ Francisco en "El Dolo". Su estructura.. . op. cit. p. 28.. Otro avance se vislumbra ya con las Decretales de Gregorio IX que afinando la doctrina del *versanti* moderan la imputación del resultado, aunque mantienen siempre el cimiento de una responsabilidad objetiva Según se expone a las decretales corresponden distintas perspectivas en cuanto a la imputación del resultado así: 1) El homicidio le era imputable al sujeto si procedía de una acción ilícita bajo el aforismo "Is, ex cuius opera illicita sequitur homicidium irregularis efficitur"; 2) El homicidio era así mismo, imputable al sujeto, sí aunque derivándose de una conducta lícita, el resultado de muerte se producía por una actuación culposa "homicidio causale non imputatur, qui non fuit in culpa"; 3) El homicidio era imputable con tal si el sujeto aun procediendo sin animo de matar obró con animo de golpear si el golpe es letal por el arma o por el lugar donde se golpeó "tum ratione instrumenti, cum quo ipse percussit quod

cum grave sit, nom solet levem plagan inferre; tum ratione partis, in qua fuit ille percussus, in qua de modico ictu quis lethalter solet laedi”. CASTILLO GONZÁLEZ Francisco “El Dolo”. Su Estructura... op. cit. ps. 28 a 29. .

8.g.4. La responsabilidad por el resultado. La doctrina de la responsabilidad objetiva en sus múltiples variantes fue acuñada por diversas fuentes normativas de lege ferenda, en nuestros ordenamientos también fue recepcionada bajo la modalidad de los delitos cualificados por el resultado Son delitos calificados por el resultado aquellos que: están dotados de una penalidad gravosa cuando en la ejecución de un injusto doloso se ocasionan resultados más graves, aunque los mismos no hayan sido previstos ni asumidos por el autor. De ahí que lo que se sanciona en verdad con mayor drasticidad es el resultado sobrevenido pero no la intención del agente. y los delitos preterintencionales Actúa preterintencionalmente: “quien con ocasión de ejecutar dolosamente una acción típica, causa culposamente un resultado típico más grave”. Así CURY URZUA Enrique “Derecho Penal”. Parte General Tomo I. Primera edición . Editorial Jurídica de Chile. Santiago. Chile. 1982, p. 300. . Sin embargo la nueva normativa penal, que se centra sobre la Constitución en virtud del reconocimiento del principio de culpabilidad, proscribió estas formas de agravar la responsabilidad penal, por lo que las mismas, en la versión original del código penal desaparecen como modalidades incriminativas Es por ello que, en la respectiva carta de motivos se indicó con énfasis la interdicción de la responsabilidad objetiva sobre la base de conjurar los delitos preterintencionales, expresándose en lo pertinente: “El principio de responsabilidad desarrolla el de culpabilidad contenido en el art. 12 Cn. y sirve para potenciar un derecho penal de acto con lo cual destierra de la legislación penal salvadoreña la preterintencionalidad como forma de comisión del hecho punible”. HERNANDEZ VALIENTE René “Exposición de motivos del código penal”. en Documentos Básicos de la Nueva Normativa Penal. Asamblea Legislativa. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. San Salvador. El Salvador. 1997 ps. 23 a 24. sea que se instituyeran en la parte general o en la tipificación de los delitos, no obstante quedaron remanentes en otras áreas como en la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas El artículo 58 de la ley precitada dice: “Si como consecuencia de los delitos tipificados en esta ley resultare la muerte de una o más personas, se aplicara al autor la sanción de ocho a veinte años de prisión. Si el resultado fuere de lesiones graves o muy graves o pérdida o disminución de facultades mentales, la pena será de seis a diez años de prisión.”. , empero por oponerse al principio de culpabilidad que ostenta rango constitucional es obvia la discordancia con dicha garantía. Sin embargo es preocupante que desconociendo la misma prohibición de responsabilidad objetiva que fue insertada en el artículo 4 del CP –con infausta redacción posterior sobre su concepto– actualmente se emanen del poder legislativo tipos penales Por ejemplo los artículos del código penal: 147-C “Manipulación de Información” que dice: “El profesional de la salud que participe en un proceso de evaluación diagnóstica para una intervención quirúrgica de extracción o trasplante de tejidos humanos, que proporcione información falsa o distorsionada con el fin de influir en la decisión de donar o recibir dichos órganos o tejidos será sancionado con prisión de tres a cinco años. Si como efecto de la influencia indicada en el inciso anterior, se produjere la muerte del donante o del receptor la sanción se incrementara hasta en una tercera parte del máximo de la pena indicada.” (las bastardillas no son del original); 367-A que en su inciso final reza: “Si como consecuencia de la comisión de este delito los sujetos pasivos sufren privaciones de libertad en el extranjero, fueren víctimas de

delitos de cualquier orden o fallecieren por causa violentas o de naturaleza culposa, la pena se incrementara en las dos terceras partes”. que son lesivos al principio de culpabilidad, lo cual si ya es cuestionable por violar un precepto de ley ordinaria, lo es más cuando inobserva y altera un principio constitucional con trasgresión del artículo 246 Cn El artículo 246 de la Constitución reza en su inciso primero: “Los principios, derechos y obligaciones establecidos por esta Constitución no pueden ser alterados por las leyes que regulen su ejercicio”.. Desde nuestra doctrina constitucional se ha entendido que el derecho sancionador incluido el derecho penal no puede fundamentar sus sanciones en la responsabilidad objetiva, al contrario se ha señalado como exigencia de la legalidad derivada de la Constitución, que las penas o sanciones deben erigirse sobre el principio que manda que no puede haber sanción si en la conducta no ha mediado dolo o culpa. En tal sentido con amplios fundamentos tanto para el derecho administrativo sancionador en sus diferentes facetas como para el derecho penal ver la sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley del IVA... op. cit. ps. 81 a 83.. En la jurisprudencia costarricense por ejemplo, se ha reconocido desde varios lustros que la prohibición de la responsabilidad objetiva no es acorde con la garantía del principio de culpabilidad, por lo que sino media responsabilidad entre el hecho cometido y el resultado atribuido al autor, no es legitima la imposición de una pena La Sala Constitucional de Costa Rica mediante Voto N° 500-90 de las diecisiete horas con treinta minutos del dos de mayo de mil novecientos noventa expresó: “El constituyente en el artículo 39 de la Carta Magna estableció el principio de culpabilidad como necesario para que una acción sea capaz de producir responsabilidad penal, el Código de esta materia en los artículos 30 y siguientes desarrolla este principio disponiendo en el 30 que: “Nadie puede ser sancionado por un hecho expresamente tipificado en la ley sino lo ha realizado por dolo, culpa o preterintención”, de donde no resulta posible constitucional y legalmente hablando aceptar la teoría de la responsabilidad objetiva o culpa in vigilando que sí resulta de aplicación en otras materias, pero que por el carácter propio de la pena se encuentra excluidas de aplicación en lo penal, pues en ésta –como ya se dijo– debe demostrarse necesariamente una relación de culpabilidad entre el hecho cometido y el resultado de la acción, para que aquél le sea atribuido al sujeto activo; la realización del hecho injusto debe serle personalmente reprochable al sujeto para que pueda imponérsele una pena, a contrario sensu, si al sujeto no se le puede reprochar su actuación, no podrá sancionársele penalmente”.

