



<https://hdl.handle.net/>

EL PROGRAMA PENAL DE LA CONSTITUCIÓN. LOS LÍMITES QUE LA POLÍTICA CRIMINAL IMPONE DESDE LA CONSTITUCIÓN SALVADOREÑA AL EJERCICIO DEL PODER PUNITIVO DEL ESTADO

THE PENAL PROGRAMME OF THE CONSTITUTION. THE LIMITS THAT CRIMINAL POLICY IMPOSED BY THE SALVADORAN CONSTITUTION ON THE EXERCISE OF THE PUNITIVE POWER OF THE STATE


Ricardo Antonio Rosa Orellana¹

Fecha de recepción: febrero 2024/fecha de aceptación abril 2024

Resumen

Introducción: Siempre resulta importante realizar un abordaje del papel que desempeña la política criminal en nuestros días. Pero esa reflexión no puede realizarse al margen de los límites que dicha disciplina auxiliar del Derecho penal impone desde la Constitución. La relación que existe entre la política criminal y el Derecho penal es sumamente cercana, al grado de que las tendencias político criminales tienen incidencia en las construcciones teóricas que realiza la dogmática penal. **Objetivo:** En este artículo y con especial énfasis en los desarrollos esbozados por la jurisprudencia constitucional salvadoreña, se estudiará los límites que la política criminal de un Estado Democrático y Constitucional de Derecho impone al ejercicio del poder punitivo, para evitar que este se vuelva arbitrario, despótico e irrazonable. **Método:** Para estudiar las diferentes aristas del tema se implementó el método cualitativo y la técnica que se utilizó es el de información documental. Para ello, la revisión de la doctrina penal contemporánea, la Constitución, jurisprudencia constitucional, penal y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos demuestran la importancia de que el poder punitivo del Estado tenga límites claramente fijados. **Resultados:** Del estudio de los límites al ejercicio del poder punitivo del Estado que la Política Criminal impone desde la Constitución, deja entrever que en los momentos actuales donde la moda es la “huida” al Derecho penal o el populismo punitivo, el respeto a los derechos y garantías de la persona

¹Abogado y Notario, Asistente de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Graduado como Licenciado en Ciencias Jurídicas y Maestro en Derecho Penal por la Universidad de Oriente, Maestro en Derechos Fundamentales en Perspectiva Nacional, Supranacional y Global por la Universidad de Granada, España. Actualmente estudiante del Doctorado en Ciencias Penales impartido por la Universidad San Carlos de Guatemala, en consuno con la Universidad de Valencia, España. Docente de la Maestría en Derecho Penal (UES-FMOcc) y del Diplomado en Derechos Fundamentales de la Universidad Gerardo Barrios.

 <https://orcid.org/0009-0004-1595-3987> richie.rose1987@gmail.com.

deben estar más vigentes que nunca. Corresponde a los académicos, jueces, abogados defensores, agentes fiscales, ser la primer barrera o contención cuando ese poder punitivo se desborde, se exceda y se vuelva en la primera respuesta que otorgue el Estado ante los distintos problemas sociales que experimenta día a día en su seno.

Palabras clave: Política Criminal, Derecho penal, principio de legalidad, prohibición de doble juzgamiento, principio de igualdad, principio de lesividad, principio de mínima intervención, principio de proporcionalidad, principio de culpabilidad, inviolabilidad de la defensa

Abstrac

Introduction: It is always important to approach the role played by criminal policy in our times. But this reflection cannot be carried out outside the limits that this auxiliary discipline of criminal law imposes from the Constitution. The relationship between criminal policy and criminal law is extremely close, to the extent that criminal policy trends have an impact on the theoretical constructions made by criminal dogmatics. **Objective:** In this article and with special emphasis on the developments outlined by Salvadoran constitutional jurisprudence, we will study the limits that the criminal policy of a Democratic and Constitutional State of Law imposes on the exercise of punitive power, to prevent it from becoming arbitrary, despotic and unreasonable. **Method:** In order to study the different aspects of the topic, the qualitative method was implemented and the technique used was that of documentary information. To this end, the review of contemporary criminal doctrine, the Constitution, constitutional and criminal jurisprudence and the Inter-American Court of Human Rights demonstrate the importance of the punitive power of the State having clearly established limits. **Results:** From the study of the limits to the exercise of the punitive power of the State that the Criminal Policy imposes from the Constitution, it is clear that in the current times where the fashion is the “flight” to criminal law or punitive populism, respect for the rights and guarantees of the person, must be more effective than ever. It is up to academics, judges, defense lawyers, prosecutors, to be the first barrier or containment when this punitive

power overflows, is exceeded and becomes the first response given by the State to the various social problems it experiences day by day in its bosom.

Key words: Criminal policy, criminal law, principle of legality, prohibition of double jeopardy, principle of equality, principle of harm, principle of minimum intervention, principle of proportionality, principle of guilt, inviolability of the defense

Política criminal y derecho penal

La política hace referencia a la forma de gobierno y a la manera en que se gestionan los diversos asuntos públicos: política sanitaria, política educativa, política económica, entre otras (Arendt, 2018, p.9). Una de las manifestaciones más importantes en que la política se manifiesta es la política criminal, es decir, el conjunto de planes formulados e implementados por el Estado para tratar y hacer frente al fenómeno criminal o dicho de manera más técnica “el conjunto de acciones políticas diseñadas a partir de un estudio interdisciplinario e integrador de la realidad que origina las conductas delictivas y la configuración del sistema penal, con el objeto de suministrar respuestas superadoras, no solo restringidas a la sanción de los delitos, sino también encaminadas a afianzar un derecho humano a la seguridad integral, en miras de consolidar el bien común de la sociedad” (Gamboa & Romero Berdullas, 2015, p.17). En ese sentido, la seguridad pública, la delincuencia organizada, el sistema de administración de justicia y los derechos fundamentales de los sospechosos, entre otros, son temas que atañen a la política criminal.

