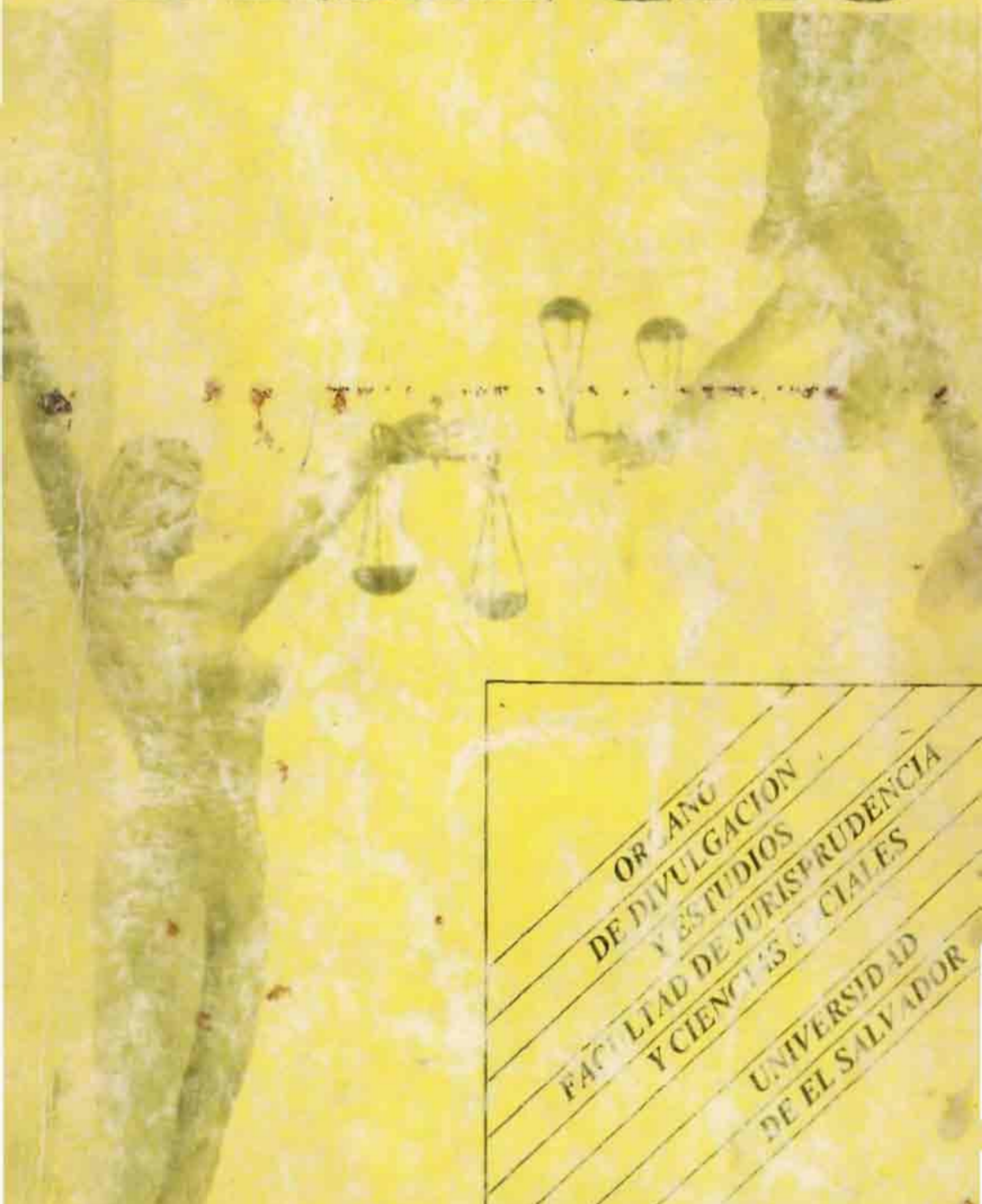


# DERECHO



ORGANO  
DE DIVULGACION  
Y ESTUDIOS  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA  
Y CIENCIAS SOCIALES  
UNIVERSIDAD  
DE EL SALVADOR

**RECTOR**  
DR. FABIO CASTILLO

**FISCAL**  
LIC. FRANCISCO E. ORTIZ RUIZ

**SECRETARIO**  
LIC. ROBERTO CAÑAS

**FACULTAD DE  
JURISPRUDENCIA  
Y CIENCIAS SOCIALES**

**DECANO**  
DR. JORGE ALBERTO GOMEZ ARIAS

**SECRETARIO**  
DR. JOSE RODOLFO CASTRO  
ORELLANA



**EDITORIAL UNIVERSITARIA**  
**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR**

**DIRECTOR:**

Tirso Canales.

**DIAGRAMACION Y DISEÑO:**

Oscar Armando Calderón

Alma Yolanda Flores.

**ISBN:**

84-5258-342-1

Hecho e impreso en El Salvador.

Printed and Made in El Salvador.



# REVISTA DE DERECHO

ORGANO DE DIVULGACION Y ESTUDIOS  
DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES  
DE LA UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

EPOCA IV	SAN SALVADOR, ENERO - MARZO 1995	No. 1
----------	----------------------------------	-------

Director: RODOLFO CASTRO

Colaboradores: JULIO OLIVO GRANADINO

LUIS ALBERTO MONGE

## *Indice*

	Pág.
Presentación .....	5
Editorial .....	7
La Nacionalidad .....	11
Jorge Alberto Gómez Arias.	
La Robustez Moral de Prueba .....	21
Román Zúniga Velis.	
La Constitución Real y la Democracia: derecho y poder .....	29
Rodolfo Castro.	

	Pág.
Protección Penal del Medio Ambiente .....	39
Miguel Alberto Trejo.	
Los Nuevos Delitos de Tráfico de Influencias, Revelación de Secretos e Informaciones y Uso Indevido de Información Privilegiada .....	57
Francisco Muñoz Conde.	
La Investigación del Delito .....	79
José David Campos Ventura.	
Justicia Conciliatoria. La Resolución Alternativa del Litigio .....	93
Carlos A. Martínez Mojica Mario Francisco Mena Méndez.	
Jurisprudencia .....	99
Caso Villalobos-De Sola.	
“Renuncio, No Quiero Ser Cómplice” .....	107
50 Años Bastan .....	111

## ***Presentación***

*La Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, somete la presente revista a la consideración de los estudiantes y profesionales del derecho, esperando con ello satisfacer, en parte, la apremiante necesidad de Literatura Jurídica Nacional, que urge nuestra colectividad, así como ofrecer un espacio en el cual los graduados y estudiantes pueden dar a conocer sus trabajos, y en particular, fomentar la cultura jurídica, característica esencial del abogado, la cual va más lejos del simple manejo artesanal de textos legales.*

*Actualmente, nuestra balbuceante democracia se encuentra inmersa en un proceso de modernización, el cual es más notorio e interesante en los campos Legislativo y Judicial, con la aprobación de leyes con enfoques novedosos y la creación de nuevos tribunales. Desgraciadamente, la enseñanza del derecho se mantiene estática, y no ha respondido a esta revaloración del abogado y del derecho que vivimos, pues no obstante el elevado número de escuelas de derecho en nuestro país, más de quince, se siguen utilizando métodos de enseñanza obsoletos, escolásticos, que son un obstáculo a la creatividad y frustran el entusiasmo juvenil renovador.*

*Modestamente, esperamos que esta revista sea una pequeña contribución para mejorar la cultura jurídica y una vitrina en la cual los aficionados a escribir sobre temas de las Ciencias Sociales y el Derecho en particular, den a conocer sus trabajos.*

*Esperamos nos hagan llegar sus comentarios sobre el contenido de la revista para mejorarla.*

*Gracias.*

**EL DECANO.**

## ***Las amenazas a la paz***

*Los tres primeros meses del año de 1995 han transcurrido como un período de prueba para nuestro aprendizaje democrático. En particular el mes de marzo se convirtió en una condensación de acontecimientos que nos permiten hacer una breve lectura de tendencias y problemas sociales y políticos que van a dominar el panorama de este año.*

*Un problema que ha venido dominando los debates jurídico-políticos y ha captado la atención de la opinión pública (que recién se empieza a construir) es el de la corrupción y la impunidad. Desde la administración Cristiani se nombró una comisión de investigación de este flagelo institucionalizado; la suerte que correrán los expedientes abiertos por esa comisión —que eran numerosos— es casi desconocido; lo poco que se sabe es el inicio de procesos contra "peces chicos" de la Administración pública. Como bien, afirma un matutino nacional, "las investigaciones sobre corrupción son como las luces de bengala, que despiertan un momento la atención y luego se apagan..."*

*Existen graves problemas —agravados por la impunidad de la corruptela—, como las bandas de narcotraficantes, las de contrabando, las de dólares falsos, de secuestradores, etc., y no tienen en el horizonte político-institucional una clara voluntad para ser combatidos con la seriedad y efectividad que se necesita. Es evidente para la ciudadanía que existe complicidad o por lo menos incapacidad y lenidad en el aparato de control y represión del crimen. La administración de justicia, aún cuando está sometida a un proceso depurativo —para algunos muy lento—, no está procediendo con la diligencia requerida en el ámbito de sus funciones; y los organismos auxiliares de justicia fallan en su funcionamiento como el del reciente "descuido" al dejar en libertad a un peligroso delincuente. Pero lo más grave quizás es que la función POLICIAL, ligada a un nuevo concepto de seguridad pública se está desnaturalizando; decimos grave porque nos encontramos en una nueva etapa de la sociedad*

y el Estado, estrenando nuevas instituciones como la Procuraduría para la protección de Derechos Humanos y, en particular la nueva Policía Nacional Civil - PNC.

Esta nueva etapa presenta condiciones políticas diferentes a las del pasado, condiciones que deben ser cuidadas y protegidas todos los días por quienes velan por la seguridad de las personas, primero, y de las cosas después. En este contexto es por lo menos repudiable, y debe rechazarse con toda energía, el que se trate a personas lisiadas peor que a delincuentes. Fue bochornoso e indignante el uso de métodos del pasado por los antimotines de la PNC, librando una "pirrica batalla" contra minusválidos que se encuentran en una mayor situación de indefensión que la mayoría de la gente.

Pero además, de señalar el uso de esos barbaros métodos que son reflejo no sólo de deficiente preparación técnica, sino también de falta de internalización de los nuevos principios de una Doctrina de Seguridad Pública que privilegia el respeto de los derechos humanos, es necesario referirse a las raíces de los problemas que motivaron a los lisiados a manifestarse públicamente. Sabemos que el origen de esas protestas se encuentra en la insatisfacción de los beneficios derivados del no cumplimiento de los acuerdos de paz; como afirman analistas, esa es la "semilla del malestar" y no una fantasmal campaña de desestabilización contra el gobierno.

Ya a fines del año pasado el Gobierno y el FMLN, como principales suscriptores y responsables de los acuerdos de paz, pactaron una reprogramación (como la décima), estableciendo como fecha límite el próximo 30 de abril para terminar de cumplir con los aspectos retrasados, la cual hoy se amplía para fines de octubre.

Lo grave del caso es que los temas en donde existe un enorme déficit de cumplimiento es en la transferencia de tierras y en la indemnización de los ex-combatientes de ambos bandos. Se sabe que el tema de la tierra en nuestro país es uno de los mas complejos y sensibles, pues no solo se refiere a la transferencia de tierras, sino también al tema de los asentamientos humanos rurales que es el gran olvidado del GOES y del FMLN.

La visita del Secretario General de la ONU al país es expresión de lo delicado del problema, pese a los calificativos optimistas del Sr. Ghali de proceso "irreversible", operación "exitosa", etc. Hay que recordar que además de los puntos señalados arriba aún están pendientes otros que no por ser tan "explosivos" deben pasar al olvido: reformas judiciales, cumplimiento de las recomendaciones de la comisión de la verdad, reformas electorales, fondo de lisiados y reinserción; aun mas, creemos que es necesario replantear el reinstalo del Foro de Concertación Económica y Social, como una instancia de resolución de los problemas entre trabajadores y empleadores, relación que se ha deteriorado en los últimos meses ante la inoperancia del consejo salvadoreño del trabajo.