8.g.5. La cuestión del error. Una de las más claras expresiones del objetivismo penal fue el negarle por mucho tiempo relevancia al ámbito del error, de ahí que, aunque el sujeto estuviese en una situación errática, que por ser insalvable, no le permitiese conocer lo ilícito de su actuar, siempre se predicaba su responsabilidad, en virtud de que su conducta había injuriado un interés jurídico con relevancia penal. Y aunque esta visión de la culpabilidad, se atemperó con el advenimiento del llamado error de hecho Ver la fundamentación hace sobre el mismo por ejemplo FONTAN BALESTRA Carlos “Derecho Penal”. Introducción y parte general. 9° edición actualizada. Abeledo Perrot. Buenos Aires. Argentina. 1976, ps. 362 a 363. , por mucho tiempo se mantuvo el inveterado criterio, de que el error de derecho no excluía la responsabilidad penal, bajo el axioma de “error iuris nocet” En tal sentido haciendo una relación histórica e indicando que esa noción pervive en muchas legislaciones. STRATENWERTH Günter “Derecho Penal”. Parte General I... op. cit. p. 178. No obstante ello, actualmente desde

el principio de culpabilidad Connotando la no punibilidad del error en cualquier modalidad cuando no es vencible en virtud de la garantía de culpabilidad. VELÁSQUEZ V. Fernando "Derecho Penal". Parte General... op. cit. ps. 284 a 285., debe afirmarse que, cuando el sujeto desconoce por una situación de inadvertencia invencible, que realiza con su conducta un hecho punible –sea como error de tipo o de prohibición– no estará sujeto a responsabilidad penal, puesto que la acción u omisión, para ser objeto de cualquier consecuencia jurídica en términos de sanción, requiere que se cometa dolosamente o al menos con imprudencia; de ahí que, se requiera del sujeto que facticamente o normativamente no yerre de manera decisiva sobre tales circunstancias Así se indica que uno de los presupuestos de la garantía de culpabilidad, esta constituida por el hecho de que el sujeto sepa que su actuar es precisamente contrario a derecho y que su voluntad conforme a ese conocimiento se dirigía hacia ese fin, que es el delito internalizado en la conciencia del individuo. Si falta tal presupuesto como lo sería en un ámbito de error relevante ora en la situación ontica ora en la normativa, la pena no se justificaría por que el sujeto no actuaría convencido de estar realizando un hecho delictivo y no ha faltado al cuidado exigido. Así por ejemplo Hart cuando desde una perspectiva utilitarista convoca al principio de culpabilidad para garantizar que: "incluso cuando las cosas van mal, como ocurre cuando se cometen errores o se producen accidentes, una persona que haya puesto lo mejor de su parte para respetar el derecho, no será castigada". p. HART Herber L.A. Punishment and Responsibility (1968) traducción al italiano por M. Jori con el título "Responsabilidad e pena" Comunita. Milán. Italia. 1981, p. 208. Así citado por FERRAJOLI Luigi "Derecho y Razón". Teoría... op. cit. p. 491. Si ello ha ocurrido así –si se equivoca de manera invencible– la responsabilidad que pueda imputársele, lo será únicamente desde un plano objetivo, lo cual esta proscrito en el derecho penal de culpabilidad. Es por ello que, el código penal actual, en armonía con el principio de culpabilidad que postula el art. 12 de la Constitución, excluya de responsabilidad penal, a quienes han lesionado o puesto en peligro un bien jurídico, si su conducta se desarrollo en un ámbito de error de la especie predicada.

8.g.4.1. El error de tipo. Nuestra normativa penal de fondo, precisamente en el artículo 28 inciso primero La disposición dice así: "El error invencible sobre el hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad penal. Si el error fuere vencible, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, la infracción será sancionada en su caso como culposa". Sobre la ubicación del error de tipo en la norma supracitada. RODRIGUEZ Delmer Edmundo "Apuntes sobre la Teoría del Error en la Legislación Penal Salvadoreña". Divulgación Jurídica. Año 7. N°5. Octubre2000. Comisión Coordinadora del Sector Justicia. Unidad Técnica Ejecutiva. San Salvador. El Salvador. 2000 p. 6. , acuña la versión más aceptada en los ámbitos del error, y en virtud de ello, al error que recae sobre los elementos de la tipicidad, les confiere el tratamiento de un error de tipo. El cual, si es insalvable o invencible, excluirá no sólo el dolo sino también la imprudencia, y con ello al afirmarse que no hay tipicidad subjetiva, por la falta de este elemento de lo interno, el hecho devendrá en atípico con la exclusión de la respectiva responsabilidad penal, precisamente por la ausencia de adecuación típica del elemento subjetivo. Es importante indicar que el error de tipo, al recaer sobre la estructura típica, abarca – desde nuestra opinión– tanto a los elementos descriptivos, como a los elementos normativos que informan al tipo penal, ciertamente estos últimos elementos, están dotados de un mayor contenido valorativo, pero esa

circunstancia per se no los excluye del ámbito de la tipicidad, y la situación de que se trata de conceptos normativizados, que requieren una valoración especial, tampoco es una justificación decisiva, por que también los elementos descriptivos del tipo penal, requieren en algunos casos un amplio margen interpretativo. Esta disquisición no es una frivolidad, basté citar, que si se entiende que el error que recae sobre los elementos normativos del tipo penal, constituye un error sobre la tipicidad, la vencibilidad sólo puede ser relevante a efectos de imputar un delito culposo, y al estar construida la culpa, sobre la base de un modelo *numerus clapsus* la posibilidad de imputación por el resultado decrece. Por otra parte el error que es irrelevante para la tipicidad, no da paso ni al examen de la vencibilidad para imputar una conducta culposa, ni tampoco excluye la responsabilidad penal Así por ejemplo, sólo como referente de la irrelevancia de algunos casos de error en cuanto su no exclusión de responsabilidad Terradillos quien indica: "La relevancia o irrelevancia del error sobre determinados elementos del tipo depende a su vez, de la relevancia o irrelevancia de estos. Ordinariamente será irrelevante el error sobre el objeto o sobre el golpe (*aberratio ictus*) cuando el objeto sea indeterminado (por ejemplo, el "otro" en el delito de homicidio o la "cosa mueble" en el hurto). En los casos de *dolus generalis* tambien se viene entendiendo irrelevante el error de tipo". TERRADILLOS BASOCO Juan María "Teoría Jurídica del Delito" en Ciencias Penales Monografías. Consejo Nacional de la Judicatura/Escuela de Capacitación Judicial. 1ª edición. San Salvador. El Salvador. 2001, ps. 103 a 104. (el destacado es del original) . También en el mismo sentido explicando las diferentes modalidad de errores y su relevancia puede verse: RODRIGUEZ Delmer Edmundo "Apuntes sobre la Teoría del Error en la Legislación Penal Salvadoreña". Divulgación Jurídica. Año 7... op. cit. ps 6 a 9..

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

8.g.5.2. El error de prohibición. Tradicionalmente el denominado error de derecho, modernamente entendido como de prohibición, no era antes motivo de exclusión de la responsabilidad penal, bajo la falacia de que las personas deben conocer la ley a partir de su publicación, con ello en verdad se desconocía el principio de culpabilidad En tales términos reconociendo que con el advenimiento del error de prohibición se potencia el principio de culpabilidad. JESCHECK Hans-Heinrich "Tratado de Derecho Penal". Parte General. Cuarta Edición... op. cit. 408.. Esta presunción con carácter *ope legis* ha sido superada. Y actualmente al menos en una inmensa mayoría de legislaciones penales y en el ámbito del derecho penal el desconocimiento efectivo e invencible de la ilicitud, excluye la responsabilidad penal, tal como lo prescribe el artículo 28 inciso segundo CP En lo pertinente la disposición reza: "El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de una infracción penal o de una causa

de exclusión de la responsabilidad penal, exime de ésta. Si el error fuere vencible, se atenuara la pena en los términos expuestos en el artículo 69 de este Código”. entre nosotros, lo cual obviamente se deriva de la garantía de culpabilidad de rango constitucional a partir del artículo 12 Cn.

Así, la invencibilidad del error de prohibición sea directo o indirecto, excluye la conciencia de la ilicitud como elemento de la culpabilidad, aunque deja subsistente el injusto doloso. De ahí que, si el error es invencible, la persona que se encuentre en tal situación no incurrirá en responsabilidad penal, puesto que no hay formación de la culpabilidad en relación con el hecho cometido.

Si el error es salvable o vencible, la consecuencia que se formula es la no-exclusión ni del dolo ni de la culpabilidad. Ello si de manera general se asume la teoría de la culpabilidad, sobre la misma y las variantes que manifiesta, así como las críticas que se le han señalado es oportuna la lectura de MUÑOZ CONDE Francisco “El Error en el Derecho Penal”. Tirant lo Blanch. Valencia. España. 1989 ps. 32 a 42., la cual sólo se vera atenuada no sólo en su gradualidad, sino también en la dosimetría de la pena, por regla expresa del artículo 69 CP. La disposición citada indica: “En los casos de error vencible sobre la ilicitud de l hecho constitutivo de la infracción penal o de una causa de exclusión de responsabilidad penal el juez o tribunal fijará la pena entre la tercera parte del mínimo y la tercera parte del máximo de la pena señalada para el delito. De igual manera se fijará la pena en los casos de error vencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal o de una causa de justificación” . .