El avance de esta disciplina ha sido vertiginoso, al punto de convertirse en una disciplina, en un sector del conocimiento auxiliar del Derecho penal, en la medida que estudia los principios que son aplicables a la legislación penal, entre, ellos, los que limitan el ejercicio del poder punitivo del Estado (Beristain Ipiña, 1999, p. 13-14). Esto no quiere decir que la política criminal tiene como objeto de estudio, exclusivamente, el Derecho penal objetivo, sino también otro tipo de instituciones que tiene como finalidad la prevención o la reacción ante el fenómeno criminal, sobre la base de los parámetros establecidos por la Constitución

(Elementos básicos de la política criminal de un Estado, 1997). Aunado a ello, proporciona al legislador criterios determinantes para reformar la ley penal y lograr una mejor convivencia humana. Para llegar a este entendimiento de la política criminal y el Derecho penal, se tuvo que transcurrir diferentes períodos.

En efecto, a finales del Siglo XIX, Franz Von Liszt consideraba que el Derecho penal era aquellos principios que reconocían la esfera de libertad de los ciudadanos ante el poder punitivo del Estado y la política criminal como las estrategias que ejecutaba el Estado para atacar la criminalidad. A partir de ahí el citado jurista alemán elaboró dos frases que lo han distinguido de sobre manera: (1) El Derecho penal es la Carta Magna del delincuente; y (2) El Derecho penal es la barrera infranqueable de toda política criminal (Borja Jiménez, 2011, p. 29).

No obstante, Claus Roxin brindó una conferencia titulada “Política Criminal y Sistema de Derecho Penal” en donde ofreció una nueva propuesta que consistía en analizar la relación entre ambas disciplinas. El connotado profesor alemán criticó que la dogmática penal se había desarrollado sobre la base de criterios jurídicos y nada más, sin tener en cuenta las necesidades político-criminales de las instituciones penales y promueve que las distintas categorías de la teoría del delito (acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), los principios y las instituciones del Derecho penal sean dotadas de contenido a partir de las consecuencias político-criminales y las repercusiones en el ámbito de la realidad social en las cuales se lograría tener incidencia (Roxin, 2002, p. 38).

De esto resulta que la función principal de la política criminal no es solo establecer estrategias de prevención y lucha contra el delito. Siempre que exista un Estado Constitucional y democrático de Derecho, la política criminal también tendrá como función principal garantizar los derechos fundamentales y los principios constitucionales en la lucha contra el delito, los cuales se erigen como límites al ejercicio del poder punitivo del Estado. Efectivamente, las reformas a la política-criminal generaron como consecuencia la limitación del poder punitivo o “la violencia aplicada legalmente por el Estado, mediante reglas

racionales”, sobre todo, una vez que aparecieron cuestionamientos sobre los fines de la pena (Rivera Beiras, 2005). Esos límites objeto de estudio de la Política Criminal están reconocidos en la Constitución de los países de corte democrático y son los que a continuación se examinarán.

Límites de la política criminal al ejercicio del poder punitivo del estado

A) El principio de legalidad. Fue producto del deseo de los ciudadanos de ser gobernados por la voluntad expresada en la ley. De ahí que algunas áreas del ordenamiento jurídico estuvieran sometidas a una reserva de ley, es decir, que determinadas materias — entre ellas el Derecho penal— solo se regularán mediante una declaración del Órgano Legislativo. En ese contexto, cobra relevancia el principio de legalidad, el cual tiene dos dimensiones o fundamentos, uno político y otro jurídico. Según el primero, le corresponde al legislador determinar las limitaciones a la libertad individual cuando manda o prohíbe la realización de comportamientos —comisivos y omisivos— al establecer delitos, faltas y determinar las consecuencias jurídicas aplicables por la realización de los mismos, por representar afectación a los derechos individuales. Desde el punto de vista jurídico, su fundamentación se asigna a P. J. A. Feuerbach y se resume en el aforismo latino “*nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine, nulum crimen sine poena legali*”.

De la formulación realizada por Feuerbach, se denota su concepción respecto a la finalidad que debe cumplir la pena —prevención general—, como coacción psicológica que inhibe la realización de conductas merecedoras de sanción. Pero para que ello sea posible, es necesario que los ciudadanos conozcan el alcance del contenido prohibitivo de la norma, lo cual conlleva una obligación para el legislador, de delimitación precisa de aquellos comportamientos merecedores de una sanción, lo que constituye su fundamentación jurídica. Ahora bien, el principio de legalidad tiene cuatro manifestaciones y son las siguientes (Pérez Pinzón, 2009, p. 253):

a) Ley previa. Supone que no se puede hacer uso retroactivo de la ley penal, de modo que la restricción a los derechos fundamentales de la persona a través del Derecho penal, solo puede llevarse a cabo sobre hechos posteriores a la promulgación de la ley que establece los delitos y las faltas o el incremento de la consecuencia jurídica. Esta regla general tiene dos excepciones, la retroactividad y la ultraactividad de la ley penal, siempre y cuando favorezcan la situación jurídica del imputado. La retroactividad consiste en la aplicación de una ley penal vigente a hechos pasados, de modo que pasa a regular situaciones existentes con anterioridad a la vigencia de la ley. Por su parte, la ultraactividad implica el empleo de una norma penal derogada a hechos que acaecieron durante su período de vigencia, pero que se encuentran regulados en la actualidad por otra disposición o cuerpo normativo.