Por otro lado, es clave retomar los señalamientos de poca iniciativa y ente burocratizado que se le han hecho a la Procuraduría para la protección de los Derechos Humanos. Según reciente encuesta de opinión, del IUDOP de la UCA, 1 de cada 3 salvadoreños estima que en el país existe poco o ningún respeto por los derechos humanos; y frente a la situación de inseguridad e indefensión producto de la violencia los encuestados con mucha claridad le señalan la obligación a la PPDH de ejercer un papel más protagónico de denuncia y defensa de la población desprotegida. Es más, con el cercano retiro de la misión de ONUSAL, la gente piensa que la situación de los derechos humanos se agrava; de allí la exigencia de mayor dinamismo y beligerancia de parte de la PPDH. Pero no basta con el conocimiento de lo que

*opinan los ciudadanos; es imperativo hacerle a esta institución los reajustes necesarios para una mejor operatividad en defensa de los sectores más desprotegidos y vulnerables.*

*Es importante señalar que la encuesta aún manifiesta confianza en la PNC, cuestión que habrá variado en alguna medida después de su desatinada acción del 29 de marzo contra los lisiados. Sin embargo, eso nos indica que no todo está mal y habría que reencausar a la PNC por el sendero de los acuerdos de Paz.*

*Lo que sí es peligroso es el famoso "acompañamiento" que la fuerza armada hace en labores de seguridad pública, porque como lo señala ONUSAL "entraña riesgos innegables" dado el triste papel que durante 60 años jugó el ejército en ese campo. Además su uso es totalmente inconstitucional; y en todo caso, si se hace uso de ella, deberían precisarse las condiciones de excepcionalidad en que se utilizará y cuál es el rol que va a jugar; y esto no puede dejarse al azar, sino que deberá hacerse a través de una Ley Especial.*

*Finalmente es importante hacer mención que toda esta dinámica se ha dado en el marco de la XVI Cumbre de Presidentes Centroamericanos, conocida como la "Cumbre Social", debido a que en su agenda el tema social ha sido el "plato fuerte". El problema radica en cuál es la concepción de desarrollo social que sustenta a los programas sociales de la cumbre; esto es crucial porque de ello dependerá si esa acción concertada a nivel nacional y regional perseguirá arrancar las raíces de la pobreza en estos países y particularmente en El Salvador, o se va a hacer uso demagógico de esos programas para encubrir modelos económicos que no harán más que enriquecer aún más a los ricos y hacer más pobres a los pobres. Ello configuraría un cuadro social crítico que podría ser caldo de cultivo de estallidos, que nadie los desea pero que pueden ser provocados por las malas políticas gubernamentales.*

**EL DIRECTOR.**



## *La nacionalidad*

Jorge Alberto Gómez Arias\*

Antes de desentrañar el contenido del término NACIONALIDAD, es importante recordar el concepto de nación, del cual evidentemente aquel se ha derivado.

A la palabra nación se le reconoce una connotación sociopolítica, a cuya integración concurren componentes diversos, entre los cuales importa mencionar la existencia de una tradición histórica común; el tener un mismo idioma, profesar una determinada religión, habitar en el mismo territorio, identificación de sus miembros con un destino común. No necesariamente deben coincidir todos estos elementos para configurar la nación, para el caso, Suiza tiene tres idiomas oficiales, Bélgica tiene dos idiomas oficiales. Los judíos fueron expulsados de su territorio por los invasores romanos, a principios de nuestra era, el año 70 d.C., y, durante siglos por todo el mundo, la nación judía conservo su religión, su tradición histórica, sus

costumbres, hasta 1948 en que se reintegraron para constituir el actual Estado de Israel.

Ernesto Renán, el pensador francés, legó a la posteridad, en forma brillante su concepto de nación: **“Tener glorias comunes en el pasado, una voluntad común en el presente; haber hecho juntos grandes cosas, querer hacer otras más, he aquí las condiciones esenciales para constituir un pueblo. En el pasado, una herencia de gloria y remordimiento, en el porvenir un mismo programa que realizar. La existencia de una nación es un plebiscito de todos los días”**.

El Estado es una concepción jurídico política, en la cual es necesario destacar sus cuatro componentes esenciales: elemento humano, territorio, poder y orden jurídico.

Lo ideal es que haya coincidencia entre Estado y Nación, el Estado Nacional. En el siglo XIX, Mazzini defendió el principio de las Nacionalidades, mediante el cual todos aquellos pueblos con vocación nacional, deberían constituirse en Estados, en esa forma

---

\* Decano de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales. Profesor de Derecho Constitucional.

se logró la unificación de Italia, bajo la conducción de Víctor Manuel, después de una cruenta lucha.

En el caso de los Judíos antes del Estado de Israel, hay separación entre la nación y el Estado. Tratándose del Imperio Austro-Hungaro, hay yuxtaposición de dos naciones en un Estado.

Otro término de contenido similar es *PATRJA*, del latín *pater, terrae*, es decir el lugar de nuestros antepasados, la vinculación efectiva con la tierra de nuestros mayores; a veces se usa como sinónimo de nación o Estado. Pueblo, hace resaltar la vinculación política de las personas, el pueblo lo constituyen los que tienen la misma nacionalidad. Población, es un concepto más amplio, comprende a los habitantes del Estado, sean nacionales o extranjeros.

En relación al tema, cobra importancia el problema de la nacionalidad en los siglos XVII y XVIII, en los cuales empiezan a configurarse los modernos Estados Europeos; Suiza fue el primer estado que se unificó en el siglo XIII (1291), posteriormente lo hizo Francia y el Reino Unido, mientras que el resto de Europa continuó organizada en feudos, baronías, principados o reinados.

Aunque en los Estados Antiguos, empleando la palabra Estado con las reservas del caso, siempre se estableció una distinción clara entre los nacionales y extranjeros, para otorgar a aquellos la facultad de participar en el gobierno; es a partir del siglo XVIII en que progresivamente, se va configurando el concepto de nacionalidad otorgándole determinados derechos a los nacionales. Conforme a lo expuesto, son nacionales los pertenecientes a un Estado o usando la terminología del Derecho Internacional, los "SUBDITOS" de un Estado, aunque esta palabra evoque la época del absolutismo monárquico, en la cual era obligatoria la

obediencia sumisa del súbdito para el soberano.

Se define la NACIONALIDAD, como el vínculo jurídico político que une a una persona con un Estado determinado. El status jurídico de nacional comprende un conjunto de derechos y obligaciones no sólo de carácter jurídico o político, sino también económico.

En atención a su procedencia, la nacionalidad puede ser originaria o adquirida. La originaria o por nacimiento, se adquiere por el hecho biológico del nacimiento de una persona en un lugar determinado con un parentesco pre-establecido.

Para otorgar la nacionalidad originaria se utilizan dos criterios principales: el *jus sanguinis* y el *jus soli*. El *jus sanguinis* hace valer el vínculo consanguíneo, la ascendencia, así la nacionalidad originaria se determina por la nacionalidad de los padres. Es éste uno de los criterios más antiguos para determinar la nacionalidad. Por el contrario el *jus soli* toma en consideración el hecho de haber nacido en el territorio del Estado para otorgar la nacionalidad originaria, haciendo caso omiso de la nacionalidad de los progenitores. Criterio que aplican los Estados que necesitan inmigrantes.

Nuestra Constitución, con todo acierto, utiliza ambos criterios para conceder la nacionalidad por nacimiento. En el "Art. 90. Son salvadoreños por nacimiento":

- 1o. Los nacidos en el territorio de El Salvador.
- 2o. Los hijos de padre o madre salvadoreños, nacidos en el extranjero.
- 3o. Los originarios de los demás Estados que constituyeron la República Federal de Centro América, que teniendo domicilio en El Salvador, manifiestan ante las autoridades competentes su voluntad de ser Salvadoreño, sin que se requiera la renuncia a su nacionalidad de origen".

Del texto transcrito se colige que de acuerdo al primer caso, la nacionalidad se adquiere por haber nacido en el país, sin importar el origen de los padres (jus soli); en el otro caso, al contrario, vale la nacionalidad salvadoreña de uno o ambos padres para que el hijo tenga esa nacionalidad (jus sanguinis).

Finalmente, la nacionalidad originaria se otorga en base a la vinculación histórica, es una manifestación del Espíritu Unionista que ha distinguido al pueblo salvadoreño. Se refiere a la República Federal de Centro América, integrada por El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Costa Rica, que promulgaron la Constitución Federal de 1824.<sup>1</sup> Ha habido otros dos intentos unionistas fracasados, en 1898 se crean los Estados Unidos de Centro América con El Salvador, Honduras y Nicaragua y en 1921 la República de Centro América, con El Salvador, Guatemala y Honduras, con sendas constituciones federales.

Para este último caso se requiere:

- A) Ser originario de cualquiera de esos países; excluye a los naturalizados;
- B) Estar domiciliado en El Salvador;
- C) Solicitar al Ministerio del Interior, autoridad competente, el otorgamiento de la nacionalidad.

La parte final del Art. 90 Cn., señala que este trato especial incluye la posibilidad de que el favorecido tenga doble nacionalidad al no exigírsele la renuncia a la nacionalidad original.

La única forma de perder la nacionalidad originaria es por el acto voluntario de la renuncia; Art. 91 Cn., en este caso se vuelve a adquirir al solicitarla de nuevo ante la

autoridad antes señalada, la cual esta obligada a concederla.

El status de salvadoreño por nacimiento confiere un conjunto de derechos y deberes especiales.

En este orden de ideas, deben distinguirse tres categorías de derechos que corresponden a igual número de destinatarios dentro del Estado, que el texto fundamental y la doctrina distingue con claridad; los destinatarios son: los habitantes en general, nacionales y extranjeros; los nacionales y los que tienen nacionalidad originaria.

Primeramente están los Derechos Humanos o Derechos fundamentales, cuya titularidad corresponde a toda persona sin excepción. Lo anterior es un dogma del Derecho Internacional, el cual establece mecanismos para la protección de los Derechos Humanos, censurando a los Estados que los violan. La Constitución en el Art. 3 Inc. 1º. Dice: "Todas las personas son iguales ante la ley". Para el goce de los derechos civiles no podrán establecer restricciones que se basen en diferencias de nacionalidad, raza, sexo o religión".

En esta disposición, que aparece con esa redacción desde la constitución de 1950, el término derechos civiles debe entenderse como sinónimo de Derechos Humanos. Todas las declaraciones Internacionales de derechos, en forma unánime reconocen que los Derechos Humanos se aplican a todas las personas. En el caso presente es para diferenciarlos de los derechos políticos.

Otra categoría es la que comprende a los salvadoreños en general, quienes tienen principalmente, los derechos siguientes:

Derecho a residir en el país, en virtud de lo cual, no pueden ser expatriados, ni negárseles la entrada al territorio o el pasaporte y otro documento de identificación. Art. 5 Inc. 3º Cn.. Es oportuno señalar que el Art. 29 Cn. al regular el Régimen de Excepción,

<sup>1</sup> La Constitución Federal de 1824, fue reformada en 1835, por eso algunos hablan de cuatro Constituciones Federales.

determina entre las garantías que se suspenden, las contenidas en el Art. 5 Cn., la cual podría interpretarse en el sentido de que durante el Régimen de Excepción se pueden expatriar a los salvadoreños; pero tal opinión sería totalmente errónea y se prestaría a graves abusos.

Residir en su país es uno de los derechos más importantes que tienen los nacionales de cualquier Estado, el cual no puede en ningún caso ser suspendido o abrogado. Este derecho les pertenece, aún a los extranjeros, los cuales sólo pueden ser expulsados del país de residencia por causas legales, Art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; complementario a este derecho, el Art. 28 Cn. señala que la extradición no podrá estipularse respecto de nacionales en ningún caso.- Los nacionales tienen derecho a la protección diplomática de acuerdo con la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1964. Desgraciadamente nuestros compatriotas especialmente los que se encuentran en E.U.A. tienen temor de acudir a su representante diplomático, por su condición, por lo general de ilegales.

Únicamente los ciudadanos Salvadoreños tienen derechos políticos, mediante los cuales el nacional se vincula orgánicamente en el complejo mecanismo de dirección del Estado, ya sea como elector o como elegido. Actualmente éstos derechos han adquirido una gran importancia para el real ejercicio de la democracia. El Art. 72 Cn. determina los derechos políticos de los ciudadanos. Art. 72: Ejercer el sufragio; asociarse para constituir partidos políticos e ingresar a los ya constituidos; optar a cargos públicos y votar en la consulta popular directa establecida en el Art. 89 inciso último Constitucional.

Paralelamente, se señalan los deberes ciudadanos Art. 73: Ejercer el sufragio; cumplir y velar por que se cumpla la

Constitución y servir al Estado de conformidad con la ley.

Tanto los derechos como los deberes políticos como es obvio se relacionan íntimamente con la actividad política del Estado, en especial con el sufragio.