Sin embargo, habrá que advertir que, para no tornar una ilusión las consecuencias del error de prohibición en cuanto a su vencibilidad o invencibilidad. En verdad, punto medular del error de prohibición, son los parámetros que han de utilizarse para su vencibilidad, tal temática es de inusitada importancia, y abarca el conocimiento de los deberes y de las fuentes de información, como parámetro para salvar la situación errática; empero la consideración de ese tópico rebasaría los alcances de la presente exposición, por lo que será oportuno por lo menos citar como fuente importante en este tema, las consideraciones que se tratan en ROXIN Claus “Derecho Penal”. Parte General. Tomo I... op cit. ps. 885 a 892., debe procederse de manera flexible, en la apreciación de los motivos, que permiten delimitar los márgenes de sí un error es invencible o vencible, pues de lo contrario la inflexibilidad en este punto, hará del error de prohibición una panacea, y por el contrario habrá una involución hacia el error iuris nocet que pervivirá de manera latente.

8.h. Principio de Proporcionalidad.

8.h.1. Fundamento. Aunque el principio de proporcionalidad puede abordarse autónomamente al principio de culpabilidad. Por ejemplo lo tratan de manera autónoma Mir Puig al indicar “El principio de culpabilidad no basta, entendido en sus justos términos para asegurar la necesaria proporcionalidad entre delito y pena. Aquel principio sólo exige que pueda <<culpase>> al sujeto de la lesión por la que se le castiga, lo cual requiere sólo ciertas condiciones que permitan imputarle la lesión (como suya, como dolosa o imprudente y como producto de una motivación normal). Nada dice esto de la gravedad de la lesión ni, por tanto, de que deba ajustarse a ésta la cuantía de la pena”. MIR PUIG Santiago “Derecho Penal”. Parte General. 5° Edición... op cit. p. 100. También haciendo la distinción LUZON PEÑA Diego-Manuel “Curso de Derecho Penal”. Parte General I... op. cit. ps. 85 a

86., también es susceptible de ser vislumbrado como una manifestación de la garantía de culpabilidad, En tal sentido confrontar: QUINTERO OLIVARES Gonzalo "Derecho Penal". Parte General. Segunda edición corregida... op. cit. p. 70; MAURACH Reinhart, ZIPF Heinz "Derecho Penal". Parte General. Tomo 1. Teoría... op. cit. p. 594; COBO DEL ROSAL Manuel, VIVES ANTON Tomás S. "Derecho General". Parte General. 4° edición... op. cit. p. 491; VELASQUEZ V. Fernando "Derecho penal". Parte General... op. cit. p. 285. y aunque su extensión es vasta, en lo que aquí conviene, ha de examinarse en la dimensión de la proporción que debe corresponderse, entre el injusto culpable y la dosimetría de la pena. Importante es señalar de previo, que el principio de proporcionalidad como límite a la actividad político criminal del Estado, ya ha sido reconocido mediante precedente de orden constitucional En efecto la doctrina constitucional del máximo tribunal de la materia ha señalado la relación que coexiste entre la política criminal y los principios constitucionales, por lo que además de reconocer el principio de Estado Constitucional de Derecho, el de la dignidad de la persona humana, el del bien común, ha reconocido además como regulador de la política criminal al principio de proporcionalidad y sobre ello se dijo en lo pertinente: "Es necesario además hacer referencia a la relación de la política criminal con los principios constitucionales; a tal fin podemos considerar que las premisas esenciales determinadas por la Constitución para el comportamiento estatal en general, y sus concretas manifestaciones en el ámbito penal son... D) Finalmente y sobre todo en materia sancionatoria, la vigencia del principio de proporcionalidad, como una exigencia de ponderación de los intereses en conflicto, lo cual se traduce en materia penal –como afirma González Cuéllar– a "la restricción de los excesos en que pudiera incurrir las actuaciones de los poderes públicos sobre la esfera de derechos e intereses del individuo". Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley de Emergencia... op. cit. ps. 94 a 95. Sobre el aludido principio la Sala Constitucional de Costa Rica tiene dicho como fundamento: "Una norma o acto público o privado sólo es válido cuando, además de su conformidad formal con la Constitución, esté razonablemente fundado y justificado conforme a la ideología constitucional. De esta manera se procura, no sólo que la ley no sea irracional, arbitraria o caprichosa, sino además que los medios seleccionados tengan una relación real y sustancial con su objeto. Se distingue entonces entre razonabilidad técnica, que es, como se dijo la proporcionalidad entre medios y fines; razonabilidad jurídica, o la adecuación a la Constitución en general, y en especial, a los derechos y libertades reconocidos o supuestos por ella; y finalmente la razonabilidad de los efectos sobre los derechos personales, en el sentido de no imponer a esos derechos otras limitaciones o cargas que las razonablemente derivadas de su naturaleza y régimen de los derechos mismos, ni mayores que las indispensables para que funcione razonablemente en la vida de la sociedad". Voto N° 1739-92 de las once horas con cuarenta y cinco minutos del primero de julio de mil novecientos noventa y dos. .Lo anterior es susceptible de ser abordado en dos grandes aspectos que son los que a continuación se detallaran:

8.h.2. Proporcionalidad de la pena en sentido abstracto. El primero de ellos está vinculado a la proporcionalidad que debe existir en la configuración del tipo penal, en cuanto a la dosimetría de la pena abstracta. Ello significa, que cuando se predetermina la conminación penal, la sanción que se asocia como consecuencia jurídica, no puede ser desproporcionada, debe mediar entonces una ponderación, entre el tipo penal que se erige y la pena que para él se dispensa, ello puede obedecer a diferentes parámetros, como la entidad del bien jurídico protegido,

la forma de protección que se le concede a dicho interés, sea en grado de lesión o de peligro concreto, el adelantamiento de las barreras punitivas, la especie de la pena, etcétera. Todo ello debe confluir, en una pena que en abstracto –como mínimo y máximo acordado al tipo penal– sea proporcional y no excesiva en su drasticidad. Esta exigencia no es solo una formalidad, sino que constituye un límite para el poder configurador del legislferante, mediante el principio de proporcionalidad. Es por ello que en este punto la Sala de lo Constitucional declaró como fundamento de la inconstitucionalidad la desproporción de los límites de la pena asignada al tipo penal, puesto que indicó que el legislferante debe respetar el principio de proporcionalidad en materia punitiva. Precisamente se dijo: “Finalmente en relación a tal principio hay que decir, que el mismo no se reduce al ámbito de la aplicación de la ley – lo cual corresponde al Órgano Judicial– sino que desde la formulación de la norma que construye el tipo penal, función –en virtud del principio de legalidad– le corresponde al Órgano Legislativo. Es por tanto errónea la consideración según la cual es al juzgador a quien le corresponde, haciendo uso de la sana crítica, ponderar y medir la razonabilidad y proporcionalidad de la pena, ya que tal función se ve considerablemente reducida si la ley penal ya le ha determinado al juzgador un parámetro desproporcionado para la individualización e imposición de la pena”. Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley de Emergencia... op. cit. p. 96 a 97. .

De ahí que, no se niega que cuando sea necesaria puede acordarse la protección de un interés jurídico, elevándolo al rango de bien jurídico penal, pero deberá guardarse el justo equilibrio en la punición, sin que los límites que se predeterminen por el legislferante como merecimiento abstracto de pena sea desproporcionado, por obedecer a un excesivo uso simbólico del derecho penal y de la pena en cuanto a su drasticidad que desnaturaliza la función de la sanción. La Sala de lo Constitucional al examinar el artículo 2 de la Ley Transitoria de Emergencia contra la Delincuencia y el Crimen Organizado sobre la constitucionalidad de dicha norma en virtud de la drasticidad de la pena dijo: “Consecuencia de ello es que, en cuanto al artículo 2 de la ley en cuestión autoriza la imposición de penas aumentadas en una tercera parte o hasta dos terceras partes de sus límites máximos, implica una violación de la mencionada disposición constitucional, pues supone una desnaturalización de la pena, por el excesivo uso de la misma, como medio, para alcanzar los fines prescritos por la Ley Suprema. Por ello respecto de tal motivo argumentado por los demandantes, el artículo 2 de la Ley Transitoria de Emergencia contra la Delincuencia y el Crimen Organizado es inconstitucional, y así debe declararse en esta sentencia”. Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley de Emergencia ... op. cit. p. 97. (las bastardillas son del original) .