b) Ley cierta o mandato de determinación. Es la exigencia para que el legislador al momento de formular tipos penales, utilice una descripción precisa y clara y se abstenga de usar cláusulas indeterminadas de múltiple o impreciso significado, con la finalidad de que los destinatarios del cumplimiento de la ley tengan conocimiento tanto del contenido como del alcance de los comportamientos prohibidos o mandados por el ordenamiento jurídico y sepan a qué atenerse (Sala de lo Constitucional de El Salvador, 2001) (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2008). En el fondo el mandato de determinación exigiría una precisión relativa, de tal forma que el legislador tiene que formular y describir los comportamientos penales prohibidos o mandados mediante expresiones que contengan la máxima precisión posible o una determinación suficiente, de acuerdo con contexto de regulación (Corte Suprema de Justicia, 2015) y para eso deberá preferir la utilización de los elementos descriptivos sobre los elementos normativos.

c) Ley escrita. Ninguna conducta podrá elevarse a la categoría de delito o falta, ni podrá imponerse consecuencia jurídica alguna, sin que conste por escrito en un cuerpo jurídico y que esta tenga la calidad de ley en sentido formal. De ahí que la ley que emite la Asamblea Legislativa es la única que puede estatuir la prohibición o mandato dirigida al destinatario de la norma. Como consecuencia de esta manifestación del principio de

legalidad, la costumbre no puede ser considerada como fuente constitutiva para la creación de tipos penales o para la imposición de penas o medidas de seguridad.

d) Ley estricta. Tiene como propósito evitar la aplicación analógica de la ley penal ante la prohibición del operador jurídico de subsanar los vacíos de la legislación mediante la aplicación de preceptos semejantes o de similares características, ya sea para la configuración del tipo penal o para la imposición de las consecuencias jurídicas. La doctrina mayoritaria es unánime en considerar absolutamente prohibida la analogía en perjuicio del imputado —analogía *in malam partem*—, por ser vulneradora de derechos fundamentales, pero se muestra en favor de la analogía en favor del procesado —analogía *in bonam partem*—. No obstante, merece la atención examinar la validez de aplicar en forma analógica las reglas favorecedoras de la situación jurídica del endilgado que no se encuentran expresamente previstas en la ley, a tal grado de poder llegar a entenderse como una abrogación judicial de la ley, aspecto cuestionable en un Estado de Derecho.

Tal discusión resulta superada cuando existe una “cláusula de apoderamiento”. Es decir, cuando el legislador delega su función y permite que el aplicador de la ley sea el que emplee la ley en favor del acusado un supuesto de características parecidas, pero no previsto en la ley, ante la imposibilidad de regular todas las circunstancias que la vida en sociedad pueda presentar. En ese sentido, el parlamentario salvadoreño ha hecho uso de dicha cláusula en el art. 29 ord. 5º Pn. titulado “Atenuantes por interpretación analógica”.

B) El principio de prohibición de doble juzgamiento o múltiple persecución (*non bis ídem*). Se encuentra consagrado en el art. 11 Cn., de cuya lectura se colige que ninguna persona podrá ser enjuiciada y/o condenada dos o más veces por la misma causa, lo que indica que una vez que la decisión de fondo proveída en un juicio o procedimiento adquiera firmeza, esta se vuelve inmutable y definitiva. En efecto, dicha garantía presupone la prohibición de doble o múltiple juzgamiento o persecución, de tal forma, que el juez penal o la autoridad administrativa sancionatoria no puede aplicar dos o más sanciones —significado

material— o tramitar dos o más procedimientos sancionatorios simultáneos o sucesivos — significado procesal—, lo que proporciona a la persona seguridad jurídica de que no podrá ser enjuiciado o condenado por los mismos motivos, una vez exista un pronunciamiento definitivo (Corte Suprema de Justicia. 2010).

Este axioma integrante de otro más general —cosa juzgada—, representa una limitación al ejercicio del poder punitivo del Estado y una conquista para la seguridad jurídica de toda persona, a tal grado de ser concebido como un derecho fundamental reconocido en la mayor parte de Cartas Magnas de los Estados modernos que acogen la idea del constitucionalismo moderno. En torno a los requisitos para la configuración del doble o múltiple juzgamiento, en sentencia proveída el 15 de marzo de 2009, hábeas corpus 67-2009, la Sala de lo Constitucional consideró necesario la existencia de cinco presupuestos para su existencia: (I) que se trate del mismo sujeto activo; (II) que sea la misma víctima; (III) que se procese al acusado por el mismo delito; (IV) que se trate de un proceso válido; y (V) que haya recaído resolución de carácter definitivo. La doctrina, por su parte, ha reconocido la exigencia de tres requisitos para la existencia de la mencionada prohibición (Corte Suprema de Justicia, 2006): (a) eadem persona o identidad de la persona; (b) eadem res o identidad del objeto de la persecución; y (c) eadem petendi, es decir, identidad de la causa de persecución (Identidad de fundamento o causa, 2016).

En lo que respecta a la identidad de la persona, exige que el sujeto activo implicado en la realización del injusto penal sea el mismo en todos los procedimientos, independientemente de la autoridad que dicta la resolución. La identidad del objeto de persecución impone que los elementos fácticos previstos en el tipo penal o administrativo sean los mismos en todos los casos. La identidad en la causa de persecución alude a la necesidad que la justificación y el castigo que se impone sea la misma. En esos términos, la prohibición de doble o múltiple persecución o juzgamiento, entenderá conforme a las exigencias constitucionales condenar a una misma pena, a dos sujetos distintos, por los mismos hechos cometidos —faltaría la identidad subjetiva—; imponer dos penas a una

persona por la comisión de dos o más tipos penales —faltaría la identidad en el objeto de persecución—; y, sancionar dos o más veces al mismo sujeto, por los mismos hechos, cuando existe distinto fundamento punitivo —inexistencia de identidad en la causa de persecución— (Sala de lo Constitucional de El Salvador, 2016).