El sufragio, del latín SUFFRAGIUM, auxilio, ayuda. Se considera comúnmente como el principal derecho político de los ciudadanos. Consiste en la facultad de emitir el voto para integrar la voluntad mayoritaria de la ciudadanía, seleccionando a funcionarios de elección popular, o para decidir asuntos importantes sometidos a consulta popular. Es así como al sufragar, el ciudadano auxilia, ayuda a conformar el gobierno del Estado.

Jurídicamente considerado, hay diferentes concepciones sobre la naturaleza del sufragio. Para Rousseau, el sufragio es un derecho de los hombres todos para conformar la voluntad del Estado, bajo la forma de democracia directa. Durante la Revolución Francesa, aparece la concepción del sufragio como deber, el ciudadano está obligado a emitir el voto para cumplir con ello su deber ciudadano. Después, conjugando ambas posiciones, aparece la teoría del sufragio como función pública, con características bivalentes: emitir el voto es un derecho y un deber. También se le ha concebido como un Derecho Público Subjetivo y últimamente como una función pública no estatal, tesis que tiene muchos adeptos en la actualidad, pues explica mejor la naturaleza bivalente del sufragio.

“Partido Político es una agrupación que aspira al gobierno o dominación del Estado, o que ejerce el uno a la otra con ideas o programas mas o menos definidos”.<sup>2</sup>

Los partidos políticos aparecen a fines del siglo XVIII, en casi todo el mundo y constituyen la única vía de acceso legítimo al

<sup>2</sup> Cabanellas - Diccionario de Derecho Usual.

poder estatal, cada uno con su propia ideología, su manera particular de enfocar el Estado y su función.

A causa de su extraordinario desarrollo, todo lo relacionado con el proceso eleccionario ha pasado a formar parte de una rama especial del orden constitucional, esto es el Derecho Electoral.

Otros derechos, aparte de los derechos políticos, que también son privativos de los salvadoreños, son el acceso a determinados cargos públicos: para ser Magistrados de las Cámaras de Segunda Instancia Art. 177; para Juez de Primera Instancia Art. 179; para Juez de Paz - Art. 180; Para ser Fiscal General de la República Art. 192. Finalmente, el Art. 60 Inc. 3º determina que la enseñanza de la historia nacional y la Constitución debe estar a cargo de profesores salvadoreños.

Además de los extranjeros y salvadoreños, existe otra categoría de habitantes en el Estado con una mayor vinculación política, éstos son los salvadoreños por nacimiento, únicos que pueden desempeñar las mas altas magistraturas del gobierno.

Sólo ellos pueden optar a la Presidencia y Vicepresidencia de la República - Art. 151 y 153; Designados a la Presidencia 153; Diputados Art. 126; Ministros y Viceministros - Art. 160; Presidente y Magistrados de la Corte Suprema de Justicia - Art. 176., Corte de Cuentas.

De conformidad con el Art. 90 No. 3, cabe la posibilidad de que un originario de los países que formaron la República Federal del Centro América de nacionalidad salvadoreña, pueda ocupar cargos de Diputado, Ministro o Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, no así Presidente, Vice Presidente o Designado, en virtud del texto del Art. 153.

También para el ejercicio del pequeño comercio e industria y presentación de servicios en pequeño, se requiere ser salvadoreño por nacimiento Art. 115.

La prohibición del Art. 82, para que los ministros de cualquier culto religioso, los miembros activos de la Fuerza Armada y de la Policía Nacional Civil, no puedan pertenecer a partidos políticos, optar a cargos de elección popular, ni realizar propaganda política, obedece a dos motivaciones distintas. En lo atinente a los extranjeros Art. 91, ellos no deben intervenir en actividades eminentemente políticas que son competencia exclusiva de los salvadoreños. En la práctica esta prohibición se viola con bastante frecuencia.

Cuando se les prohíbe a los ministros de culto religioso y los miembros de la Fuerza Armada y PNC participar en actividades políticas, es para evitar que se prevalezcan de la autoridad que les concede su investidura para influir en sus seguidores o en sus subalternos, en una dirección política determinada. Como es sabido, esta prohibición también es desobedecida con mucha frecuencia por todos los obligados a acatarla.

La calidad de salvadoreños por naturalización pueden adquirirla - Art. 92: 1) Los españoles e hispano americanos de origen que tuviesen un año de residencia en el país.

Como la Constitución es derecho público por excelencia, los privilegios que concede debe interpretarse STRICTO SENSU, por ello, en el caso presente deben quedar excluidos los de origen portugués o lusitano, es decir portugueses, brasileños, principalmente; los de origen anglosajón o sea beliceños, norteamericanos, granadeños, y otros; los de origen francés, haitianos, guyaneses. En síntesis, excluye a los originarios de cualquier otro país que no sea España o un país hispanoamericano.

También, el numeral 1º del Art. 91 agrega: "Teniendo un año de residencia en el país", pueden estar como turistas, residentes temporales y residentes definitivos.

Los primeros, permanecen en el país hasta por 90 días, dedicados a cualquier actividad lícita. Los residentes, tienen autorización del Ministerio del Interior para permanecer por más tiempo en el país y dedicarse a tareas lucrativas.

El Art. 92 No. 2, se refiere a “Los extranjeros de cualquier otro origen que tuvieran cinco años de residencia en el país”.

Este numeral incluye a personas de todo origen, otorgándoles el derecho a la calidad de salvadoreño naturalizado, pero exigiendo un periodo de cinco años de residencia en el país: supone que durante este tiempo la persona ha meditado suficientemente el pro y contra que significa el cambio de nacionalidad.

El Art. 92 No. 3: “Los que por servicios notables prestados a la República, adquieran esta calidad del Organó Legislativo”.

Su finalidad es premiar, otorgándoles la ciudadanía salvadoreña, a aquellos extranjeros que se hayan distinguido por sus relevantes obras, de carácter humanitario, cultural, científico, artístico, en beneficio del pueblo salvadoreño; es un reconocimiento a su labor meritoria en provecho de la nación.

En este caso, la naturalización se otorga por decreto de la Asamblea Legislativa, Art. 131 No. 22, es la excepción, pues en los demás casos de este artículo, la calidad de salvadoreño la otorga el Ministerio del Interior, según el Reglamento Interno del Organó Ejecutivo.

En este tipo especial de naturalización se ha mantenido a lo largo de nuestra historia; aparece por primera vez en la Constitución Federal de 1824.

En el Art. 92 No. 4, se regula la naturalización por motivo de matrimonio entre nacional y extranjero.

Se necesita que el extranjero tenga, por lo menos, dos años de residir en el país antes o después del matrimonio, y obviamente, solicitarlo ante la autoridad competente.

Probablemente se fijó un plazo tan largo, para evitar que se utilice el matrimonio como recurso inmediato para adquirir la nacionalidad, práctica muy frecuente en otros países.

La autoridad competente para otorgar la naturalización de los casos 1º, 2º y 4º del Art. 92, es el Ministerio del Interior - Art. 34 No. 6, Reglamento Interno del Organó Ejecutivo, como se dijo antes.

La nacionalidad forma parte del estatuto personal de cada individuo, lo sigue donde éste se encuentra. El Estado tiene la obligación de proteger a sus súbditos y los agentes diplomáticos deben prestar ayuda y protección a sus nacionales, como quedó dicho.

Es un principio rector de Derecho Internacional Público, el que toda persona debe tener una nacionalidad, para evitar los apátridas, esto es aquellos que carecen de nacionalidad, fenómeno muy frecuente durante el estado de guerra internacional.

El pacto de San José regula esta situación así:

## **Artículo 20. DERECHO A LA NACIONALIDAD.**

- 1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.**
- 2. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra.**
- 3. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla.**

**La Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU en el Art. 15 tiene una redacción parecida.**

Así pues, el derecho a tener una nacionalidad y a cambiarla es uno de los Derechos Humanos.

No obstante, actualmente la situación es diferente, ahora se trata de que la persona puede tener doble o múltiple nacionalidad.

La posibilidad de la doble nacionalidad la contempla el Art. 90 No. 3, in fine, al otorgar la calidad de salvadoreño por nacimiento a los originarios de los países que formaron la República Federal de Centro América, "sin que tenga que renunciar a su nacionalidad de origen".

La múltiple nacionalidad es posible según el Art. 93, exigiéndose que se otorgue en base a tratados internacionales y que haya reciprocidad. Hasta el momento, no se ha suscrito ningún tratado de esta clase, pero debido al empuje que ha tomado la integración regional, es posible que para facilitar la libre circulación de personas, se celebren tratados en tal sentido.

La reciprocidad de acuerdo al Derecho Internacional, consiste en otorgar cierto beneficio a otro Estado siempre que éste a su vez conceda igual beneficio al primero.

Tratándose de la nacionalidad adquirida o por naturalización - Art. 94, ésta se pierde por voluntad presunta del sujeto o como pena accesoria - Art. 62 (5) Pn y 64 Pn, cuando se ha cometido delitos contra los bienes jurídicos del Estado o delitos de trascendencia internacional.

El Legislador constituyente, en el primer caso, supone que si un salvadoreño naturalizado reside en su país de origen dos o más años consecutivos o más de cinco años consecutivos en cualquier otro país, falta de interés por la nacionalidad y por eso se le priva de ella; esta pérdida surte efecto al momento de cumplirse el término de la ausencia del país, y no tiene un procedimiento legal determinado. Por falta de un control migratorio eficiente y poco interés en el caso

por los funcionarios responsables, ésta disposición no tiene positividad.

El citado artículo establece que cuando una persona es privada de la nacionalidad por naturalización por sentencia ejecutoriada, no puede recuperar la calidad de salvadoreño. No es conveniente mantener la naturalización para los delincuentes.

Aunque no lo regule la Carta Magna, existe otra forma de perder la nacionalidad adquirida, y es por renuncia expresa o tácita, ésta última cuando se adquiere otra nacionalidad y no existe un tratado que permita doble o múltiple nacionalidad.

El principio de territorialidad de la ley, esto es, que la ley se aplica por igual a nacionales y extranjeros, que se encuentran en el ámbito geográfico del Estado, lo recoge el Art. 96, y su consecuencia es el Art. 97 el cual determina el derecho de las autoridades migratorias a negarle la entrada, por razones legales, a determinados extranjeros. Esto es una consecuencia de la soberanía estatal y una manifestación del imperium de la capacidad de mando.

El Art. 98 declara la no asunción de responsabilidad del Estado por daños materiales o personales que puedan causar las facciones tanto a nacionales como a extranjeros. Facción es un grupo armado que se rebela o se amotina contra los poderes constituidos y en su accionar causa daños en los bienes o en las personas. La turbulenta vida política de los pueblos latinoamericanos, en donde son frecuentes las asonadas, las rebeliones, los golpes de Estado, explica la inclusión de este precepto en la Constitución, pero no lo justifica, puesto que es obligación principalísima de todo Estado, asegurar la vida y hacienda de sus habitantes y mantener el orden y tranquilidad interna y si no cumple con ello, reparar debidamente a los perjudicados sean o no nacionales. Esta

disposición, que se ha mantenido desde la Constitución de 1883, no es consecuente con los modernos principios de la responsabilidad nacional e internacional del Estado, que obligan a reparar todo daño en personas y bienes.

La regulación del Art. 99, se mantiene desde la Constitución Federal de 1898. Para evitar que los extranjeros abusen de su condición de tales, apelando indebidamente a la protección diplomática, se establece en el Art. 99 que únicamente pueden hacerlo cuando ha habido denegación de justicia pero se explica seguidamente que no debe entenderse que la hay cuando un fallo ejecutoriado sea contrario a las pretensiones del extranjero. Como sanción, pierde el derecho de residir en el país. Se justifica, esta regulación por la deplorable experiencia vivida por otros países hermanos de Latinoamérica, en lo relativo al cobro compulsivo de deudas por parte de extranjeros. El internacionalista Argentino Carlos Calvo, recomienda que en todo tratado suscrito por nuestro país se inserte una cláusula del tenor del artículo en comento; nuestro constituyente ha ido más lejos, pues la ha incluido en la Carta Magna. En honor de tan ilustre jurista ese texto es conocido como Cláusula Calvo, en Derecho Internacional.

En lo que se refiere a las personas jurídicas Art. 95, para que puedan tener la nacionalidad Salvadoreña deben cumplir dos requisitos: estar domiciliado en el país y haber sido constituidas conforme las leyes de la República.

Es importante la nacionalidad salvadoreña para las personas jurídicas, puesto que esto les permite un tratamiento beneficioso en materia impositiva, así como el logro de incentivos fiscales que sólo se conceden a empresas salvadoreñas por parte del gobierno,

además se les facilita el acceso a créditos del sistema financiero local.