Así, sólo a vía de ejemplo, las penas deberán tener diferente entidad, entre injusto culposos y dolosos, entre autores y partícipes, entre los grados de ejecución del delito (consumación respecto del delito imperfecto), entre los ámbitos de la punición en etapas previas a la lesión de un bien jurídico, es decir de resoluciones manifestadas (conspiración-proposición) respecto de los actos que configuran la tentativa o el delito consumado, entre los cuales debe mediar una dosimetría diferencial. Esos límites son irrebables, pues de lo contrario, se tendría el ejercicio de un poder arbitrario, que no respetaría el principio de proporcionalidad, el cual debe ser observado en el ejercicio del diseño de la política penal, en este caso al fijar en abstracto los grados mínimos y máximos

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

8.h.3. Proporcionalidad de la pena en concreto. El segundo aspecto está vinculado, ya no al momento de la predeterminación del poder legislativo, sino a la dosimetría de la pena en el caso concreto, es decir a la fijación de la pena por el hecho cometido, función que corresponde al juez, observándose para ello, los parámetros del desvalor del hecho y del grado de culpabilidad, como manifestación de garantía del principio de culpabilidad respecto del quantum de la pena. En tal sentido denotando los límites de la pena sobre la base del desvalor del hecho y del grado de culpabilidad, a partir del principio de culpabilidad ver: CHOCLAN MONTALVO José Antonio "Culpabilidad y Pena". Su medición... op. cit. p. 125; CALDERON CEREZO Angel, CHOCLAN MONTALVO José Antonio "Principios, Hecho Punible y Responsabilidad Penal". Revista Justicia de Paz. Año I Volumen I. Septiembre-Diciembre 1998, San Salvador. El Salvador. 1998, p. 4; MORENO CARRASCO Francisco, RUEDA GARCIA Luis "Código Penal de El Salvador". Comentado. Justicia de Paz. (CSJ-AECI) San Salvador. El Salvador. 1999, p. 199. . La simbiosis de ambos criterios, unificados a la finalidad readaptativa de la sanción, son las pautas que marcan la fundamentación de la pena respecto del desvaloramiento del injusto culpable. En este particular, el juez está obligado, a observar la debida proporcionalidad, en la determinación de la sanción que imponga, observando todos los criterios dogmáticos, que encuentren su demostración en los hechos, que los elementos de prueba han ido demostrando. Así, el grado de afectación al bien jurídico como lesión o peligro real, la forma de ataque al bien jurídico, la cualificación del dolo o de la imprudencia y la especie de las mismas, la intensidad en cuanto exigencia de la conciencia de lo ilícito, las particularidades del sujeto activo cuando sean en su beneficio, la merituación de circunstancias agravantes que no estén desvaloradas ya en el injusto, y que hagan más reprochable éste o el grado de culpabilidad, las circunstancias atenuantes, las compensaciones socialmente destructivas de la culpabilidad, especialmente aquellas que se devienen como penas forenses, y que se reconocen a partir de las dilaciones del procedimiento para juzgar al acusado en un plazo razonable.

8.h.4. La agudización de la pena de prisión. Modelo preferido por quienes abusan del simbolismo penal, es el

endurecimiento de las sanciones penales, con ello se manda un mensaje –que en su esencia es falso– a los habitantes de que se está trabajando responsablemente en la seguridad ciudadana. En verdad, que por su reduccionismo, estas opciones no sólo, no son eficaces para enfrentar el fenómeno de la criminalidad, sino que por el contrario agravan el problema, pues en lugar de penetrar las verdaderas causas del fenómeno criminal en toda su complejidad, se limitan a confiar en el aspecto simbólico preventivo general de la pena, sobre la base ya no de la intimidación, sino del pretendido “terror” que pueda generar en la población el enfrentarse a penas endurecidas, por lo tanto se ocultan las “raíces” del delito, agudizándolo a su vez, por que mediante tal noria de política penal, el fenómeno del crimen sólo es abordado en uno de sus aspectos, el más simplista de todos, para enfrentar la criminalidad, pero es el que sin duda Deja más “réditos” políticos, por su bajo costo –en nuestro país sólo se necesita mayoría simple–; sin embargo, esa forma de política penal, es una paradoja para quienes rehuyen del populismo social y económico, pero no tienen “empacho” para ser “populistas jurídico-penales”. Este aspecto meramente preventivos de la pena, que tanta confianza inspiran a los “modernos gobernantes” que hacen uso de un “moderno derecho penal” y que como solución a la realidad del delito parece hablar “ex cathedra”, como bien lo ha destacado Larruri –citando el informe Hirsch-Bottoms-Bureney-Wikström– están modernamente cuestionados en cuanto a su real eficacia Entre las dificultades que se señalan a los efectos preventivo-generales de la pena se citan en la visión de Nagin: 1) “los efectos de la prevención general se difuminan con el paso del tiempo”; 2) “hay poco conocimiento de la relación existente entre aumento de severidad y percepción subjetiva de la misma”; 3) “las investigaciones concretas no son generalizadas”; 4) “las leyes no se aplican como se prevén y su aplicación real es escasamente analizadas por los investigadores. Además de las anteriores –indica Larruri– las últimas investigaciones en tal materia han informado de los siguientes puntos críticos respecto de las consecuencias de la prevención general, los cuales se detallan así: “a) Confusión entre correlación y causación; b) la dificultad de diferenciar las diversas variables del sistema penal; c) errores en las cifras oficiales; d) desconocimiento de para que tipo de delito y para que tipo de delincuente; e) ignorancia acerca del resto de factores causales concurrentes; f) efecto simultaneo; g) dificultad de distinguir los efectos a corto y a largo plazo; h) confusión de efectos entre prevención e incapacitación; i) desconocimiento de la subjetividad de las personas para saber si conocen y alteran, en base a ello, su comportamiento”. LARRAURI PIJOAN Elena “Fundamentos de Política Criminal” en Ciencias Penales... op. cit. p. 42. por lo que en las consecuencias sólo generan un mayor abatamiento de las garantías penales, sin que efectivamente la criminalidad disminuya.

Por otra parte, la otra faz de la prevención, ya en la aplicación de la sanción o en su aspecto preventivo especial, opta por el medio más simplista, al cual por su irracionalidad han recurrido siempre todos los modelos autoritarios de derecho penal, este prototipo se traduce, en fijar unos límites a la pena de prisión, por los cuales el individuo resulte segregado, inocuizado, o eliminado del tejido social, para ello se proponen penas severas en cuanto a sus límites, las cuales por una combinación sistémica en cuanto a los beneficios penitenciarios, se transforman en verdaderas penas de prisión perpetua. Las penas que por su duración, tengan manifestaciones de indefinición, en verdad transgreden el principio de culpabilidad, por que asocian a la permanencia de la pena, la permanencia de la culpabilidad, es decir que mantienen una visión perpetua de la culpabilidad, erigiendo una presunción de que se

es culpable de por vida, y negando la posibilidad de rehabilitación del condenado, esta última cuestión entre nosotros, es verdaderamente fundamental, en virtud del rango de principio constitucional que tiene la resocialización, a partir del artículo 27 de la Constitución, que prevé como fin medular de la pena, no otra cosa que la configuración de una oferta de oportunidades que el Estado esta en la obligación de brindar al reo, para posibilitar la reincorporación de los condenados al cuerpo social y no su eliminación del Mismo.

Una rápida visión normativa, pero además lógico-empírica, nos permitirá comprobar la afirmación precedente. La reforma ha mutado en algunos tipos penales la consecuencia jurídica, haciéndola verdaderamente drástica. Son ejemplos de ello, los artículos: 129 CP que regula el homicidio agravado, y que teniendo antes unas penas diferenciadas, según concurriese un diferente motivo de agravación, actualmente tiene una pena indiferenciada para la concurrencia de todas las circunstancias agravatorias, equiparandolas todas en una especie de homogeneidad desvalorativa; y fijando a su vez para todas ellas, la pena de treinta a cincuenta años de prisión. En el caso del secuestro, de una pena que oscilaba entre diez a veinte años, y que podía ser agravada especialmente si concurrían ciertas circunstancias calificantes, se ha pasado ahora a una pena de treinta a cuarenta y cinco años de prisión, que en virtud de las calificante especiales previstas para los atentados a la libertad agravados, puede alcanzar los sesenta años de prisión. A esas penas sumamente exacerbadas en su dosimetría, deben añadirse dos nuevas situaciones: a) Si concurre una pluralidad delictiva en la modalidad de concurso material las penas acumuladas pueden alcanzar el lindero de los setenta y cinco años de prisión, ello según lo dispone el artículo 71 CP; b) La excepción para la libertad condicional en los casos que indica el artículo 92-A CP y la prohibición que establece el artículo 149 CP que en su parte final reza “en ningún caso podrá otorgarse al condenado el beneficio de la libertad condicional o libertad condicional anticipada”.