De las ideas exteriorizadas, podemos detallar la existencia de características distintivas de la institución en análisis: (I) tiene la calidad de derecho y de garantía constitucional; (II) goza de operatividad tanto en el área jurisdiccional como en el campo no jurisdiccional; (III) no es exclusiva del Derecho penal, pero es en tal disciplina jurídica donde se observa su mayor pináculo; y (IV) posee una doble vertiente, o sea, un significado material y otro procesal de mucha mayor amplitud (Velásquez, 2004, p. 73) (Martínez Osorio, 2013, p. 150).

C) El principio de igualdad. Siguiendo a Velásquez, el principio de igualdad constituye otro límite al ius puniendi del Estado, porque en la medida que tiene soporte en la concepción de la justicia, regula la actuación de los órganos constituidos en torno a los ciudadanos (Velásquez, 2004, p. 33). La igualdad como postulado constitucional puede proyectarse en una triple dimensión, esto es, como valor, principio y derecho (Corte Suprema de Justicia, 2011)². Como valor pretende dirigir la conducta de los gobernantes y la población para cumplir el postulado de asegurar a cada individuo su realización personal, así como dar a cada uno lo suyo, sea por parte de la autoridad —justicia distributiva—, o en el seno de las relaciones privadas —justicia conmutativa—. Desde esta perspectiva, dicho postulado axiológico pregona la necesidad de que el Estado garantice a todas las personas una cuota igual de libertad para el ejercicio de los derechos fundamentales.

² En todas estas proyecciones, la igualdad se puede analizar como exigencia de equiparación o discriminación justificada en la formulación de la ley y en la aplicación de la misma por parte del órgano jurisdiccional o de las autoridades administrativas. En lo que respecta al primer rubro, el Órgano Legislativo, cuando emite la ley, deberá de prescindir de cualidades e intereses personales de sujetos para establecer diferencias entre ellos. Por el contrario, deberá brindar a todas las personas el mismo trato conforme a las posibilidades fácticas y jurídicas. En cuanto a la igualdad en la aplicación de la ley, encarna la obligación de toda autoridad administrativa y/o judicial que ante supuestos de hecho semejante aplique la misma consecuencia jurídica.

Así considerada, la igualdad es “un valor jurídico inherente a la condición democrática del Estado de Derecho” (Sala de lo Constitucional de El Salvador 2002), que también adquiere relevancia fundamental por su concepción personalista. Sobre la base del art. 3 Cn. se pretende la eliminación de todo tipo de diferencias entre las personas para el goce de los derechos, por razones de raza, sexo, religión, sin que dichas categorías sospechosas de discriminación sean las únicas reconocidas por no abarcar estos criterios todas las posibles causas de diferenciación repudiadas por el constituyente, sino que solos son ejemplos fácilmente aprehensibles por ser las causas tradicionales bajo las cuales comúnmente se ha manifestado la desigualdad (Sala de lo Constitucional de El Salvador, 2006).

La igualdad como principio, supone “una verdadera sujeción para todos los órganos constituidos en el ejercicio de sus funciones, como una garantía de legalidad y un imperativo de justicia” (Sala de lo Constitucional de El Salvador, 2009). Sobre la base de esta dimensión, el principio de igualdad es un criterio informador no solo de nuestro sistema constitucional, sino del ordenamiento jurídico en general del Estado. Es decir, debe existir respeto al mismo en actividades de aplicación, creación y ejecución de la ley, para que se convierta en una verdadera pauta de limitación de los poderes constituidos.

Finalmente, el derecho a la igualdad conlleva la facultad de toda persona para exigir un trato equivalente a otras personas si se encuentran en condiciones similares —igualdad por equiparación—, pero también a que deliberadamente se les dé un trato dispar en beneficio propio, si se presentan en una situación distinta a los demás individuos —igualdad por diferenciación justificada—. En ambos casos, la situación similar o dispar se verifica bajo criterios objetivos y razonables a la luz de la misma Constitución. De ello se desprende, que la igualdad es un derecho relacional, porque no se puede alegar su infracción de manera autónoma o directa, sino en relación con otro derecho fundamental o situación jurídica que resulta afectada por la diferencia en el trato (Sala de lo Constitucional de El Salvador, 2019).

D) El principio de lesividad. Ante la interrogante ¿Qué protege el Derecho penal? La doctrina mayoritaria tiene el consenso que dicha disciplina tiene como misión la protección de bienes jurídicos (Roxin C., 1997, p. 70). Después que Birnbaum definiera por primera vez el bien jurídico, hizo la distinción entre lesión de un derecho subjetivo y lesión de un bien jurídico y consideró que la protección penal va más allá de las personas. Esto dio lugar a la superación de la posición subjetivista del contrato social por la cual todo era derecho del ciudadano o del Estado, todo estaba juridizado en términos absolutos, sin restricciones. Con ello, se limitaría el poder estatal, puesto que los bienes jurídicos no tienen su origen con el derecho, pero se erigen como el fundamento para que ciertas conductas se eleven a la categoría de delitos. Luego, se han proporcionado definiciones más depuradas de bien jurídico, pero todas ellas se encaminan a resaltar que, si el comportamiento es elevado a la categoría de delito, presupone que con este se lesiona o se puede poner en peligro bienes jurídicos fundamentales o instrumentales que constituyen condiciones para que el individuo pueda participar en la vida social (Roxin, 1997, p. 56).

Esto quiere decir que se encuentra totalmente vedada la criminalización de meras inmoralidades, estados de ánimo, ideologías políticas o religiosas (vgr. conductas homosexuales en un ámbito de privacidad entre adultos, profesar el ateísmo, manifestar conformidad con el aborto), de donde se extrae que el bien jurídico tiene un requisito formal —relativo a su relevancia constitucional— y otro material —su incidencia en la libertad ajena—. En conclusión, la intervención punitiva por parte del Estado solo será válida, ante la realización de comportamientos con relevancia social y que sean capaces de afectar la esfera de libertad de terceros.