Fundamentalmente se trata de personas jurídicas de derecho privado, esto es de sociedades mercantiles que deben sujetarse a las regulaciones del Código de Comercio.

Con el avance del proceso de globalización de la económica, muchas empresas transnacionales vendrán a invertir sus recursos económicos y para lograr mayores utilidades, tendrán que constituirse conforme a la Ley Salvadoreña.

Una ojeada rápida al Registro de Comercio en lo que se refiere a la Inscripción de sociedades mercantiles permitirá comprobar que la gran mayoría de empresas transnacionales que operan en El Salvador, funcionan como personas jurídicas salvadoreñas. Esta situación como quedó dicho antes, tiende a aumentar, pues conforme avanza el proceso de integración así como el ingreso *Velis Nolis* del país en el mercado mundial, el libre flujo de capitales y mercancías previsto, hará necesario que los capitales extranjeros busquen obtener mayores utilidades en el país, funcionando como sociedades salvadoreñas. Hasta dónde tal proveedor será de beneficio para el país, se verá en el futuro. En caso de que el resultado sea negativo para la economía nacional, el Organismo Ejecutivo deberá tomar las medidas adecuadas para corregir la situación.

Por mandato constitucional, Art. 100, "Los extranjeros estarán sujetos a una ley especial". Esto es lo que en derecho Constitucional se conoce como Reserva de Ley, lo que significa que debido a la importancia que el constituyente otorga a ciertas materias, en este caso lo relativo a los extranjeros, ello sólo puede ser regulado por una ley, excluyendo así al reglamento, a los decretos ejecutivos o en cualquier otra norma obligatoria. Para ello se usan diversas for-



mulas: conforme a la ley -Art. 12; de conformidad con la ley. Art. 13, con arreglo a las leyes, Art. 11; la ley regulará Art. 33 como ejemplos. En otras ocasiones la referencia no es a una ley sino a un Código o sea un conjunto de leyes que regulan una materia determinados. Arts. 38 y 203; el Art. 100 se refiere a la Ley de Extranjería- D.O. N°. 34; T 290 del 20 de febrero 1986, o la Ley de Migración.

Concluye así este breve comentario al Título IV, La Nacionalidad, de la Constitución de El Salvador.

### BIBLIOGRAFIA

- Guión Histórico de la Ciencia del Derecho. Reynaldo Galindo Pohl, UCA Editores, San Salvador, 1978.
- Teoría del Estado y Sistemas Políticos. Cayetano Núñez, Rivero. Ed. Lerko Print, Madrid, 1993.
- Instituciones Políticas y Derecho Constitucional. Mauricio Duverger, Ed. Ariel, Barcelona, 1967.
- Historia de las Ideas Políticas T. I y II. Raymond G. Gettell, Editora Nacional, México, 1959.
- Introducción al Derecho. Aftalión, García Olano y Vilanova, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1969.
- Derecho Constitucional General. Jaime Vidal Perdomo, Editora Universidad Externado-Bogotá, 1991.
- Derecho Constitucional Comparado. Manuel García Pelayo, Sa. Ed. Madrid, 1959.
- Biografía del Estado Moderno. R. H. S. Crossman, Fondo de Cultura Económica, México, 1941.
- Teoría General del Estado. G. Jellinek, Compañía Editorial Continental S.A., México, 1956.
- Teoría General del Estado. Hans Kelsen, Editora Nacional, México, 1967.
- Las Constituciones de El Salvador. Ricardo, Gallardo, Ed. Diana, Madrid, 1961.
- Los Istmos Políticos Contemporáneos. William Ebenstein, Ed. Ariel, Barcelona, 1960.
- Derecho Político, Bidart Campos, Ediciones - Buenos Aires, 1967.
- Cuatro Constituciones Federales de Centro América y las Constituciones Políticas de El Salvador. Miguel Angel Gallardo. Tipografía La Unión -San Salvador, Octubre 1945.

## *La robustez moral de prueba\**

Román Zúniga Velis

### I. MOTIVACION

Creemos necesario explicar el motivo por el cual hemos decidido escribir estas breves palabras en torno a este tema. **En primer lugar, por ser Abogado y por saber el valor de la carta Fundamental de cada país, hemos tomado como primer basamento al Art. 182 de la Constitución Política.**<sup>1</sup>

Art. 182.- Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia: 12a. "Practicar recibimientos de Abogados y autorizarlos para el ejercicio de su profesión; suspenderlos por incumplimiento de sus obligaciones profesionales; por negligencia o ignorancia graves, por mala conducta profesional o por conducta privada notoriamente inmoral;

inhabilitarlos por venalidad, cohecho, fraude, falsedad y otros motivos que establezca la Ley y rehabilitarlos por causa legal. En los casos de suspensión e inhabilitación producirá en la forma que la Ley establezca y resolverá con **solo robustez moral de prueba**. Las mismas ejercerá respecto de los Notarios".

No menos importante resulta la proyección de este precepto, a nivel de Ley Secundaria cuando el Art. 11 de la Ley de Notariado dice:

"Art. 11.- En los casos de los Arts. 6, 7 y 8, la Corte Suprema de Justicia a pedimento de parte interesada o de oficio, denegará la autorización para el ejercicio de notariado que se le haya pedido, o declarará la incapacidad, inhabilitación o suspensión del que ya hubiera sido autorizado, procediendo en ambos casos en forma sumaria y oyendo al Fiscal de la Corte y al Notario, o en su defecto, por ausencia o imposibilidad de éste, al Procurador de Pobres del mismo Tribunal.

\* Este trabajo es la primera parte de un análisis más amplio.

• Jefe del Departamento de Derecho Privado y Procesal y Profesor de Derecho Procesal Civil y Mercantil.

<sup>1</sup> Constitución de la República de El Salvador de 1983 (Reformada).

La Corte recogerá de oficio las pruebas que fueren pertinentes y resolverá **con sólo la robustez moral de las que resulten del proceso**".

La referencia a esta forma de evaluar, la encontramos también en la Ley del Servicio Civil, la cual en su Art. 50 a la letra dice: "Art. 50.- Las sanciones disciplinarias a que se refiere este capítulo podrán ser aplicadas **con sólo robustez moral de prueba** y será suficiente para tomar resolución cualquier medio probatorio en que se base aquella robustez moral, de que la infracción ha sido cometida y de que es responsable de ella la persona a quien se imputa su comisión"; y el Art. 59 de la misma Ley que dice: Art. 59.- "Las sentencias de las comisiones y del Tribunal de Servicio Civil solamente expresarán en forma concisa el caso controvertido, la relación extractada de las pruebas de la información, apreciación, evaluación y la resolución que corresponda.

▀ Las comisiones y el Tribunal podrán resolver **con sólo robustez moral de prueba**, tal como se indica en el Art. 50".

El título que estamos comentando, se encuentra también plasmado en la Ley Orgánica Judicial,<sup>2</sup> la cual en su Artículo 51 dice: "Art. 51: Son atribuciones de la Corte plena las siguientes... Practicar recibimientos de abogado y autorizarlos para el ejercicio de su profesión y para el ejercicio de la función pública del notariado, previo examen de suficiencia para esta última. Ante una comisión de su seno; inhabilitarlos por venalidad, cohecho, fraude o falsedad, y suspenderlos por incumplimientos de sus obligaciones profesionales, o que por negligencia o ignorancia graves no diesen suficiente garantía en el ejercicio de sus

funciones; por mala conducta profesional o privada notoriamente inmoral; y por tener auto de detención en causa por delito doloso que no admita excarcelación o por delitos excarcelables mientras aquella no se haya concedido. En los casos de suspensión e inhabilitación procederá en forma sumaria y resolverá sólo **con robustez moral de prueba**.

Las mismas facultades ejercerá respecto de los estudiantes de las facultades de Jurisprudencia y Ciencias Sociales que actúen como defensores en causa penal o comparezcan por otro en causas laborales."

La importancia de este sistema de valoración de la prueba, trasciende al importante campo de la Salud Pública, con ligeras variantes y al efecto en el Código de Salud, en la sección cinco, bajo el título valoración de la prueba encontramos el Art. 304 que a la letra dice: Art. 304: "Se reconocen como medios de prueba los siguientes:

- a) Los documentos públicos auténticos y privados, autenticados y certificados por Notario;
- b) La inspección, reconocimiento y registro realizados por la autoridad de salud competente;
- c) Los dictámenes de facultativos o técnicos nombrados por las autoridades de salud;
- ch) Los resultados de los exámenes de laboratorio o de cualesquiera otros medios científicos auxiliares;
- d) Las disposiciones de testigos;
- e) Las presunciones o indicios; y
- f) La Confesión.

Art. 305.- "Las pruebas presentadas por los infractores a las disposiciones del presente Código y sus Reglamentos, serán apreciados por la autoridad de salud respectiva, de acuerdo a las normas de la sana crítica en relación con otras pruebas que tienden a

<sup>2</sup> Ley Orgánica Judicial, reformada mediante decreto No. 594, D.O. No. 240, T. No. 309 15 de octubre de 1990.

establecer las circunstancias de lugar, tiempo y la persona a que correspondan.

Cuando la apreciación de las pruebas se efectúe para juzgar la conducta de los profesionales relacionados con la salud **será suficiente, la robustez moral de pruebas** para imponer la suspensión del ejercicio profesional”.

## II. LA FUNCION DE LOS MEDIOS DE PRUEBA Y LOS SISTEMAS DE VALORACION DE LA PRUEBA

Cuando se suscita una contienda jurídica o un problema en el cual, de cualquier forma habrá que aplicar el derecho, por que hay incertidumbre, insatisfacción, porque simplemente se necesita dar autenticidad a un hecho o a un acto, por regla general hay que aportar prueba en dicho procedimiento, ya sea esta instrumental, pericial, testimonial, inspección personal, y cuantas otras mencionan nuestras leyes; y sobre estos medios de prueba, ya receptados o incluidos dentro del procedimiento, será en donde el aplicador de la Ley, ya se llame Juez, Magistrado, Director General, Comisión, Junta, etc., abreviará para después de evaluar, o calificar la eficacia de esos medios de prueba, provea su resolución, la cual sabemos, puede ser de la más variada especie. En ese sentido, vale la pena recordar qué medios de prueba son los instrumentos o elementos llevados al proceso para formar convicción en el juzgador, o como la Ley Procesal Civil, para establecer la verdad de los hechos controvertidos; y sistema de valoración será en el fondo el proceso mental, ya fundado en la lógica, en la razón, en el corazón, o en la Ley y que lleva al Juez por el sendero para proveer la resolución arreglada a derecho en el asunto sometido a su consideración.

### A) LOS SISTEMAS DE VALORACION DE LA PRUEBA

Analizada brevemente en las líneas anteriores la función o rol que juegan los medios de prueba y los sistemas de valoración de la prueba, y su correspondiente relación, pasaremos a analizar brevemente este segundo tema y comenzaremos analizando el tradicional sistema de la prueba legal, aritmética o tasada.

#### 1. Sistema de prueba legal

Este sistema, que parece ser el más antiguo, —aunque este punto es discutible—, consiste en que, en los cuerpos legales además de aparecer el Catálogo o listado de pruebas, el legislador ha señalado a cada uno de estos medios de prueba, su correspondiente valor, así para el caso, cuando el artículo 321 del Código de Procedimientos Civiles nos señala que la disposición de dos testigos contestes y uniformes en las circunstancias esenciales forman plena prueba, o que el Código de Trabajo en su Art. 401 nos señala que la confesión simple forma plena prueba, están ordenando al juzgador, apriorísticamente, el valor que tal prueba debe de tener, sin darle lugar a mayores oscilaciones o criterios discrecionales, o lo que es igual, a darle un valor distinto al señalado en la Ley.

#### 2. Sistema del íntimo convencimiento

Antes de proseguir en este ensayo, permítasenos ya que será muy útil, reseñar que tradicionalmente los sistemas de valoración de la prueba, se dividen en 2 grupos antagónicos o completamente opuestos y que son, el legal, que es el que acabamos de analizar brevemente y por otro lado, el de la libre apreciación, que como es natural no tiene su fundamento en la ley, al

menos para pronunciar la resolución o fallar; ahora bien, este último sistema tiene varios matices comenzando por el íntimo convencimiento, siguiendo con la sana crítica y finalizando con el sistema de la robustez moral de la prueba.<sup>3</sup> Tratando ya el íntimo con-convencimiento o íntima convicción, diremos que este es el sistema que se usa algunas veces en materia procesal penal, precisamente con la institución del jurado que tiende a desaparecer; nos atrevemos a decir que lo encontramos en materia civil y mercantil en lo que constituye los juicios por arbitramento de Arbitros Arbitradores o amigables com-ponedores, aciertos que se confirman con la lectura del Art. 363 del Código Procesal Penal y Art. 58 del Código de Procedimientos Civiles, respectivamente.