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

8.h.4. Proporcionalidad de las medidas de seguridad. Al analizar este tópico, no podemos dejar de advertir, que precisamente el principio de proporcionalidad como atemperador del poder penal, surge a partir de la indeterminación de las medidas de seguridad. Así lo informa MIR PUIG Santiago “Derecho Penal”. Parte General. (Fundamentos y Teoría del Delito). 3° edición corregida y puesta al día. PPU. Barcelona. España. 1990 p. 110. , que se imponían a inimputables bajo la ideología terapéutica. La ideología terapéutica es aquella que crea la falsa conciencia de que a los inimputables debe imponérseles medidas de seguridad, por que en virtud de tal aplicación se les dispensara un estado de bienestar, en cuanto a la recuperación de sus patologías mentales. Sobre esta visión y los presupuestos que la fundamentan se han señalado agudos reparos como puede confrontarse en

SOTOMAYOR A. Juan Oberto. "Inimputabilidad y Sistema Penal". Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá. Colombia. 1996, ps. 110 a 112. , o a sujetos considerados peligrosos, por lo cual, además de la pena era posible imponer a su vez medidas asegurativas, esta idea del defensismo social, es afrentadora de la garantía de culpabilidad En tal sentido por ejemplo La Sala Constitucional de Costa Rica ha dicho en lo pertinente que: "La autorización para imponer una medida de seguridad en los casos a que se refiere el señalado artículo 98 en su inciso 4°, resulta incompatible con la idea del Estado de Derecho, pues una vez que a la persona se le ha realizado el juicio de reproche, respecto de los hechos a él atribuidos, lo que permite tenerlo como autor de un hecho y aplicarle en consecuencia una pena, se le vuelve a someter a "juicio", en el que no se juzgarán los hechos, sino que se valorará el posible efecto que en él surtió la pena que le correspondió de conformidad a los principios de legalidad y culpabilidad que las informan y se opta por someterlo a una medida indeterminada en cuanto a su duración, negándosele también como consecuencia y en relación a la medida, la posibilidad de que le sean concedidos una serie de beneficios que proceden respecto de las penas pero no respecto de las medidas, con lo que se contraviene lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 42 constitucional. La norma que se analiza hace derivar una consecuencia jurídica más grave a la pena impuesta a una persona condenada con anterioridad, de tal forma que añade un plus de gravedad a la pena inicialmente impuesta., lo que amerita una nueva valoración sobre la respuesta penal para un mismo hecho y por ello se contraviene el principio "non bis in ídem" contenido en el artículo constitucional citado y en el 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Además dicha norma también irrespeta lo dispuesto en el artículo 28 constitucional al pretender obligar al ciudadano a modificar su pensamiento o modo de vida, hasta adoptar los principios que el legislador toma en cuenta para fijar los tipos penales. Con la imposición de una pena se le llama la atención al destinatario principal de la norma para que modifique su conducta, pero si ello no se logra, el Estado no se encuentra legitimado para extender el tanto de la sanción hasta que la pretensión se logre, ello conllevaría a un nuevo juicio de reproche, esta vez por no haberse reformado como se pretendía, exigiéndosele modificar sus pensamientos y mientras ello no ocurra, la reacción penal del Estado se mantiene. Este pensamiento no resulta propio de un sistema democrático pero sí de un régimen autoritario que no se aviene a los principios de libertad en que se fundó el sistema constitucional costarricense". Voto Número 88-92 de las once horas del diecisiete de enero de mil novecientos noventa y dos. La sentencia aludida, pone de relieve una cuestión importante, que creo es oportuno meditarla: el Estado no se encuentra justificado, para imponer forzosamente una clave valorativa, respecto de las personas que han infringido una norma, no puede imponer una determinada moral, so pretexto de que entonces endurecerá la reacción punitiva sean penas o medidas de seguridad. De ahí que, este mismo fundamento de que el hombre es indisponible éticamente, es predicable –según mi opinión respecto de la reincidencia– en el sentido que el Estado no esta legitimado, para acudir al "cuco" de la pena, para imponer determinados valores mediante la amenaza de la coerción penal, que de no asimilarlos el sujeto, será castigado más drásticamente. La pena no puede ser entendida de esa manera y así lo ha entendido –eso creo al menos– la Sala de lo Constitucional quien con cita acertadísima de Mir Puig ha dicho: "Tal es el fin determinante al servicio del cual se ubica la pena, entendida la resocialización –a decir de Mir Puig– "no como sustitución coactiva de los valores del sujeto, no como

manipulación de su personalidad, sino como un intento de ampliar las posibilidades de la participación en la vida social, una oferta de alternativas al comportamiento criminal". Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley de Emergencia... op cit. p. 95 (las bastardillas me pertenecen). , aunque se entendiera que con ello se le propiciaba al denominado "enfermo mental" un beneficio. Obviamente tal tratamiento, estaba –y esta muy lejos– de constituir una especie de beneficio para la persona sujeta a las medidas asegurativas, por lo que estas no eran otra cosa, que verdaderas privaciones de libertad indefinidas.

Para aliviar la situación anterior, es que se potencia el principio de proporcionalidad, fundamentado no sólo en la necesidad de la medida, sino que también en los límites que ésta debería reconocer, puesto que, las medidas de seguridad –entiéndase como consecuencias jurídicas del delito– adolecían de una especie de prevención especial negativa aguda, la cual incluso ni para la pena se afirmaba. De ahí que, en virtud de la razonabilidad de la duración de las medidas asegurativas, se erigieron límites, tomando como parámetros, la gravedad de la pena en su dosimetría abstracta. Y en tal sentido, las medidas de seguridad no podrían rebasar, los límites máximos de la pena deparadas para el delito. Pero además, debe señalarse que, para respetar en este ámbito el principio de proporcionalidad, la dosimetría de la medida de seguridad en concreto, no puede rebasar la penalidad que también en concreto, podría haberse señalado al inimputable, si este hubiese tenido capacidad de culpabilidad penal. En virtud de ello, también la fijación de las medidas de seguridad, debe estar justificada –motivadas– en cuanto a la duración de las mismas.

Precisamente, en el ámbito regulativo de lege lata, ya se reconoce esta expresión del principio de proporcionalidad, al prescribirse como garantía penal mínima que las medidas de seguridad están regidas por el principio de necesidad El artículo 5 del CP prescribe que: "Las penas y medidas de seguridad sólo se impondrán cuando sean necesarias y en forma proporcional a la gravedad del hecho realizado. En ningún caso podrá imponerse medida de seguridad sino es como consecuencia de un hecho descrito como delito en la ley penal, ni por tiempo superior al que le hubiere correspondido al sujeto como pena por el hecho cometido. A tal efecto el tribunal establecerá en la sentencia, razonadamente, el límite máximo de duración". .

8.h.5. La transgresión actual al principio de proporcionalidad. Sólo resta destacar, que una vocación legislativa, por criminalizar conductas delictivas anticipando en extremo la punición, bajo la modalidad im vorfeld o "criminalización en un estadio anterior o en las "avanzadas de la lesión de un bien jurídico" Sobre esta forma de anticipar la punibilidad confrontar: ARCE VÍQUEZ Jorge Luis, CHIRINO SÁNCHEZ Alfredo "Los Problemas de la Política Criminal del Peligro: Consideraciones en torno a la punibilidad de los llamados "actos preparatorios" como delitos independientes" en Doctrina Penal. 1999/A. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 1999, p. 4. – cuya forma de anticipación, es ya cuestionable desde la perspectiva del bien jurídico, y por ende del principio de lesividad– por lo que, en nuestro medio alcanza una seria afrenta al principio de proporcionalidad de las penas, en su dimensión abstracta, puesto que la pena que se concede al delito consumado, se acuerda en los mismos límites para las resoluciones manifestadas, es decir para la proposición o conspiración delictiva en ciertos delitos. Esta nueva forma de punir –que con benevolencia igualaría a Dracon– genera insospechados e inauditos efectos intrasistemáticos en el código penal. Un ejemplo de entre tantos que podrían esbozarse, ilustrara sobre ello. Sí en

el delito de homicidio agravado, que es un delito de resultado material, la pena para cuando alcanza la consumación, es idéntica a la pena que se dispensa, cuando se propone o se conspira para cometer un homicidio de esa especie; resulta que principiar la ejecución del homicidio, sin lograr su consumación, por causas extrañas al agente –tentativa– es un hecho más beneficioso en términos de pena: puesto que la tentativa, tiene una pena menos drástica, que la proposición y la conspiración, aún cuando aquella modalidad, represente ya un peligro concreto para el bien jurídico vida.