E) El principio de mínima intervención. Si la libertad es uno de los derechos fundamentales de la persona y a la vez un valor superior del ordenamiento jurídico, toda actividad de los órganos constituidos deberá estar dirigida a promover el máximo de libertad posible con el menor grado de injerencia. En ese sentido, el principio de mínima intervención parte de la premisa de que, si el Derecho penal tiene como objetivo la protección de bienes

jurídicos, su intervención solo estará legitimada cuando resulte idóneo para prevenir la comisión de hechos delictivos y cuando hayan fracasado los demás controles. Debido a la naturaleza aflictiva de las consecuencias jurídico penales que regula, debe ser el último recurso que debe utilizar el Estado para prevenir la comisión de delitos (Ferrajoli, 1995, p. 336-337). De esto se sigue que el Derecho penal se considera una disciplina subsidiaria y fragmentaria. La primera implica que será preferible agotar otros medios menos lesivos que de igual forma tutelan los derechos, libertades y deberes imprescindibles para el mantenimiento del orden social, antes que acudir al Derecho penal. La segunda presupone que el Derecho penal no interviene ante cualquier lesión a bienes jurídicos, sino en aquellos casos que representen un mayor grado de peligrosidad para ellos o tengan mayor relevancia social.

F) El principio de proporcionalidad. En sus inicios el principio de proporcionalidad fue formulado para su aplicación al Derecho penal y adquirió mayor relevancia para la determinación de la pena (Bonesana, 2015, p. 25-27). En el derecho contemporáneo, dicho principio adquiere una importancia tal, que su utilización resulta indispensable por casi todas las especialidades jurídicas, en cuanto constituye un límite material a la actuación de los poderes constituidos que afecten derechos fundamentales de las personas y en un instrumento que permite ejercer un control sobre las decisiones judiciales o administrativas, reduciendo el ámbito de discrecionalidad. Para la Sala de lo Constitucional de El Salvador, dicho principio es un contenido que puede extraerse del texto del art. 246 Cn. y se estatuye como un límite al Órgano Legislativo para generar productos normativos que alteren los derechos y principios en ella establecidos. Así considerado, el principio en comento representa una “herramienta interpretativa que determina si un contenido constitucional ha sido alterado, o, dicho de otro modo, es un criterio estructural que sirve para articular las tensiones entre las disposiciones constitucionales —de poca densidad normativa— y las concreciones interpretativas que hace la ley sobre las mismas” (Corte Suprema de Justicia, 2007).

Este principio está conformado por tres subprincipios cuyo examen de forma escalonada deberá efectuarse de forma inevitable (Corte Suprema de Justicia, 2012) (Corte Suprema de Justicia, 2018) una vez que se ha identificado el fin constitucional que persigue la norma. En el subprincipio llamado de idoneidad, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada a contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. Por ende, la aplicación de este subprincipio consiste en un análisis acerca de la capacidad que tiene el medio escogido —la limitación— para fomentar esa finalidad (Sala de lo Constitucional de El Salvador, 2016).

En el subprincipio de necesidad, se examina la existencia de otras medidas alternativas que tengan la misma o mayor eficacia para alcanzar el fin constitucional propuesto, pero menos lesivas para los derechos fundamentales (Sala de lo Constitucional de El Salvador, 2016). Por último, el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, determina si la menor satisfacción del derecho fundamental o principio constitucional de que se trate está justificado por la mayor realización del fin constitucional que se pretende alcanzar con la intervención legislativa (Alexy, 2008, p. 15).

G) El principio de culpabilidad. El término culpabilidad se usa asiduamente en el Derecho penal para referirse a dos aspectos. Para el primer aspecto, la culpabilidad —considerada en sentido amplio— alude a un principio limitador del poder punitivo del Estado y puede ser definido como el “conjunto de condiciones que permiten culpar a alguien por el evento que motiva la pena” (Mir Puig, 2012, p. 124). Por otra parte, la culpabilidad —considerada en sentido estricto— es una categoría operativa de la teoría jurídica del delito, por la cual es posible atribuir el hecho típico y antijurídico a la persona del autor. Así entendida, la categoría dogmática “culpabilidad” es equivalente a la expresión “imputación personal”, la cual, dicho sea de paso, forma parte del contenido del principio de culpabilidad.

Hechas estas aclaraciones, el principio de culpabilidad contiene cuatro manifestaciones claramente diferenciadas: (I) principio de personalidad, según el cual solo podrá sancionarse con una pena a la persona declarada responsable de un hecho delictivo, quedando prohibido imponer consecuencia jurídica a un sujeto por un hecho ajeno y la llamada responsabilidad colectiva; (II) principio de responsabilidad por el hecho, que implica la no posibilidad de castigar formas de ser, pensar, sino solo por comportamientos descritos como delitos en la ley penal; (III) principio de responsabilidad por dolo o culpa o principio de culpabilidad en su variante de responsabilidad subjetiva por el hecho, supone la prohibición de la responsabilidad objetiva, esto es aquella atribuida al sujeto únicamente por el resultado producido, sin importar la dirección de su voluntad (Sala de lo Constitucional de El Salvador, 2015); y, (IV) principio de imputación personal, que conlleva el impedimento de imponer consecuencia jurídica al autor de una conducta típica y antijurídica, que no alcance determinadas condiciones psíquicas que permitan exigirle un comportamiento adecuado a la norma.

H) Inviolabilidad de la defensa. Los arts. 11 y 12 Cn., reconocen la facultad que tiene una persona acusada del cometimiento de un hecho delictivo a intervenir en el proceso penal que se instruye en su contra y conocer con precisión las circunstancias de tiempo, modo, lugar y grado de participación que se le atribuye —conocimiento de la imputación—, ser oída y participar activamente en todas las etapas del proceso, sobre todo, aquellos relativos a la recepción, producción y valoración de la prueba, pero también al ofrecimiento de elementos de descargo que pongan en entredicho la acusación formulada en su contra o atenuar la eventual responsabilidad penal (Sala de lo Constitucional de El Salvador, 2009).