En este sistema, que tildado de anárquico, se falla conforme aquello íntimo que se le llama conciencia, nosotros diríamos se falla con el corazón; aquí se obedece a un sistema afectivo-volitivo, no se toman en cuenta las leyes sino el impacto que las pruebas o las actuaciones de las partes causen Psicológica o afectivamente en el juzgador; es más, se puede fallar conforme a las pruebas recogidas en el procedimiento, fuera de estas pruebas y aún contra las pruebas recogidas en el proceso mismo.

Creemos que este es el momento oportuno para ver lo contradictorio de este sistema con el legal; en este último (el legal) el Juez no puede aplicar al proceso, el conocimiento privado que tenga de la cuestión debatida; en el íntimo convencimiento, vemos que el juzgador, sí puede aplicar su conocimiento en la cuestión debatida fallando así en contra de la prueba recopilada en autos.

<sup>3</sup> Portillo Joel Esau, teoría de la prueba, tesis de Grado, Universidad de El Salvador, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, 1971.

### 3. Sistema de la sana crítica

Este sistema de valoración, aparece como una reacción ante la inflexibilidad del sistema de la prueba tasada y la arbitrariedad que se puede cometer en este último sistema analizado o sea el íntimo convencimiento; recuérdese que en el primero, el Juez cumple ciegamente, aplicando la ley con base en la prueba recogida; en cambio en el segundo, el tribunal de conciencia, que es el caso más práctico en que se analiza este sistema, puede dar, este juzgador, un veredicto aún en contra de la prueba de autos; por eso no es extraño ver que el Tribunal de conciencia absuelva, habiendo cinco o más testigos de vista del Imputado o que condene con solo la declaración dubitativa de un solo testigo.

Así las cosas, diremos que este sistema se fundamenta en los principios lógicos como el de identidad, tercero excluido, de contradicción, de razón suficiente y de causalidad y además en las reglas o máximas de experiencia que tenga el Juez, todo concierne a un momento determinado, en un país determinado. Este sistema hace que el Juez no sea un mero aplicador de las formas legales con base en la prueba recopilada, sino que lo hace pensar y razonar más, mucho más de lo que pudiera hacerlo en el sistema de la prueba tasada, amén de que juzgador debe tener los atributos de honradez, vocación, incorruptibilidad, no impresionabilidad desde el punto de vista político, cultura, recto razonamiento, etc.

Cabe recordar que en este sistema, el juzgador no toma las pruebas en forma vertical y en forma fría, sino que las aprecia en su conjunto y por eso el sistema se llama circular; expliquémonos mejor: Si en un caso concreto y determinado, por una parte se ha operado la confesión simple, la cual forma plena prueba, y de la otra parte se ha presentado prueba testimonial (el concebido

par de testigos contestes y uniformes) lo cual también forma plena prueba, tendríamos que aplicar el artículo 415 del Código de Procedimientos Civiles o sea, darle preferencia, fría y secamente, a la prueba por confesión, ya que este artículo así lo ordena, en el caso de que ambas partes hayan presentado plena prueba. Esto en cuanto al sistema de prueba tasada.

En cambio en el sistema de la Sana crítica, el Juez tendrá que estudiar todas las pruebas vertidas por una y por otra parte, y ante estas dos versiones contradictorias, el juzgador escogerá aquella que según su criterio lo acerque más a la verdad; por eso es que se necesita de juzgadores intuitivos, humanos, con sensibilidad social, en suma, de aquellos jueces que saben de que lado está la verdad.

Queremos, finalmente, señalar que, aunque entre el sistema legal y de la sana crítica hay grandes diferencias, sí coinciden en un punto; y es que en uno y en otro sistema, la base para fallar es la prueba aportada en el proceso, diferenciándose aquí según lo hemos dicho, el íntimo convencimiento, en el sentido de que en éste último, los juzgadores pueden fundamentarse para fallar, en pruebas o indicios que no consten en un procedimiento y que es más, contrarían la prueba vertida en éste.

### III. "LA ROBUSTEZ MORAL DE PRUEBA"

En primer lugar, queremos dejar bien claro que aunque alguna duda pueda existir sobre si la robustez moral de prueba es en verdad un sistema o forma de evaluación de las pruebas, en nuestro sentir, sí podemos afirmar que lo es. En primer lugar, bastenos leer y ubicar su situación dentro de los procedimientos en que éste se menciona: es el momento culminante del trámite o procedimiento, en donde el Juzgador tiene,

que proveer la resolución definitiva, al menos en la primera instancia, en donde cabe esta posibilidad; lo mismo podríamos decir si de esta resolución se admite su impugnación: será en la sentencia definitiva de la Segunda Instancia en los casos de haber este segundo escaso.<sup>4</sup> En segundo lugar, queremos hacer nuestras las ideas del insigne maestro Uruguayo Eduardo Couture, cuando considera que el sistema de valoración de prueba es todo proceso mental o intelectual que, basado en la mera aplicación de la ley o bien en un proceso afectivo-volitivo, o en un proceso lógico y de experiencia, tiene por objeto calificar la eficacia de las pruebas en la búsqueda de la verdad.

Otras cuestiones de singular importancia son las siguientes: este sistema de valoración solo es aplicable en procedimientos de naturaleza administrativa de carácter sancionador y no en el ámbito del Organismo Jurisdiccional, esto lo confirmamos fundamentándonos en lo siguiente:

- a) No en balde transcrito al inicio de este trabajo, todas las disposiciones legales en donde este sistema es adoptado y en donde el único que parece ser discutible en cuanto a su naturaleza, es el de Ley del Servicio Civil, pero en todo caso, en nuestro criterio no se trata de una cuestión netamente jurisdiccional.
- b) Hemos tratado infructuosamente de buscar en muchos tratadistas de Derecho Procesal Civil, Penal, Laboral y de Comercio, el tema sobre la robustez moral de la prueba y no hemos encontrado nada al respecto, pues todos se contentan con comentar la prueba legal o tasada, la sana

<sup>4</sup> Estamos hablando por analogía de instancia, ya que el trámite en donde se aplica la Robustez moral, es de jurisdicción voluntaria y no un verdadero proceso en donde hay jurisdicción contenciosa.

crítica y el íntimo convencimiento, perteneciente los dos últimos al sistema de libre apreciación al cual, nos atrevemos a decir por vía de excepción, pertenece el sistema de la robustez moral de prueba.

Queremos finalmente mencionar que tampoco encontramos el tema en ningún tratadista de derecho administrativo ni de derecho constitucional, por lo que aquí diremos, son ideas muy nuestras, claro, basándonos como dijiera el recordado mercantilista Roberto Lara Velado, en el Acervo Común de la Comunidad.

#### ¿POR QUE ROBUSTEZ MORAL DE PRUEBA?

La denominación de los sistemas de evaluación de la prueba tienen su correspondiente significado. Así hablamos de **tarifa legal o prueba tasada**, y su significado nos indica que a tal prueba tal valor; tan es así que los textos legales que admiten tal sistema probatorio, hablan de prueba semiplena y de plena prueba, como quien dice a tal medio de prueba tal valor, o tal equivalencia que es la que el juzgador debe de aplicar; cuando hablamos de sana crítica o de persuasión racional, queremos significar que el criterio del juzgador se base en reglas del buen entendimiento o en reglas lógicas, apegadas a la verdad y a la experiencia para poder fallar adecuadamente, y cuando hablamos de íntimo convencimiento queremos señalar que el juzgador en la intimidad de su recogimiento, a solas con su conciencia, casi siempre influenciado por aspectos psicológicos, toma su decisión. Ahora bien, ¿Por qué motivo se denomina robustez moral de prueba al tema de este ensayo? Ratificamos lo antes dicho, de que no hemos encontrado mayor bibliografía al respecto, por lo que daremos mayor énfasis

al significado gramatical, claro está, con algunos matices jurídicos alusivos al tema que tratamos, ya que ni don Eduardo Pallares, ni el maestro Cabanellas, ni la Enciclopedia Jurídica Omeba, nos dan el significado de este sistema probatorio.

Descomponiendo entonces la frase del tema, tenemos que la palabra robustez, según la última edición del Diccionario de Real Académica de la Lengua, significa: calidad de robusto y a su vez robusto significa fuerte, vigoroso, firme paralelamente a lo anterior, la única referencia jurídica que encontramos acerca de esta palabra se encuentra en el Art. 415 del Código de Procedimientos Civiles que a la letra dice: Art. 415. "Cuando por ambas partes se produzcan en juicio plena prueba, se estará a la más robusta, según el orden siguiente:

- 1o. La presunción de derecho;
- 2o. El juramento decisorio;
- 3o. La confesión judicial;
- 4o. La inspección personal en los casos en que tiene lugar;
- 5o. Los instrumentos públicos y auténticos;
- 6o. Los privados fehacientes;
- 7o. La confesión extrajudicial escrita;
- 8o. La confesión extrajudicial verbal con otra semiplena;
- 9o. La prueba pericial en los casos que tiene lugar;
- 10o. La prueba testimonial;
- 11o. Las semiplenas pruebas de diverso género que hacen prueba perfecta.
- 12o. Las presunciones cuando hacen plena prueba. La presunción legal no tiene entonces lugar, porque cede a la prueba contraria; salvo la presunción de derecho de que habla el número 1o."

No mucho esfuerzo necesitaremos pues, para descubrir que robustez, en materia de apreciación de prueba quiere significar el

mayor o más fuerte impacto que las probanzas hayan causado en la mente y en el ánimo del juzgador, o lo que es igual, la certeza de que un hecho o acto ha sucedido en tal o cual forma, o en otras palabras, la veracidad de un acontecimiento, esto desde luego en la medida subjetiva de su personalidad.

En cuanto al otro término de la frase o sea en cuanto a la palabra moral, resulta que el mismo diccionario nos da muchas acepciones de la misma; sin embargo hemos tomado dos acepciones que nos ayudarán a resolver el problema a) "Que no conciernen al orden jurídico sino al fuero interno": b) "Que no cae bajo la jurisdicción de los sentidos por ser de la apreciación del entendimiento o de la conciencia".<sup>5</sup>

Pues bien, nosotros entendemos que de estas acepciones, la primera es la que más tiene que ver como segundo elemento de la frase comentada pues si bien es cierto que en sus orígenes, el contenido del literal a) habla de la contraposición de las características de las normas jurídicas en relación a las normas morales, pensamos que por ampliación de términos y de conceptos, la palabra moral ya en el sistema de valoración, se contra-pone a la prueba legal o tasada, es decir que no nos vamos a atener a que tal prueba tiene valor de prueba plena o prueba semiplena, sino que aunque con cierto basamento legal, será el criterio subjetivo del juzgador, el que calificará su valor; hay pues un apartamiento de la noción de la verticalidad de la prueba tasada y volvemos nuevamente al sistema del íntimo convencimiento aunque sin el abuso que mencionábamos con anterioridad, o sea que nunca podríamos fallar de la prueba de autos ni mucho menos contra la prueba de

autos, sino que en la robustez moral, aunque hay las libertades de pensamiento para el buen juzgar expresado con anterioridad, también hay límites y diques que son los antes expuestos.

A estas alturas creemos tener la suficiente convicción para dar, con la inocencia de un novato, un concepto de lo que es la robustez moral de prueba: "Sistema de valoración de la prueba perteneciente al campo administrativo sancionatorio que, aunque fundado en las pruebas del procedimiento, desecha el sistema de la prueba legal y acoge el íntimo convencimiento, con las limitaciones de no poderse fallar fuera de las pruebas del proceso y mucho menos en contra de las probanzas del mismo".

Estas ideas, sobre todo en lo referente a la moral son confirmadas por la siguiente frase del Uruguayo Eduardo J. Couture: "En cuanto a la libre convicción, debe entenderse por tal, aquel modo de razonar que no se apoya necesariamente en la prueba que el proceso exhibe al Juez, ni en medio de información que pueden ser fiscalizados por las partes".<sup>6</sup>

Dentro de este método el magistrado adquiere el convencimiento de la verdad con la prueba de autos, fuera de la prueba de autos contra la prueba de autos. Así, en nuestro derecho este tipo de crítica probatoria aparece consagrado en forma expresa en los casos de delito de proxenetismo, frente a cierta materia política o en casos de arrendamiento, donde las dificultades de la prueba son poco menos que insuperables. Aun la falta de prueba existente en la causa, y aún en contra de la que haya podido ser recogida, el Juez puede declarar probados los hechos que constituyen, por ejemplo, el delito de proxenetismo, si del trato personal con el acusado o con la mujer que es su víctima o por hechos que el mismo

<sup>5</sup> No es nuestro deseo entrar a la problemática filosófica de la moral, aclarando que de este concepto hay tantos planteamientos como escritores se han encargado de hablar de ella.