En tal sentido, la reforma penal conduce a penar más gravemente las resoluciones manifestadas que la misma tentativa, igualando en el merecimiento de pena en abstracto, los estadios de la proposición y conspiración, con la consumación del homicidio agravado en sus modalidades –lo cual también es predicable para diversos delitos contra el patrimonio– puesto que, entre delito consumado y proposición o conspiración para cometer ese delito no hay diferencia de penalidad, siendo los límites mínimos y máximos los mismos, excepto el delito de secuestro, aunque debe señalarse, que la pena determinada para la lesión en las avanzadas de este delito también es desproporcional. Lo anterior transgrede el principio de proporcionalidad, en este caso bajo la denominación de principio de necesidad o de prohibición de exceso. Puesto que, la creación de tipos penales con penas desproporcionadas, además de afectar el principio de culpabilidad en esta modalidad, también transgrede el principio de resocialización de la pena, puesto que se recurre a este mecanismo de violencia como un instrumento de castigo, lo cual es incompatible con la finalidad de la pena desde la visión constitucional. De ahí que, en la práctica en lugar de una “Política criminal”, se esta construyendo en este ámbito una “Criminal Política” en el sentido que, esa forma de definir los ámbitos de la punibilidad, excede los límites que se reconocen como legítimos mediante el uso razonable del poder. En el sentido de resguardar la proporcionalidad de las penas como un principio rector del ejercicio poder en un Estado Democrático se ha dicho: “Pero un Estado democrático debe exigir, además que la importancia de las normas apoyadas por las penas proporcionadas no se determinen a espaldas de la trascendencia social efectiva de dichas normas. Se sigue de ello que un derecho penal democrático debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos que se le asignan, según el grado de la <<la nocividad social>> del ataque al bien jurídico”. MIR PUIG Santiago “Derecho Penal”. Parte General. 5ª edición ... op. cit. ps. 100 a 101. (el destacado le pertenece al original). , el cual en su ejercicio real, no puede ser ejercitado transgrediendo los principios, derechos y garantías constitucionales, ello no debe ser admitido en un Estado que se precie de asumir la digna investidura de ser gobernado por la Constitución. La visión de que nos rige un Estado Constitucional de Derecho con todas las implicaciones que ello importa respecto de la vigencia reales de los principio, derechos y garantías fundamentales en relación al diseño de la política criminal en cuanto límites para el Estado lo hace suyo –y nos adherimos al mismo– la Sala de lo Constitucional al expresar que: “En primer lugar, la configuración de un Estado Constitucional de Derecho, el cual –como sostiene Pérez Luño– importa “un tipo de Estado con unas exigencias de contenido materiales que se cifran en la necesidad de una organización y regulación de la actividad estatal guiada por principios racionales, que deben traducirse en un orden político justo”; y que visto desde un enfoque técnico, –sostiene el mismo autor–, consiste en ciertos “mecanismos o condiciones jurídicos de hecho que

presiden el funcionamiento del Estado”, basados en ciertos presupuestos fundamentales como son: la limitación de la actividad de los órganos del poder por la constitucionalidad y la legalidad; la garantía por parte de ésta de ésta de los derechos fundamentales; y la teoría del control jurisdiccional de toda la actividad del Estado”. Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley de Emergencia... op. cit. p. 94. .

CONCLUSIONES.

De todo lo dicho podemos señalar las siguientes conclusiones respecto de la vigencia de los principios constitucionales y particularmente del principio de culpabilidad penal: 1) Las decisiones de política penal que se adopten por el poder estatal, deben respetar los principio, derechos y garantías fundamentales que la Constitución ha establecido como limites.

2) La política penal que es una modalidad de la política criminal y que se traduce –entre otros aspectos– en la reforma de la legislación penal, esta supeditada al control del poder judicial mediante el examen de constitucionalidad de las normas que se emanan del poder legislativo.

3) El principio de culpabilidad esta reconocido en el artículo 12 de la Constitución de la República.

4) El principio de personalidad de la culpabilidad y de las penas, prohíbe que éstas materialmente se transfieran al grupo familiar del condenado. En virtud de ello el cumplimiento de la sanción mediante el régimen de internamiento especial debe respetar el principio de culpabilidad en el ámbito de ejecución de la sanción penal.

5) La detención provisional no puede justificarse ni proceder, amparada en la frecuencia delictiva análoga, ni por motivos de alarma social, puesto que ambas modalidades son lesionadoras del principio de culpabilidad que resguarda también aspectos procesales.

6) El derecho penal de autor esta proscrito de un Estado Constitucional de Derecho. En virtud de ello la reincidencia y la habitualidad que son manifestaciones de un derecho penal de autor transgreden los fundamentos del principio de culpabilidad.

7) La garantía de Nullum crimen nulla poena sine culpa excluye todo tipo de responsabilidad objetiva.

8) El principio de proporcionalidad prohíbe que las penas o medidas de seguridad sean desproporcionadas en su ámbito abstracto como en la dosimetría de sanción en concreto.

BIBLIOGRAFIA.

1. ARCE VÍQUEZ Jorge Luis, CHIRINO SÁNCHEZ Alfredo “Los Problemas de la Política Criminal del Peligro: Consideraciones en torno a la punibilidad de los llamados “actos preparatorios” como delitos independientes” en Doctrina Penal. 1999/A. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 1999.

2. ARROYO GUTIÉRREZ José Manuel “Juez y Democracia en el Siglo XXI” en La Voz del Consejo. N° 4. Período julio-agosto-septiembre 2001. Edición Especial. Consejo Nacional de la Judicatura. San Salvador. El Salvador.

2001.

3. BARATTA Alessandro "Política Criminal entre la política de seguridad y la política social" en Delito y Seguridad de los Habitantes. Coordinador Elías Carranza. Siglo Veintiuno editores. Madrid. España. 1997.

4. BARBERO SANTOS Marino "Consideraciones sobre el estado peligroso y las medidas de seguridad, con particular referencia a los Derechos italiano y alemán" en Estudios de Criminología y Derecho Penal. Universidad de Valladolid. Secretariado de Publicaciones. Valladolid. España. 1972.

5. BINDER Alberto M. "Política Criminal". De la formulación a la praxis. AD-HOC. Buenos Aires. Argentina. 1997.

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

7. BUSTOS RAMIREZ Juan "Introducción al Derecho Penal". Segunda edición. Temis. Santa Fe de Bogotá. Colombia. 1994.

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

9. CADAVID QUINTERO Alfonso "Introducción a la Teoría del Delito". Especial consideración a los fundamentos del delito imprudente. Biblioteca Jurídica DIKE. Medellín. Colombia. 1998.

10. CALDERON CERESO Angel, CHOCLAN MONTALVO José Antonio "Principios, Hecho Punible y Responsabilidad Penal". en Revista Justicia de Paz. Año I Volumen I. Septiembre-Diciembre 1998. San Salvador. El Salvador. 1998.

11. CARRANZA Elías "La interrelación de la Ciencia Penal con la Política Criminal" en "La Ciencia Penal y la Política Criminal en el Umbral del Siglo XXI. Coloquio Internacional. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México D.F. 1996.

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

13. CARRARA Francesco "Programa del Curso de Derecho Criminal. Parte General. Tomo II. Traducción de Octavio Béeche y Alberto Gallegos. 1ª edición facsimilar. Editorial Jurídica Continental. San José Costa Rica. 2000.

14. CASTILLO GONZALEZ Francisco en "El Dolo". Su estructura y sus manifestaciones. Editorial Juritexto. 1ª edición. San José. Costa Rica. 1999.

15. CHOCLAN MONTALVO José Antonio "Culpabilidad y Pena". Su medición en el sistema penal salvadoreño. Justicia de Paz (CSJ-AECI). Primera edición. San Salvador. El Salvador. 1999.

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

17. CUELLO CALON Eugenio "Derecho Penal". Tomo I Parte General. Conforme al código penal, texto refundido de 1944, Editorial Bosch. Décima edición. 1951.