En algún momento la jurisprudencia constitucional en El Salvador consideró que la inviolabilidad de la defensa estaba íntimamente relacionada con el derecho a obtener una resolución de fondo motivada, la legalidad del proceso, el principio de contradicción, entre otros (Corte Suprema de Justicia, 2003). Sin embargo, actualmente se ha considerado que el derecho de defensa en un modelo procesal con tendencia acusatoria se distingue por: (a)

atribución de las fases de instrucción y sentencia a dos órganos jurisdiccionales distintos; (b) distribución de las funciones de acusación y decisión; (c) la necesaria correlación entre el tema decidendum del proceso con la sentencia; y (d) la prohibición de la *reformatio in peius* (Hernández Aguirre, 2013, pp. 26-28).

Ahora bien, esos contenidos esenciales están vinculados con el derecho a ser oído y al principio de igualdad. En relación con el primero, la inviolabilidad de la defensa implica que al procesado le sea posible expresar cuanto considere necesario y sin limitaciones en torno a la acusación que existe en su contra e incorporar cualquier elemento de prueba que pueda favorecerle (Corte Suprema de Justicia, 2007). La base fundamental de este aspecto radica en la necesaria existencia de un hecho concreto y singular que pueda subsumirse — aunque sea de forma provisional— en la descripción típica comprendida dentro de la ley penal.

Este hecho deberá ser de conocimiento y comprensión de la persona a quien se le atribuye la comisión del hecho delictivo —como autor o partícipe—, pero no se tiene que limitar a la fase del juicio oral. Por el contrario, el conocimiento de las circunstancias de tiempo, lugar, forma de comisión y grado de imputación del delito es exigible desde el inicio del proceso penal (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005) y en torno a cualquier tipo de decisión que afecte la libertad personal del imputado o cualquier otro de sus derechos fundamentales, verbigracia, la adopción de medidas cautelares como la imposición de la detención provisional en audiencia inicial o en la fase de instrucción. Esto permitirá que el procesado pueda ser oído (Corte Suprema de Justicia, 2012), en mejores condiciones para su defensa por el tribunal que decidirá su situación jurídica (Corte Suprema de Justicia, 2020). Esto, que se conoce por la doctrina como defensa material, se potencia con la declaración indagatoria y toda intervención que realice el imputado en las diferentes audiencias (arts. 90, 298 inc. 3º, 381 y 383 del Código Procesal Penal —CPP—).

Ello representa una facultad que tiene el imputado de declarar todo aquello que estuviera en su favor. Pero también forma parte de su facultad el abstenerse de rendir dicha declaración indagatoria. En otras palabras, el silencio del encartado no debe ser considerado como un elemento que presume su culpabilidad, sino, por el contrario, como el ejercicio legítimo de su defensa de los hechos que le atribuyen (Cámara de lo Penal, 2018). De ahí que esté prohibido el uso de cualquier método encaminado a obligarlo a declarar o que alteren su voluntad (art. 93 CPP).

En lo que concierne a la igualdad de armas, implica que el ente acusador y el acusado tengan las mismas posibilidades procesales de incorporar elementos probatorios, proponer diligencias para probar su teoría del caso, presentar alegatos según su pretensión y de impugnar las decisiones que consideren contrarias a sus intereses. Naturalmente, se debe reconocer que el imputado se encuentra en una desigualdad, porque en la generalidad de los casos carece de conocimientos técnico-jurídicos para defenderse de los hechos que se le acusan. Para procurar la igualdad, se instituye la defensa técnica, que no es más que la asistencia de un letrado en Derecho que, como un auténtico sujeto procesal, potencia el principio de contradicción y ejerce actuaciones dentro de los límites que prevé la Constitución y la ley, con la única finalidad de favorecer los intereses del endilgado. Además, representa una garantía del Estado Democrático y Constitucional de Derecho y un límite al ejercicio del poder punitivo del Estado en la medida que garantiza la aplicación correcta de la ley (Corte Suprema de Justicia, 2007).

La jurisprudencia constitucional ha hecho énfasis en este punto. De manera particular, expuso: "... [e]l ejercicio de la defensa técnica no puede quedar al arbitrio del inculgado, por cuanto aquella trasciende el mero interés de la tutela de los intereses de la parte procesal, constituyéndose en una exigencia objetiva del proceso que encuentra su fundamento en la necesidad de asegurar los principios de igualdad de partes y contradicción de ahí el deber de los jueces penales de asegurar que el proceso cuente con un asistente letrado de su elección o un defensor público" (Sala de lo constitucional de El Salvador, 2001).

Pero la labor del defensor no se limita a brindar asesoramiento técnico al imputado sobre la conveniencia o no de declarar. Como auténtico sujeto procesal tiene que requerir la realización de diligencias de investigación, ofrecer elementos de prueba, participar en su producción y realizar su respectiva valoración en beneficio de los intereses de su defendido. Debido a la garantía que representa, como antes se dijo, para el Estado Democrático y Constitucional de Derecho, la Ley Suprema y el CPP establecen la obligatoriedad de la defensa técnica para los imputados presentes o ausentes, a tal grado que si el imputado se encuentra impedido de nombrar uno —por las razones que fueren—, el Estado deberá proporcionar un defensor público y en último término un defensor de oficio —arts. 98 y 101 CPP— (Corte Suprema de Justicia, 2013).

Conclusiones

A. La finalidad de una política criminal efectiva debe ser reducir la criminalidad hasta límites que sean razonables para la convivencia social. De ahí que erradicar totalmente el delito es una utopía.