<sup>6</sup> Couture Eduardo J., Fundamentos de Derecho Procesal Civil, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1977.



ha percibido fuera del proceso, adquiere una convicción moral de que existe el delito. (Esto último es lo verdaderamente significativo).

Siempre relacionado con el mismo tema, el maestro Rafael Gallinal bajo el título "Prueba Moral", en que consiste, sus inconvenientes dice lo siguiente: "La mayor parte de las legislaciones primitivas no contenían más que un pequeño número de reglas sobre los modos de prueba y sobre su autoridad".<sup>7</sup>

El Derecho Romano, dice Maynz, no contenía sobre los diversos medios de prueba, las reglas ciertas y precisas que encontramos en las legislaciones modernas y en los libros de teoría; dejaba al Juez del hecho gran latitud y no se oponía a la admisión de simples indicios, con tal que en la especie, pareciesen suficientes para dar la certidumbre requerida.

La convicción del Juez, que es el fin de la prueba, parecía como siendo el resultado de un trabajo intelectual interno y por consiguiente, todo individual; ella se hacía y no se mandaba, ni menos tampoco se imponía. En consecuencia, el interesado era libre de probar su derecho, o el hecho del cual surgía aquel, como él lo entendiese y como el pudiese, para producir la convicción en el Juez; el Juez por su lado sea libre de admitir

como prueba todos los elementos de convicción en su espíritu. La certidumbre, con arreglo a esta concepción de la prueba judicial era un fenómeno psicológico; probar es convencer y todo lo que pueda formar la convicción es una prueba suficiente.

A este sistema se le llama frecuentemente sistema de la prueba moral, de la prueba natural, de la prueba relativa, y se le encuentra generalmente aplicado en el origen de las sociedades".<sup>8</sup>

## BIBLIOGRAFIA

- Gallinal Rafael, Estudios sobre Código de procedimientos Civiles, Editora: Casa A. Barreiro Y Ramos S. A. Montevideo.
- Couture Eduardo J. Fundamentos de Derecho Procesal Civil, Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1977.
- Echandia Hernando Devis, Compendio de Pruebas Judiciales, Tomo I, Rubinzas-Culzoni Editores, Argentina, 1984.
- Echandia Hernando Devis, Teoría General de la Prueba Judicial. Edic. Zavalia, Buenos Aires, 1981.
- Portillo Joel Esau, Teoría de la Prueba, tesis de grado, Universidad de El Salvador, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, 1971.
- Carnelutti, La Prueba Civil. Buenos Aires, 1955.

<sup>7</sup> Gallinal Rafael, Estudios sobre el Código de procedimientos Civiles, Editora Casa A. Berreira Ramos S.A. Montevideo, 1928.

<sup>8</sup> Gallinal Rafael, Ob. cit.

# DERECHO POLITICO

## *La constitución real y la democracia: derecho y poder*

Rodolfo Castro\*

*"...Los problemas constitucionales no son, en última instancia, problemas de derecho, sino de poder..." (F. LASSALLE).*

### I. INTRODUCCION

La frase que encabeza el presente trabajo fue pronunciada hace más de 100 años, sin embargo sigue manteniendo vigencia, en particular entre nosotros en donde a raíz de la negociación y firma de los Acuerdos de Chapultepec se abrió el escenario de lucha entre los viejos poderes fácticos y una aún incipiente nueva forma de hacer política que busca la creación de un Estado de Derecho. Durante los dos últimos años que constituyeron la fase final del proceso de negociación, fuimos testigos impotentes de como esos poderes se aferraban a argumentos "constitucionales", usándolos de trincheras de desfasadas posiciones.

En otras palabras, el viejo poder echaba mano de su última "ratio": que la Constitución de 1983, así como las Constituciones de 170

años de vida independiente no tenían ningún valor sino porque eran la "expresión de los factores de poder imperantes en la realidad"; en definitiva estaban planteando la teoría de que el poder fáctico debía anteponerse al derecho, aunque sus argumentos se revistieran de "legalidad constitucional".

Precisamente, conmemorando los diez años de vigencia de la Constitución de 1983, ya reformada, el presentador de los 4 volúmenes de las Constituciones de El Salvador reconoce implícitamente lo anterior: "En 172 años de vida independiente hemos contado con tres constituciones federales, una como Estado miembro de la primera Federación, doce como Estado Unitario, al menos tres reformas sustanciales, y varias constituciones frustradas.

La duración media de las constituciones nacionales ha sido de aproximadamente once años; solo la llamada Constitución venerable de 1886 rigió por más de cincuenta años. Empero, si los datos se manejan con mayor rigor, se comprobará que los lapsos de

\* Secretario de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales. Director de Seminario de Graduación en Ciencias Jurídicas. Área Derecho Constitucional. Profesor de Ciencias Políticas.

vigencia fueron menores dado que en la generalidad de casos hubo sucesos que constituyeron verdaderas rupturas de la continuidad constitucional".<sup>1</sup> Es ilustrativo lo anterior porque, con ello se está reconociendo no solamente la inseguridad en que se ha vivido y la lógica inestabilidad personal y política que trae aparejada una situación de esas; a la par, esto nos pone en alerta sobre el futuro, porque si en nuestro país desde siempre los poderes fácticos han estado por encima del derecho, para que el derecho mande sobre el poder, como son los deseos de la gran mayoría de salvadoreños, debemos romper los "nichos" de los viejos poderes fácticos a los cuales aún se aferran con una terquedad digna de mejor causa.

## II. LA CONSTITUCION DE 1983: Legitimidad-Ilegitimidad

Conocido es que tras las elecciones de marzo de 1982 se instaló el día 22 de abril la Asamblea Constituyente que inició los trabajos de redacción de la Constitución, que actualmente nos rige, adoptando la Comisión Redactora del Proyecto, como "Documento base", la Constitución de 1962 que es una reproducción casi al calco de la de 1950; además se consultaron Constituciones de América Latina y algunas europeas, en particular la de España de 1978.

Pero como la misma Comisión lo reconoce en su informe, "La Constitución de un país es la base de la organización político-jurídica, del Estado **que en un momento dado es el producto del equilibrio de las fuerzas políticas existentes**".<sup>2</sup>

Para nuestro interés lo que es importante dilucidar es la veracidad objetiva de la aseveración subrayada arriba lo cual supone no solo el estudio de las formas legales sino además el marco político y el contexto social en que se elaboró la Constitución de 1983, tal como lo reconoce la misma Comisión. Si una constitución es producto "del equilibrio de fuerzas políticas existentes", lo primero que es imperativo analizar, para no caer en la sola descripción de las formas jurídicas, es la situación y posición de las distintas fuerzas que contribuyen a ese "equilibrio" en la dinámica socio-política del momento: es decir en las elecciones de marzo de 1982.

En la coyuntura, los actores políticos más importantes arribaron a estas elecciones con las más variadas expectativas. Al principio la derecha empresarial se opuso a ellas, y solo variaron de posición al percibir una oportunidad de desplazar a la Democracia Cristiana con los éxitos organizativos que el núcleo del mayor D'abuisson estaba cosechando con el recién fundado partido ARENA. En el fondo los elementos más atrasados del sector privado soñaban con una restauración autoritaria tipo despótica-personalista, y el mayor D'abuisson encarnaba esas aspiraciones. Los sectores de la clase política desplazados con el golpe de octubre de 1979 y que habían logrado sobrevivir con su viejo instrumento —el Partido de Conciliación Nacional— se reagruparon y preparaban su maquinaria electoral mediante la cual pretendían lograr réditos políticos en una alianza con los grupos que se rearticulaban para construir una nueva hegemonía en el país. Los demócrata-cristianos empezaron a ver con mucha aprehensión los movimientos políticos de la derecha y a buscar nuevamente hacia la izquierda; pero ésta que formaba la coalición insurgente FDR-FMLN, sostenía una posición anti-elecciones por principio; es

<sup>1</sup> Presentación de: Las Constituciones de la República Federal de Centroamérica Tomo I, p. XII. (Subrayado Nuestro).

<sup>2</sup> Informe de la Comisión de Estudio del Proyecto de Constitución, p. 227 (subrayado nuestro).

más las unidades guerrilleras se preparaban para el boicot de ellas.

Los actores externos, cuya presencia interna se llevaba a efecto mediante diversos mecanismos, particularmente la administración estadounidense, representaban un poder sobre-determinante de los poderes internos en vías de rearticulación. Los norteamericanos tenían objetivos políticos muy claros: que las elecciones sirvieran para debilitar y aislar a los insurgentes, a la par se lograba la legitimación de un "Gobierno democrático" que también atrajera a un sector del gran capital, quienes no los aceptaban ni los han aceptado nunca como a sus representantes políticos.

El relativo triunfo de la contienda fue de los grupos de la derecha más conservadora que lograron acceder a la dirección de la Asamblea constituyente encargada de redactar la Constitución, y la administración estadounidense que consiguió dar la imagen de un "Gobierno electo popularmente" y con ello crearle legitimidad internacional.

La izquierda fue la más perjudicada políticamente, aunque también la DC perdió terreno; los pros y los contras anularon recíprocamente, en gran medida, los avances por ampliar el sistema político.<sup>3</sup>

### III. LA "DEMOCRACIA RESTRINGIDA O CONTROLADA"

Es evidente que aquí se puso en marcha por primera vez en el país un proceso de "Democracia Restringida o Controlada", en donde las elecciones abren espacios para que los partidos políticos se muevan en ciertos límites, con participación restringida del espectro ideológico y el uso de los medios de comunicación en forma también fiscalizada.

Es un proceso que no cuenta con instituciones políticas verdaderamente democráticas, con ausencia de fuerzas políticas homogéneas y sin una tradición de cultura política; pero particularmente cuenta con la presencia disuasiva de los poderes autoritarios. La abrumadora cotidianidad de la guerra contribuye a que estos espacios sean aún más restringidos, poniendo en movimiento mecanismos de coacción y de miedo, ya experimentados por todos; como dice Torres Rivas, "La banalización del miedo, que corresponde a (la) convivencia permanente con la muerte por causas políticas, no es un resultado sino un medio. Ha sido escogido y por ello racionalizado desde el poder. Forma parte del poder, porque su ejercicio... lo supone. El orden social, en esta cultura atrozmente autoritaria, solo se impone con la violencia y el miedo es un recurso ordenador".<sup>4</sup>

En esas condiciones la pregunta es ¿Cómo la Constitución de 1983 pudo ser fruto de un "equilibrio de fuerzas políticas existentes"? La respuesta es obvia, aunque para muchos las obviedades no cuenten, la legitimidad de la Constitución fue restringida o controlada; ¿Pero puede existir una legitimidad de esa naturaleza? Para los poderes fácticos sí, para los excluidos, auto-excluidos y controlados no!

La afirmación precedente no es nada novedosa, aunque desde el punto de vista normal a cualquier politólogo o abogado le sea chocante. Pero esta "anómala" situación se explica por las condiciones políticas sociales imperantes en el país en la época. Una sociedad en donde se desarrolla una guerra, en la cual se ven involucrados los bloques de poder internacionales del momento (E.U.-URSS.) afecta de raíz la

<sup>3</sup> Ver: Enrique Baloyra. El Salvador en Transición, p. 231.

<sup>4</sup> Edelberto Torres-Rivas, El sistema político y la Transición a la Democracia en Centroamérica, p. 23.

legitimidad de cualquier Constitución, máxime si tomamos en consideración que ésta es ante todo un Pacto Político y Social cuya pretensión es la de ser fundamento de un Estado de Derecho.

Desde esa perspectiva, la Constitución de 1983, pese a las innovaciones que introduce para insertarse en las nuevas realidades que han ido emergiendo, no es una Constitución reconocida y aceptada libremente por la mayoría o, por lo menos, por la población alzada en armas y sus bases sociales de apoyo.