18. CURY URZUA Enrique "Derecho Penal". Parte General. Tomo I. Segunda Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1988.
19. CURY URZUA Enrique "Derecho Penal". Parte General. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1985.
20. DEL CID FLORES Evelin Carolina "La Función del derecho Penal en el Estado de Derecho" en Revista de Derecho Penal N° 1. Enero 1996-Julio 1997. Corte Suprema de Justicia. San Salvador. El Salvador, 1997.
21. DELMAS-MARTY Mireille "Modelos Actuales de Política Criminal". Traducción de Marino Barbero Santos. Colección Temas Penales. Serie A N° 4. Centro de Publicaciones. Ministerio de Justicia. Madrid. España. 1986.
22. DÍAZ Elías "Estado de Derecho y Sociedades Democráticas" cuarta edición. Madrid. España. 1972.
23. DONNA Edgardo Alberto "La Peligrosidad en el Derecho Penal". Ensayos Jurídicos. N° 24. Editorial Astrea. Buenos Aires. Argentina, 1978
24. ENCICLOPEDIA UNIVERSAL ILUSTRADA. Europea–Americana. Tomo LX. Espasa/Calpe. Madrid. España. 1928.
25. FERNANDEZ CARRASQUILLA Juan "Derecho Penal Fundamental" Volumen I. Introducción al Derecho Penal. Evolución de la Teoría del Delito. Temis. Santa fe de Bogotá. Colombia. 1985..
26. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA Juan "Derecho Penal Fundamental". Tomo II. Teoría general del delito y punibilidad. Segunda reimpresión. Temis. Santa Fe de Bogotá. Colombia. 1995.
27. FERNÁNDEZ Gonzalo D. "Culpabilidad y Teoría del Delito" Volumen I. Julio Cesar Faira. Editor. Montevideo. Uruguay. 1995.
28. FERRAJOLI Luigi "Derecho y Razón". Teoría del Garantismo Penal. Traducción de Perfecto Andrés Ibañez y otros. Editorial Trotta. Madrid. España. 1997.
29. FERRI Enrico "Principios de Derecho Criminal". Traducción de José Antonio Rodríguez Muñoz. Editorial Reus. Madrid. España. 1933.
30. FEUERBACH Paul Johann Anselm Ritter von. "Tratado de Derecho Penal" común vigente en Alemania Traducción al castellano de la 14ª edición alemana (Giessen 1847) por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Editorial Hammurabi. Segunda edición. Buenos Aires. Argentina. 1989.
31. FONTAN BALESTRA Carlos "Derecho Penal". Introducción y parte general. 9ª edición actualizada. Abeledo Perrot. Buenos Aires. Argentina. 1976.
32. FRIAS CABALLERO Jorge, CODINO Diego, CODINO Rodrigo "Teoría del Delito". Hammurabi. Buenos Aires. Argentina. 1993.
33. HASSEMER Winfried "Fundamentos de derecho Penal". Traducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Bosch. Barcelona. España. 1984.
34. HASSEMER Winfried, MUÑOZ CONDE Francisco "Introducción a la Criminología y al Derecho Penal". Tirant lo Blanch. Valencia. España. 1989.
35. HASSEMER Winfried, MUÑOZ CONDE Francisco "La Responsabilidad Penal por el Producto en Derecho Penal" . Tirant lo Blanch. Valencia. España. 1995

- 36.HASSEMER Winfried "Viejo y Nuevo Derecho Penal" en Persona, Mundo y Responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Traducción de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita. Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá. Colombia. 1999.
- 37.HERNANDEZ VALIENTE René "Exposición de motivos del código penal". en Documentos Básicos de la Nueva Normativa Penal. Asamblea Legislativa. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. San Salvador. El Salvador. 1997.
- 38.HIRSCH Hans Joachim "El principio de culpabilidad y su función en el derecho penal". Traducción de Daniel R. Pastor. en Derecho Penal. Obras completas. Tomo I. Rubinzal Culzoni. Buenos Aires. Argentina. 1999.
- 39.HORMAZABAL MALAREE, Hernán. "Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho". El objeto protegido por la norma penal". Primera Edición. PPU. Barcelona. España. 1991.
- 40.JAKOBS Günther "Derecho Penal" Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación. 2° edición corregida, traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Editorial Marcial Pons. Madrid. España. 1997.
- 41.JAKOBS Günter " ¿Qué Protege el Derecho Penal: Bienes Jurídicos o la Vigencia de la Norma?". Ediciones Jurídicas Cuyo. Mendoza. Argentina. 2001.
- 42.JEAN VALLEJO Manuel "Principios Constitucionales y Derecho Penal Moderno". Estudios sobre cuestiones de especial relevancia constitucional. Primera edición. AD-HOC. Buenos Aires. Argentina, 1999.
- 43.JESCHECK Hans-Heinrich "Tratado de Derecho Penal". Parte General. Volumen Primero. Traducción de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, de la tercera edición alemana. Editorial Bosch. Barcelona. España. 1981.
- 44.JESCHECK Hans-Heirich "Tratado de Derecho penal" 4° edición completamente corregida y ampliada. Traducción de José Luis Manzanares Samaniego. Editorial Comares. Granada. España. 1993.
- 45.KAISER Günther "Criminología". Una Introducción a sus fundamentos científicos. Traducción de la segunda edición alemana por José Belloch Zimmermann. Espasa-Calpe. Segunda edición. Madrid. España. 1983.
- 46.LANGLE Emilio "La Teoría de la Política Criminal". Reus. Madrid. España. 1927.
- 47.LARRAURI PIJOAN Elena "Fundamentos de Política Criminal" en Ciencias Penales. Monografías. Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial. San Salvador, El Salvador. 2001.
- 48.LARRAURI PIOJAN Elena "Consideraciones sobre Política Criminal". Comisión Coordinadora del Sector Justicia. Unidad Técnica Ejecutiva. San Salvador. El Salvador. 2001.
- 49.LATAGLIATA A.R. "Contribución al Estudio de la Reincidencia". Abeledo Perrot. Buenos Aires. Argentina.1963.
- 50.LISZT Franz von "Tratado de Derecho Penal". Traducido de la 20° edición alemana, por Luis Jiménez de Asúa, con adiciones de Quintiliano Saldaña. Tomo Segundo. Segunda edición. Editorial Reus. Madrid. España. 1926.
- 51.LUZÓN PEÑA DIEGO-MANUEL "Curso de Derecho Penal" Parte General I. Hispamer. Colombia. 1995.
- 52.MAIER Julio B.J. "Derecho Procesal Penal Argentino". Tomo I. Volumen. B. Fundamentos. Editorial Hammurabi. Buenos Aires. Argentina 1989
- 53.MAURACH Reinhart, ZIPF Heinz "Derecho Penal". Parte General 1, Teoría general del derecho penal y

- estructura del hecho punible. Traducción de la 7° edición alemana, por Jorge Bofill Genzch y Enrique Aimone Gibson. Editorial Astrea. Buenos Aires. Argentina. 1994.
- 54.MEZGER Edmund "Modemas Orientaciones de la Dogmática Juridico-Penal". Traducción de Francisco Muñoz Conde. Tirant lo Blanch. Valencia. España. 2000.
- 55.MEZGER Edmund en "Derecho Penal". Parte General. Libro de estudio. Cardanes editor. México. 1985.
- 56.MIR PUIG Santiago "Introducción a las Bases del derecho Penal". Concepto y Método. Reimpresión. Barcelona. España. 1982.
- 57.MIR PUIG Santiago "Derecho Penal". Parte General. (Fundamentos y Teoría del Delito). 3° edición corregida y puesta al día. PPU. Barcelona. España. 1990.
- 58.MIR PUIG Santiago "Derecho Penal". Parte General. 5 edición. Reppertor S.L. Barcelona. España. 1998.
- 59.MORA MORA Luis Paulino, NAVARRO SOLANO Sonia "Constitución y Derecho Penal". Corte Suprema de Justicia. Escuela Judicial. San José. Costa Rica. 1995.
- 60.MORENO CARRASCO Francisco, RUEDA GARCIA Luis "Código Penal de El Salvador". Comentado. Justicia de Paz. (CSJ-AECI) San Salvador. El Salvador. 1999.
- 61.MORENO HERNÁNDEZ Moisés "Dogmática Penal y Política Criminal en "La Ciencia Penal y la Política Criminal en el Umbral del Siglo XXI. Coloquio Internacional. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México D.F. 1996.
- 62.MOYNA MÉNGUEZ José, GÓMEZ GUILLAMON Rogelio, LUZÓN CUESTAS José María, ORTIZ ÚRCULO Juan Cesáreo y TORRES-DULCE LIFANTE Eduardo "Código Penal". Comentarios y jurisprudencia. Sexta Edición. Colex. Madrid. España. 2001.
- 63.MUÑOZ CONDE Francisco "El Principio de Culpabilidad" en Terceras Jornadas de Profesores de Derecho Penal. Santiago de Compostela. Universidad Santiago de Compostela. España. 1975.
- 64.MUÑOZ CONDE Francisco "Introducción al Derecho Penal". Editorial Bosch. Barcelona. España. 1975.
65. MUÑOZ CONDE Francisco "El Error en el Derecho Penal". Tirant lo Blanch. Valencia. España. 1989.
- 66.MUÑOZ CONDE Francisco "Teoría General del Delito". Segunda edición Tirant lo Blach. Valencia. España. 1991.
- 67.MUÑOZ CONDE Francisco, GARCIA ARAN Mercedes "Derecho Penal". Parte General. 2° edición, revisada y puesta al día conforme al Código penal de 1995. Tiran lo Blanch. Valencia. España. 1996.
- 68.PALAZZO Francesco "Estado Constitucional de Derecho y Derecho Penal" traducción de Vanna Andreini en "Teorías Actuales del Derecho Penal". Editorial AD-HOC. Primera edición. Buenos Aires. Argentina. 1998.
- 69.PAZ RUBIO José María "El Problema de la Pena y las Medidas Alternativas" en Memorias de la segunda conferencia iberoamericana sobre reforma de la justicia penal. Fase B. Derecho Penal. Tercera entrega. Centro de Investigación y Capacitación del Proyecto de Reforma Judicial. San Salvador. El Salvador. 1992.
- 70.POLITOFF L. Sergio y MATUS Jean Pierre "Objeto jurídico y Objeto Material en los delitos de Trafico Ilícito de Estupefacientes" en Tratamiento Penal del Trafico Ilícito de Estupefacientes. Estudios de dogmática y jurisprudencia. Coordinadores Sergio Politoff L. y Jean Pierre Matus. Editorial Jurídica Conosur. Santiago de