B. En un Estado democrático y constitucional de Derecho, la prevención del delito no puede llevarse a cabo utilizando cualquier mecanismo y/o instrumento. El control exitoso de los índices de criminalidad no puede llevarse a cabo sobre la base de que el fin justifica los medios. Las formas sí importan, porque determinan el límite o marco de lo permitido para el Estado.

C. Al momento de elaborar las normas penales, la Asamblea Legislativa deberá tomar en consideración que, en el Estado Democrático y Constitucional de Derecho, la Constitución irradia a la política criminal. De ahí que existen principios constitucionales aplicables al Derecho penal, que forman parte del conjunto de postulados político-criminales genéricos que condicionan al legislador al momento de crear la ley y a los tribunales en la aplicación del ordenamiento jurídico-penal.

D. En la medida que los operadores jurídicos realicen la función interpretativa de las normas penales, tomando como punto de partida los principios constitucionales que inspiran al Derecho penal, se reducirá el ámbito de discrecionalidad y arbitrariedad en la aplicación de la ley.

E. La prohibición de doble juzgamiento o múltiple persecución es una garantía que tiene toda persona frente al poder punitivo del Estado. Para que pueda ser invocada en el proceso penal se requiere que se trate del mismo sujeto activo, que la víctima del hecho delictivo sea la misma, que se procese al acusado por el mismo delito, que el proceso haya sido iniciado y proseguido válidamente y que haya recaído resolución de carácter definitivo. Esto equivale a los requisitos que la doctrina reconoce para que la garantía sea operativa: la identidad de persona, objeto de la persecución y causa de persecución.

F. La igualdad como postulado constitucional puede proyectarse en una triple dimensión: como valor, principio y derecho. Como valor pretende dirigir la conducta de los gobernantes y la población para cumplir el postulado de asegurar a cada individuo su realización personal, así como dar a cada uno lo suyo, sea por parte de la autoridad o en el seno de las relaciones privadas. Como principio, la igualdad es un criterio informador no solo de nuestro sistema constitucional, sino del ordenamiento jurídico en general del Estado, al grado de que debe existir respeto al mismo en actividades de aplicación, creación y ejecución de la ley, para que se convierta en una verdadera pauta de limitación de los poderes constituidos. Cuando se habla del derecho a la igualdad, no es más que la facultad de toda persona para exigir un trato equivalente a otras personas si se encuentran en condiciones similares —igualdad por equiparación—, pero también a que deliberadamente se les dé un trato dispar en beneficio propio, si se presentan en una situación distinta a los demás individuos —igualdad por diferenciación justificada—. En ambos casos, la situación similar o dispar se verifica bajo criterios objetivos y razonables a la luz de la misma Constitución.

G. Un comportamiento se eleva a la categoría de delito cuando tiene la potencialidad de lesionar o poner en peligro bienes jurídicos, fundamentales o instrumentales que constituyen condiciones para que el individuo pueda participar en la vida social. De ahí que se encuentre prohibida la criminalización de meras inmoralidades, estados de ánimo, ideologías políticas o religiosas. Así, la intervención punitiva por parte del Estado solo será válida, ante la realización de comportamientos con relevancia social y que sean capaces de afectar la esfera de libertad de terceros.

H. El principio de mínima intervención pregonada que el Derecho penal tiene como objetivo la protección de bienes jurídicos y su intervención solo estará legitimada cuando resulte idóneo para prevenir la comisión de hechos delictivos y cuando hayan fracasado los demás controles. Debido a la naturaleza aflictiva de las consecuencias jurídico penales que regula, debe ser el último recurso que debe utilizar el Estado para prevenir la comisión de delitos. De esto se sigue que el Derecho penal se considera una disciplina subsidiaria y fragmentaria. La primera implica que será preferible agotar otros medios menos lesivos que de igual forma tutelan los derechos, libertades y deberes imprescindibles para el mantenimiento del orden social, antes que acudir al Derecho penal. La segunda presupone que el Derecho penal no interviene ante cualquier lesión a bienes jurídicos, sino en aquellos casos que representen un mayor grado de peligrosidad para ellos o tengan mayor relevancia social.

I. El principio de proporcionalidad exige la identificación de un fin constitucionalmente legítimo. Luego, se deberá observar la presencia de tres subprincipios. Primero, la idoneidad exige que toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada a contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. Segundo, la necesidad supone la existencia de otras medidas alternativas que tengan la misma o mayor eficacia para alcanzar el fin constitucional propuesto, pero menos lesivas para los derechos fundamentales. Por último, la proporcionalidad, en sentido estricto, determina si la menor satisfacción del derecho fundamental o principio constitucional de que se trate está

justificado por la mayor realización del fin constitucional que se pretende alcanzar con la intervención legislativa.

J. La culpabilidad, en sentido amplio, alude a un principio limitador del poder punitivo del Estado y puede ser definido como el conjunto de condiciones que permiten culpar a alguien por el evento que motiva la pena. Por otra parte, la culpabilidad, en sentido estricto, es una categoría operativa de la teoría jurídica del delito, por la cual es posible atribuir el hecho típico y antijurídico a la persona del autor. Así entendida, la categoría dogmática “culpabilidad” es equivalente a la expresión “imputación personal”, la cual, dicho sea de paso, forma parte del contenido del principio de culpabilidad.