En el fondo esa naturaleza dual —legitimidad-ilegitimidad— es la expresión contradictoria de una CRISIS DE HEGEMONIA.<sup>5</sup> Tal y como lo afirmó en 1984 un conocido abogado salvadoreño, por muy moderna y técnicamente perfecta e irreprochable que se presente la Constitución, hay algo que la hace convertirse en un instrumento político de un sector de la sociedad y esta reside, “En la mala conformación de nuestra estructura económica que ha configurado, a su vez, una superestructura política e ideológico instrumentalizadas por un sector minoritario, que ha concentrado casi todo el poder en sus manos y cuyos intereses no son los mismos que los de la mayoría del pueblo salvadoreño, sino que son contradictorios con los de la mayoría”.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> El concepto de Hegemonía - es tomado en sentido gramsciano: Define las relaciones, entre las clases dirigentes y el conjunto de los grupos aliados. Un grupo social debe ser dirigente antes de obtener el poder, y cuando lo ejerce, aún cuando lo sostenga firmemente se convierte en dominante, pero debe continuar siendo dirigente. Es la expresión de una relación orgánica, de una dirección intelectual y moral mediante la cual el pueblo se siente permanente ligado a sus gobernantes.

<sup>6</sup> Gómez, Rodolfo Antonio. El Estado, la Constitución y los Derechos Sociales Económicos y Culturales, p. 27.

Es evidente que, en esas circunstancias, prevalecen los poderes fácticos, y el Estado no logra convertirse en un intermediario de los distintos intereses societarios, sino en un aparato de dominación, y ello impide que los gobernantes se constituyan en legítimos dirigentes de los gobernados, es decir, aceptados por la mayoría ciudadana. El Interés general es negado, enmascarado u opacado ideológicamente, no se asiste a la construcción de la Voluntad Nacional Popular a través de la Soberanía del Pueblo.

Ningún Grupo Social es capaz de representar esa Voluntad cuando lo hace a partir de sus intereses particulares que impiden que ese pacto fundante de la Sociedad y el Estado esté revestida de una legitimidad basada en el consenso de la mayoría ciudadana. Precisamente en eso consiste la crisis de Hegemonía —como dirección política de la sociedad—, y de allí que el poder casi “desnudo” sea el que determine en definitiva la dinámica socio-política, que se expresa en una conflictividad social que ha estallado como Guerra Civil y que desgarró el débil tejido de nuestra Sociedad Civil y Política, en este período.

De esa manera la legalidad ordenadora no es legítima para quienes, desde perspectivas morales, ideológicas o de justicia chocan con ella y la rechazan; además la ilegitimidad hace ineficaz todo intento de gobernabilidad, y de enmarcar la lucha en los marcos de la legalidad formal.

#### IV. CONSTITUYENTE Y PODER MILITAR

Por otro lado, es de fundamental importancia analizar las raíces de este Poder Constituyente que tuvo como misión la elaboración de la Constitución de 1983.

La Democracia Liberal Representativa, en condiciones normales, se basa en la

Soberanía Popular, o sea en la formación de la voluntad de los ciudadanos, que se expresa a través de las Instituciones de Representación Popular; aquí el poder deviene en poder soberano que delega en la Asamblea Constituyente ese poder. Así, en la Democracia Liberal existe un solo poder político soberano que se desdobra en varios poderes que se equilibran entre sí. Esto aun cuando no se da en forma pura, sí contiene elementos que se respetan en diversos grados según situaciones históricas concretas.

En El Salvador históricamente las Constituyentes no surgen de decisiones democráticas tipo liberal, sino que se convocan por los poderes fácticos: poderes ajenos a la constituyente pero que realmente están por encima de ella. De esa manera la Constituyente es un medio de “legitimación” de un esquema político pre-definido por los grupos de poder; es evidente que en una situación de enfrentamiento bélico en condiciones de crisis de hegemonía sean las fuerzas armadas (sus Altos Mandos) el “Supra Poder” en donde reside la Soberanía.

Por tanto esta Asamblea Constituyente ya no es Soberana, porque no controla el poder sobre el cual está legislando.<sup>7</sup> La misma Constitución de 1983 declara al ejército como el garante de la Constitución, pasando por encima del Organismo Judicial y de la Institucionalidad del Estado.

Hay que recordar a este respecto que durante la Negociación Gobierno-FMLN la reforma a las fuerzas armadas se constituyó en la piedra de toque de los Acuerdos Políticos, y en la “manzana de la discordia” entre los grupos de poder económico-social-militar de El Salvador, durante la fase final del proceso que llevó a Chapultepec. En la

Constitución de 1983, se ubica a las Fuerzas Armadas como un Organismo del Estado más a la par de los Organismos Legislativos, Ejecutivo y Judicial y se le encomienda velar por el ejercicio efectivo de la democracia, del régimen democrático representativo, de la libertad del sufragio, por que se mantenga la forma republicana de gobierno, el respecto a los derechos humanos, etc., etc.

De esa manera la Constituyente lo que hizo fue trasladar al papel lo que correspondía a la realidad política del país, cerrando la brecha existente entre Constitución Real y Formal, en su parte Orgánica; sin embargo en su parte Sistemática abrió más la brecha al innovar en una serie de derechos sociales, económicos y culturales que hacen más patentes el divorcio entre los Derechos Democráticos y la realidad social caracterizada por rígidas relaciones de dominación, una asimetría tangible y desigualdades acumulativas.<sup>8</sup>

En consecuencia los gobiernos civiles que emergen de estos procesos de legitimación constitucional ya no van a ser objeto de vetos militares a la usanza tradicional, y se constituyen con cierta autonomía vis a vis el ejército; sin embargo carecen de una real Soberanía, y de una Dictadura militar de hecho se pasa a constitucionalizar lo que llama Hinkelammert Democracia Militar, y que nosotros preferimos denominar “Democracia Restringida o Controlada” que significa la existencia de unos espacios controlados y delimitados por ese “Supra-Poder”, que la Constituyente legítimo como el Poder Soberano por encima de los Organismos Representativos formalmente constituidos.

Además de que la Constitución de 1983 constitucionalizó el poder de hecho de la

<sup>7</sup> Ver: Franz Hinkelammert. *Democracia y Totalitarismo*, pp. 211-228.

<sup>8</sup> Alan Rouquie. *América Latina. Introducción al Extremo Occidente*; p. 112.

fuerza armada, en el capítulo correspondiente a esta institución, es importante referirse al artículo 163, ya reformado, que rezaba, "Los decretos, acuerdos, órdenes y providencias del Presidente de la República **deberán ser autorizados y comunicados por los Ministros en sus respectivos ramos**, o por los viceministros, en su caso. **Sin estos requisitos no tendrán fuerza legal ni deberán ser obedecidos.**"<sup>9</sup>

Con esas disposiciones, tanto las del artículo 212 en adelante como de la arriba transcrita, se constitucionalizaba el poder real que residía en la fuerza armada antes de las reformas; no se trata de una intención "malévola", sino de la necesidad en ese momento de hacer coincidir a los factores reales y efectivos de poder imperantes en nuestra sociedad, con la Constitución formalmente aprobada por la Constituyente controlada por el "más decisivo" de todos los resortes del poder organizado: el ejército.

Esa dialéctica Poder Constituyente-Poder Militar impulsó un Régimen de integración controlada, mucho más eficaz para desmovilizar a la Sociedad, que la actuación represiva de los regímenes autoritarios o dictaduras militares tradicionales. Sin embargo la estabilidad no se consiguió porque el enfrentamiento bélico desarticuló el proyecto.

## V. EL PODER Y EL USO DEL DERECHO

Es conocida la historia de los primeros 7 años de vigencia de la Constitución de 1983 la cual puede resumirse en una frase: continuó representando al Poder Soberano de las fuerzas armadas, pero no al Poder Soberano

<sup>9</sup> Constitución de 1983 no reformada. Subrayado nuestro. Es evidente que el Ministerio de Defensa se constituía en la "fuerza legal" de estos Decretos, Acuerdos, Ordenes y Providencias

del pueblo; o sea que asistimos a la paradoja de que la Representación Popular aparece como el Soberano en la letra, pero es un Soberano sin Poder.

Por mucha tinta que se derramara, con argumentos "jurídicos" de toda variedad y color justificando la legalidad constitucional, siguió siendo evidente que el Poder Militar, como expresión decisiva de los otros poderes, continuó, prevaleciendo sobre el derecho. Aún siendo claro el deseo de muchos juristas y abogados de que el derecho debía estar por encima del poder, la evidencia nos decía que ocurría lo contrario: que el Poder Militar se imponía sobre el Derecho y lo sometía hasta el grado de que el derecho y el Estado se usaban como un instrumento privilegiado en la guerra contra los insurgentes.

Basta, para ilustrar ese aserto, con un ejemplo. Cuando en enero de 1989 el FMLN presentó su "**Propuesta para Convertir las Elecciones en una Contribución a la Paz**", donde la insurgencia se mostraba dispuesta a participar en las elecciones de marzo de ese año, apoyando la Plataforma de la Convergencia Democrática -C.D.-, si se posponían aquellas por 6 meses y se creaban determinadas condiciones para un libre juego electoral democrático. Los poderes facticos se opusieron usando para ello su férreo control sobre los Organos del Estado y los medios de comunicación.

Precisamente su negativa se amparaba en la Constitución, atrincherándose en el artículo 75, inciso final, en el sentido de que la fecha de elecciones deberá preceder no menos de dos meses ni más de cuatro al inicio del período presidencial. La Revista ECA de la Universidad Centroamericana, regentada por la Orden Jesuita, se pronunció al respecto mediante su Consejo Superior, del cual entresacamos la siguiente cita muy ilustrativa del problema que abordamos en el presente trabajo.

Hacemos la cita "in extenso" por parecemos que sus argumentos conservan validez actual para oponernos a aquellos grupos que rinden culto al Fetichismo Legal y lo usan como arma política. "Las voces que se amparan en la Constitución debieran, por lo pronto, atender a la propia Constitución, cuando dice en su artículo 1º que la persona humana es el origen y el fin de la actividad del Estado; cuando en el artículo 83 reconoce que la Soberanía reside en el Pueblo. Por otra parte, no es aceptable ampararse en la Constitución para impedir lo que la propia Constitución afirma ser su propósito fundamental, como es asegurar a los habitantes de la República el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social, que están siendo impedidos, entre otras causas, por el conflicto actual. Importante es la seguridad jurídica, pero mucho más lo es la seguridad total, aquella seguridad puesta en peligro por la guerra, la violación de los derechos humanos, el terrorismo y el deterioro de la economía, que hace prácticamente imposible cumplir con gran parte de los preceptos constitucionales. En ese sentido, ... no se debe instrumentalizar la Constitución para impedir la negociación. La Constitución en ningún caso debe ser un impedimento para promover el bien común y la paz con justicia, porque, en definitiva, la Constitución está hecha para el pueblo salvadoreño y no el pueblo salvadoreño para la Constitución. En este sentido es exigible, primero, que nadie por su cuenta, **ni siquiera la Fuerza Armada, se considere árbitro de lo que es anticonstitucional o simplemente inconstitucional o aconstitucional**; segundo, que los partidos políticos y los Organos del estado hagan el máximo esfuerzo por hacer realidad el espíritu de la Constitución, sin hacer de ella un absoluto idolátrico o una camisa de fuerza literalista y legalista; y, tercero, que, **si es necesario, se**

**acuda a quien es el principal depositario de las determinaciones nacionales, el pueblo todo de El Salvador, para posibilitar caminos, no solo constitucionales, sino verdaderamente constituyentes en orden a conseguir la paz".<sup>10</sup>**

En forma implícita el pronunciamiento se refiere a que la decisión en definitiva la tomó la fuerza armada, por un lado y, por otro, a que la Constitución vigente era obra de una Constituyente sin soberanía. De allí el llamado a abrir caminos "no solo constitucionales, sino verdaderamente Constituyentes"!

En Consecuencia, en este caso ¿Prevaleció el derecho sobre el poder, o, por el contrario el poder sobre el derecho? !La respuesta es obvia! El Poder Militar instrumentalizó al derecho.

## VI. LA CONCLUSION: LA LUCHA POR EL DERECHO

Con los Acuerdos de Paz se cierra un largo capítulo de las relaciones entre Derecho y Poder en el país. Pero también se abrió la lucha porque el Derecho mande sobre el Poder; la reestructuración del Estado, y con ello la dinámica de la actuación de la sociedad, significa la posibilidad de fundar un real Estado de Derecho cuyo corolario será la Democracia.

Como es conocido, lo medular de los Acuerdos de Paz es la desmilitarización del Estado, del Poder y de la política y la Sociedad. De esa manera de lo que se trata es de empeñarse día a día en la transformación de ese poder decisivo que durante los últimos 60 años sobredeterminó a los demás poderes, bajo diversas modalidades, convirtiéndose

<sup>10</sup> Pronunciamiento del Consejo Superior de la Universidad Centroamericana "José Simeón Cañas" en favor de una Pronta Paz Negociada, enero-febrero 1989, p. 4-6. (Subrayados nuestros).



en ese "Supra-poder" que se apropió de la Soberanía del pueblo y convirtió a las instituciones en "rehenes" de su poder absoluto.