Chile. 1998.

71.QUINTERO OLIVARES Gonzalo "Derecho Penal". Parte General. Segunda edición corregida, aumentada y puesta al día. Marcial Pons editor. Barcelona. España. 1989.

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

73.RODRÍGUEZ Delmer Edmundo "Apuntes sobre la Teoría del Error en la Legislación Penal Salvadoreña". Divulgación Jurídica. Año 7. N°5. Octubre 2000. Comisión Coordinadora del Sector Justicia. Unidad Técnica Ejecutiva. San Salvador. El Salvador. 2000.

74.ROXIN Claus "La Culpabilidad como Criterio Limitativo de la Pena". Traducción de Francisco Muñoz Conde. en Revista de Ciencias Penales de Chile. Tomo 32, enero-abril, 1973. Ediciones Encina-Ltda. Santiago de Chile. 1973.

75.ROXIN Claus "Franz Von Liszt y la Concepción Político Criminal del Proyecto Alternativo" en Problemas Básicos del Derecho Penal. Traducción de Diego-Manuel Luzón Peña. Editorial Reus. Madrid. España. 1976.

76.ROXIN Claus "Iniciación al Derecho Penal de Hoy. Traducción de Francisco Muñoz Conde. Publicaciones de la Universidad de Sevilla. España. 1981.

77.ROXIN Claus "Culpabilidad y prevención en el Derecho Penal". Traducción de Francisco Muñoz Conde. Reus. Madrid. España. 1981.

78.ROXIN Claus "Derecho Penal" Parte General. Tomo I Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Traducción de la 2ª edición alemana por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Civitas. Madrid. España. 1997

79.ROXIN Claus "Política Criminal y Sistema de del Derecho Penal" 2ª edición, traducción de Francisco Muñoz Conde. Editorial Hammurabi. Buenos Aires. Argentina. 2000.

80.SÁNCHEZ 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.

81.SCHÛNEMANN Bern "La Política Criminal y el Sistema de Derecho Penal. Traducción de Margarita Martínez Escamilla. En Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Madrid. España. 1991.

82.SILVA SÁNCHEZ Jesús María "Política Criminal en la Dogmática: Algunas cuestiones sobre su contenido y límites" en Política Criminal y Nuevo Derecho Penal (Libro Homenaje a Claus Roxin José M. Bosch Editor. Barcelona. España. 1997.

83.SILVA SÁNCHEZ Jesús-María "Política Criminal y Persona" Editorial AD-HOC. Buenos Aires. Argentina. 2000.

84.SOLER Sebastián "Derecho Penal Argentino". Tomo II. Tipografía Editora Argentina. Buenos Aires. Argentina. 1989.

85.SOTOMAYOR ACOSTA Juan Oberto "Consideraciones sobre el Principio de Culpabilidad y la Responsabilidad Penal del Inimputable". en Memorias de la Segunda Conferencia Iberoamericana sobre Reforma de la Justicia Penal. Fase B. Derecho Penal. Tercera entrega. Centro de Investigación y Capacitación del Proyecto de Reforma Judicial. San Salvador. El Salvador. 1992.

- 86.SOTOMAYOR Juan Oberto "Medidas de Seguridad y Garantías Individuales" en Actualidad. Revista Jurídica. Año1 n° 1. Unidad Técnica Ejecutiva. San Salvador. El Salvador. 1996.
- 87.SOTOMAYOR A. Juan Oberto. "Inimputabilidad y Sistema Penal". Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá. Colombia. 1996.
- 88.STRATENWERTH Günter "Derecho Penal". Parte General I. El Hecho Punible. Traducción de la segunda edición alemana (1976) por Gladys Romero. EDESA. 1982.
- 89.SUAREZ SÁNCHEZ Alberto "El Debido Proceso Penal". Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Colombia. 1998.
- 90.TERRADILLOS BASOCO Juan "Delitos relativos a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente" en "Derecho Penal del Medio Ambiente". Editorial Trotta. Madrid. España. 1997.
- 91.TERRADILLOS BASOCO Juan María "Teoría Jurídica del Delito" en Ciencias Penales Monografías. Consejo Nacional de la Judicatura/Escuela de Capacitación Judicial. 1ª edición. San Salvador. El Salvador. 2001.
- 92.TINETTI José Albino, SORIANO RODRÍGUEZ Salvador Hector, SALAZAR TORRES Godofredo, MARROQUÍN GALO Fernando, JOSA María Antonieta, CRUZ AZUCENA José Manuel en "Ensayos N° 1". Tres Temas fundamentales sobre la Fase Inicial del Proceso Penal. Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial. 1ª edición. San Salvador. El Salvador. 1999.
- 93.TOCORA Fernando "Política criminal en América Latina". Ediciones Librería del Profesional. Primera edición. Bogotá. Colombia. 1990.
- 94.TREJO Miguel Alberto, SERRANO Armando Antonio, FUENTES DE PAZ Ana Lucila, RODRIGUEZ CRUZ Delmer Edmundo y CORTEZ DE ALVARENGA Alba Evelyn "Manual de Derecho Penal". Parte General. Centro de Investigación y Capacitación. Proyecto de Reforma Judicial. San Salvador. El Salvador. 1ª edición. 1992.
- 95.TREJO ESCOBAR Miguel Alberto "Autoría y Participación en Derecho Penal". Editorial Triple "D". 1ª edición. San Salvador. El Salvador. 2000.
- 96.VALENCIA RESTREPO Hernán "Nomoárquica, Principialística Jurídica o los Principios Generales del Derecho" Editorial Temis. Santa fe de Bogotá. 1993.
- 97.VELASQUEZ V. Fernando "La Culpabilidad y el Principio de Culpabilidad". Revista de Derecho y Ciencias Políticas. Volumen 50. Año 1993. Universidad Nacional de San Marcos. Lima. Perú. 1993.
- 98.VELÁSQUEZ V. Fernando "Derecho Penal". Parte General. Tercera edición. Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá. Colombia. 1997.
- 99.WELZEL Hans "Derecho Penal Alemán" Parte General. 11ª edición alemana. 4ª edición castellana. Traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. Chile. 1993.
- 100.ZAFFARONI Eugenio Raúl "Manual de Derecho Penal". Parte General. Primera Reimpresión. Cárdenas Editor. México D.F. 1991.
- 101.ZAFFARONI Eugenio Raúl "Reincidencia: Un concepto de derecho penal autoritario" en Derechos Fundamentales y Justicia Penal. Edmundo Vásquez Martínez. Com. Editorial Juriscentro. San José. Costa Rica. 1992.

102.ZAFFARONI Eugenio Raúl "Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina". De Palma. Buenos Aires. Argentina. 1981.

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

104.ZUGALDIA ESPINAR José Miguel "Fundamentos de Derecho Penal". Parte general. Las teorías de la pena y de la ley penal. Universidad de Granada. España. 1990.

JURISPRUDENCIA.

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

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

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

4.Voto N° 500-90 de las diecisiete horas con treinta minutos del dos de mayo de mil novecientos noventa. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

5.Voto N° 1739-92 de las once horas con cuarenta y cinco minutos del primero de julio de mil novecientos noventa y dos. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

6.Voto Número 88-92 de las once horas del diecisiete de enero de mil novecientos noventa y dos. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.