K. La inviolabilidad de la defensa. No es más que el derecho que tiene una persona acusada del cometimiento de un hecho delictivo a intervenir en el proceso penal que se instruye en su contra y conocer con precisión las circunstancias de tiempo, modo, lugar y grado de participación que se le atribuye —conocimiento de la imputación—, ser oída y participar activamente en todas las etapas del proceso, sobre todo, aquellos relativos a la recepción, producción y valoración de la prueba, pero también al ofrecimiento de elementos de descargo que pongan en entredicho la acusación formulada en su contra o atenuar la eventual responsabilidad penal. Aunado a ello, tiene el derecho a contar con la asistencia de un letrado en Derecho que, como un auténtico sujeto procesal, potencia el principio de contradicción y ejerce actuaciones dentro de los límites que prevé la Constitución y la ley, con la única finalidad de favorecer los intereses del endilgado.

Referencias

Sala de lo Constitucional de El Salvador. (2016). *Alcance de la identidad en la causa de persecución*, Inconstitucionalidad, 109-2013.

Alexy, R. (2008). La fórmula del peso. En M. Carbonell, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

El programa penal de la constitución. los límites que la política criminal impone desde la constitución salvadoreña al ejercicio del poder punitivo del estado- Ricardo Antonio Rosa Orellana pp.36-59

Arendt, H. (2018). *¿Qué es la política? Comprensión y política*. Partido de la Revolución Democrática.

Beristain Ipiña, A. (1999). Hoy y mañana del de la política criminal criminal protectora y promotora de los valores humanos (La paz desde la victimología). En A. Beristain Ipiña, *Política Criminal comparada, hoy y mañana*. Consejo General del Poder Judicial.

Bonesana, C. (2015). *Tratado de los delitos y de las penas*.
<http://hdl.handle.net/10016/20199>

Borja Jiménez, E. (2011). *Curso de Política Criminal*. Tirant lo Blanch.

Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia. (2020). *Condiciones para la defensa material*. Ref. 206C2020

Sala de lo Constitucional de El Salvador (2009). *Contenido constitucional de la inviolabilidad de la defensa*. Inconstitucionalidad 87-2006.

Sala de lo Constitucional de El Salvador. (2015). *Contenido constitucional del principio de culpabilidad en su variante de responsabilidad subjetiva por el hecho*. Inconstitucionalidad 22-2007 Ac.

Sala de lo Constitucional de El Salvador. (2006). *Contenido de la igualdad*. 4-2005.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. (2007). *Contenido de la inviolabilidad de la defensa*. Hábeas corpus 53-2006.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. (2007). *Contenido del principio de proporcionalidad*. Inconstitucionalidad 18-98.

Sala de lo Constitucional de El Salvador. (2016). *Contenido del subprincipio de idoneidad*. Amparo 794-2013.

Sala de lo Constitucional de El Salvador (2016). *Contenido del subprincipio de necesidad*. Inconstitucionalidad 114-2013.

El programa penal de la constitución. los límites que la política criminal impone desde la constitución salvadoreña al ejercicio del poder punitivo del estado- Ricardo Antonio Rosa Orellana pp.36-59

Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia. (2012). *Derecho a ser oído*, Ref. 390-CAS-2010.

Cámara de lo Penal de la Tercera Sección del Centro. (2018). *El silencio del imputado*, Ref. INC-190-18.

Sala de lo Constitucional de El Salvador. (1997). *Elementos básicos de la política criminal de un Estado*. Inc. 15-96.

Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trotta.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. (2010). *Fundamentos del non bis in idem*. Hábeas corpus 81-2009.

Gamboa, A., & Romero Berdullas, C. M. (2015). *Planteos actuales de la política criminal*. Ad-Hoc.

Hernández Aguirre, C. N. (2013). El derecho de defensa adecuada en el sistema penal acusatorio. *Revista Ciencia Jurídica*, 2(4).

Sala de lo Constitucional de El Salvador. (2016). *Identidad de fundamento o causa*. Inconstitucionalidad 109-2013.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. (2007). *Igualdad de armas*. Hábeas corpus 53-2006.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2005). Implicaciones de la imputación penal. *Fermín Ramírez vs. Guatemala*.

Sala de lo Constitucional de El Salvador. (2019). *La igualdad como derecho*. Inconstitucionalidad 136-2017.

Sala de lo Constitucional de El Salvador. (2009). *La igualdad como principio*. Inconstitucionalidad 23-2003.

Sala de lo Constitucional de El Salvador. (2002). La igualdad como valor. Inconstitucionalidad 19-99.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. (2012). *Los subprincipios del test de proporcionalidad*. Inconstitucionalidad 60-2005.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. (2018). *Los subprincipios del test de proporcionalidad*. Inconstitucionalidad 23-2018.

Sala de lo Constitucional de El Salvador. (2001). *Mandato de determinación*. Inconstitucionalidad 5-2001.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2008). Mandato de determinación. Caso Kimel Vs. Argentina.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema. (2015). *Mandato de determinación*. Inconstitucionalidad 105-2012.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. (2011). *Manifestaciones de igualdad*. Inconstitucionalidad 18-2010.

Martínez Osorio, M. A. (2013). El principio ne bis in idem en el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador salvadoreño. *Ventana Jurídica, VI-vol 1*.

Mir Puig, S. (2012). *Derecho penal. Parte general*. B de F.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. (2013). *Obligatoriedad de la defensa técnica*. Inconstitucionalidad 8-2011.

Pérez Pinzón, Á. O. (2009). *Introducción al derecho penal*. Temis.

Sala de lo Constitucional de El Salvador. (2006). *Requisitos del non bis in idem*. Hábeas corpus.

Rivera Beiras, I. (2005). El Estado español y la política criminal en el nuevo milenio. En I. Rivera Beiras, *Política Criminal y Sistema Penal*. Anthropos.

Roxin, C. (1997). *Derecho penal parte general, tomo I, fundamentos. Estructura de la teoría del delito*. Civitas.

Roxin, C. (2002). *Política Criminal y Sistema de Derecho Penal*. Hammurabi.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. (2003). *Significado antiguo de la inviolabilidad de la defensa*. Amparo 1072-2002.

Velásquez, F. (2004). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Temis.