Por ello también es claro que ese Estado dominado por el Poder Militar no podía presentarse como un real Estado de Derecho sino como una caricatura de él. De allí que la Constituyente de 1983 lo que hizo fue trasladar un esquema de poder real a la fórmula constitucional, de los hechos al derecho; pero la sola existencia de un sistema de legalidad no autoriza a nadie a afirmar que estamos ante un Estado de Derecho, menos aún ante una Democracia real.

En la permanencia de esta situación era determinante la crisis de Hegemonía que atravesaban los poderes tradicionales y que mediante la Constituyente de 1983 trataban de remontar, constitucionalizando el poder militar. Al no lograr remontar la crisis creando las condiciones políticas para legitimizar ese "Bloque de Poder" rearticulado a partir de los acontecimientos de 1979-1983, se asiste a un largo período de "pudrimiento de la sociedad",\* en donde los factores de poder externos se internalizan, alargando la confrontación bélica buscando construir una correlación de fuerzas a nivel militar y político que creara condiciones de "marchitamiento" de la lucha insurgente.

El largo y tortuoso camino de cumplimiento de los Acuerdos de Paz en materia política—dejamos fuera los económico por razones obvias—, ha sido un proceso en donde poco a poco —dos pasos adelante, dos atrás—, se ha ido desarticulando y desmontando el mecanismo en el que se sustentaba el Poder Militar.

El factor castrense actuaba en gran medida a través del Presidencialismo, particularmente

\* Es un proceso de crisis orgánica que peligra desembocar en situaciones límite como la "Libanización" o "Balcanización"

mediante los Decretos de Estado de Sitio o Régimen de Excepción que estuvo en vigencia la mayor parte del Conflicto bélico. Esta dinámica tenía como objetivo el aislamiento entre las diversas instituciones del Estado, eludiendo el debate parlamentario por razones de "Seguridad Nacional". Ese aislamiento entre las distintas formas de representación en el Gobierno, debilitaron el mismo intento de legitimar el poder y de esa manera ir remontando la crisis de hegemonía.

Las reformas constitucionales, políticas, institucionales han ido cerrando la brecha existente desde siempre en nuestro país entre el poder y el derecho; hoy en forma incipiente y tímida asistimos a la inédita práctica de que poco a poco se logra que el derecho prevalezca sobre el poder. Este proceso aun en ciernes supone que se establezcan las bases Constituyentes del Poder Soberano, como lo exige el artículo 83 de la Constitución vigente. Su expresión formal radica en las modificaciones hechas a esta Constitución, pero su concreción es labor de las fuerzas políticas y sociales democráticas y/o pro-democráticas.

Sin embargo, la paradoja es que mientras se crean las condiciones para remontar el fraccionamiento institucional de los Organismos Representativos del Estado, en la Sociedad Civil se experimenta un proceso contrario. Nos referimos a que el grado de desorganización, descomposición y desintegración de la sociedad, secuela de la guerra y profundizaba por la corrupción, la delincuencia organizada, el narcotráfico, etc., se expresa en un fenómeno de ANOMÍA SOCIAL.<sup>11</sup>

<sup>11</sup> "La anomia es una situación más o menos generalizada y transitoria que aparece especialmente en épocas de decadencia, crisis o transición, en la cual las formas de conciencia social viejas no encuentran reacomodo en la nueva situación." Roger Bartra. Diccionario de Sociología, p. 15

Ante tal situación el Estado se muestra ineficaz en imponer el orden, el control, la justicia y la seguridad; y esto se refiere no solamente a sectores o grupos determinables, sino a toda la sociedad. En esta situación de Anomia social uno de los fenómenos más graves es el resurgimiento de la "justicia privada", como la formación o reactivación de "escuadrones" y grupos de "limpieza" urbana y rural de la delincuencia, pero cuya acción rebasa ese radio hasta llegar a la eliminación por motivaciones políticas.

Ahora bien, la transitoriedad de dicho fenómeno puede ser prolongada dependiendo de la capacidad de las fuerzas políticas pro-democráticas para lograr una correlación de poder que coincida con la recuperación de la Soberanía para el pueblo, y que ésta se refleje en la Constitución vigente. Ello significa un desplazamiento definitivo de los viejos factores de poder que pueden reconstituirse y rearticularse a partir de ese fenómeno de disgregación y aislamiento de las nuevas fuerzas sociales y políticas y la ocupación de la nueva institucionalidad por una nueva hegemonía, basada en fuerzas del pasado.

Solamente una correlación de poder que recupere la soberanía popular e incline el fiel de la balanza hacia una Democracia, no solo Representativa sino también Participativa, no solo en lo político, sino en lo social y económico lograría que Democracia y Derecho coincidan. La Democracia Integral es la única que puede recuperar el Derecho, sin humillarse a pactar en condiciones de subordinación con las viejas fuerzas de poder económico del país; se trata de no dejar abandonados los intereses de las mayorías por conseguir en transacciones "pragmáticas" unas migajas de poder.

A las fuerzas políticas que transan en esa forma les fallan las cuentas y los cálculos políticos, porque negocian con algo que no les pertenece, que es el derecho de los pue-

blos a ser soberanos. Como lo afirmaba hace más de cien años Fernando Lassalle, "Solo en la Democracia (integral agregamos nosotros) reside el derecho, en toda su plenitud, y en ella residirá también pronto, en toda su integridad, el poder".<sup>12</sup> De lo contrario se impondrá de nuevo el autoritarismo, con careta o sin careta, con disfraz o sin disfraz.

## BIBLIOGRAFIA

- Acevedo, Carlos. La Propuesta de la Paz más Viable del FMLN. Revista Estudios Centroamericanos -ECA-Universidad Centroamericana, No. 483-84, San Salvador, enero-febrero 1989, pp. 74-75.
- Baloyra, Enrique. El Salvador en Transición. San Salvador, UCA editores, 1987, capítulo VIII.
- Bartra, Roger. Breve Diccionario de Sociología, S.E., S.A., S.L. Ver Voz: ANOMIA, pp. 14-15.
- Constitución de la República de El Salvador, 1983 (Sin Reformas) San Salvador, Asamblea Legislativa, Cap. II, Organismo Ejecutivo, Cap. VIII, Fuerza Armada; Títulos III, El Estado, Su Forma de Gobierno y El Sistema Político.
- Constitución de la República de El Salvador, 1983- Reformada-1993 10 años de la Constitución de El Salvador. Tomo III. Organismo Judicial Ver: Títulos y Capítulos reformados. Ver: PRESENTACION, pp. V-XI y el Informe de la Comisión de Estudio del Proyecto de Constitución.
- CENITEC. Capacidad de la Constitución de 1983. Para Enfrentar los Desafíos del Futuro. Seminarios No. 21, San Salvador, oct. de 1992.
- CENITEC. Reformas Constitucionales del Organismo Judicial. Seminarios Contiene ponencias: Roberto Oliva, José María Méndez y Mario A. Solano. S.F. 59 pp.
- Díaz, Elías. Estado de Derecho y Sociedad Democrática. Madrid, edit. Taurus, 1991, cap. I y IV.

<sup>12</sup> ¿Qué es una Constitución? p. 169.

- Duverger, Mauricio. *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*. Barcelona, edit. Ariel, 1980, Ver: 1a. parte, 2a. parte y 6a. parte.
- Gómez, Rodolfo Antonio. *El Estado, la Constitución y los Derechos Sociales, Económicos y Culturales*. Revista ECA-UCA- San Salvador, No. 423-24, enero-febrero 1984.
- Gorlitz, Axel (Coordinador). *Diccionario de Ciencia Política*. Madrid, 1980, Alianza edit. Ver: *Derecho y Política y Constitución*.
- Gutiérrez, Dagoberto. *La Persona, La Fé y la Revolución*. San Salvador, dic. 1993, edic. Ven y Sigüeme -ACJ-CJE-, pp.53 y sigts.
- Heller, Herman. *Teoría del Estado*. México, Fondo de Cultura Económica, 1987, pp. 256-298.
- Hinkelammert, Franz. *Democracia y Totalitarismo*. Costa Rica, DEI, 1987, Parte II, Cap. VI.
- IDESES/CRIES. *Proceso de Paz en El Salvador. La Solución Política Negociada*. Managua - San Salvador, 1992, Parte IV.
- Lassalle, Fernando. *¿Qué es una Constitución?* Buenos Aires, Edic. Siglo Veinte, 1964. pp. 174
- Lechner, Norbert. *Los Patios Interiores de la Democracia. Subjetividad y Política*. FLACSO, Chile, nov. 1988, Ver: *De la Revolución a la Democracia y El Realismo Político Una Cuestión de Tiempo*. pp 23-43 y 69-92.
- Montenegro, Walter. *Introducción a Las Doctrinas Político-económicas*, Fondo de Cultura Económica, 1984, pp 61-87.
- Rouquie, Alain. *América Latina. Introducción al Extremo Occidente*. México, 1989, Siglo XXI, pp.109-128.
- Torres Rivas, Edelberto. *El Sistema Político y La Transición a La Democracia en Centroamérica*. FLACSO, Costa Rica, abril 1990, Cuaderno de CCSS #30, pp. 7-33.
- Torres Rivas, Edelberto. (Compilador). *Política. Teoría y Métodos*. EDUCA-FLACSO, Costa Rica, 1990. Ver: Norberto Bobbio, *La Sociedad Civil*, pp. 177-195.
- Universidad Centroamericana. *Pronunciamiento del Consejo Superior de la UCA. "José Simeón Cañas"*, En favor de una Pronta Paz Negociada. Revista ECA, S.S. enero-febrero 1989, No. 483-84, pp. 3-9.

## *Protección penal del medio ambiente*

Miguel Alberto Trejo\*

### I. PLANTEAMIENTO Y LIMITES DE LA EXPOSICION

#### A) Planteamiento

Sin duda ninguna, los grandes movimientos de reforma o transformaciones sociales, se ha dicho con atinada razón, pasan por tres fases casi inevitables:

La primera, conocida como la fase de la ridiculación o fase escéptica, en la que se atacan radicalmente las nuevas ideas, en la mayoría de las veces por ignorancia.

Una segunda fase es la de conciencización y debate entre quienes propugnan por que se acepte el movimiento reformador y quienes no lo aceptan, en este nivel se obtiene altura científica y académica. Y, finalmente, una

tercera fase que es la de aceptación y desarrollo del movimiento de reforma.

Ahora bien, el fenómeno del movimiento ecológico,<sup>1</sup> según se puede apreciar, no ha estado ajeno a ese proceso, es decir, ha recorrido esas tres fases, tanto en su origen

---

<sup>1</sup> Se ha dicho que el término ecología fue inventado por el biólogo alemán Ernst K. Haeckel (1834-1919), quien en 1869 introduce ese concepto para denotar las relaciones entre un organismo con su medio ambiente. El término procede de la voz griega: oikos=casa; logos=estudio, análisis. Así, ROMERO PEREZ, Jorge Enrique: "Medio Ambiente y Derecho", en Revista Occidental, (Estudios Latinoamericanos), Instituto de Investigación Culturales Latinoamericanas (IICLA), México, 1990, p. 56. Hay un grupo de autores que consideran inapropiada la utilización de la expresión "Delito Ecológico", en cuanto que es el ambiente natural y no la ecología el bien jurídico que se debe proteger en tales ilícitos. En ese orden de ideas afirman que la ciencia ecológica se ocupa en descubrir y analizar las leyes que rigen las relaciones de los seres vivos entre sí y con su medio abiótico, por lo que su campo de estudio es demasiado amplio, generando ese término un problema en Derecho penal al pretender

---

\* El autor ha realizado estudios de post-gradó en la especialidad de Ciencias Penales y en Derecho Penal Económico en las Universidades de Costa Rica y de Salamanca, España, respectivamente. Actualmente es magistrado de Cámara del Menor.

universal como en nuestro país. Pero, por sobre todo, en lo que nos atañe puede considerarse que el movimiento ecologista o de protección al medio ambiente es relativamente nuevo,<sup>2</sup> esto no puede ser de otra manera en tanto que en los países desarrollados su verdadero empuje se presenta en la década de los años '70.<sup>3</sup>

Lo importante de este movimiento en nuestro medio es que ha originado la creación

---

delimitar el bien jurídico. Así, RODAS MONSALVE, Julio César: "Delitos contra el Ambiente: algunos problemas para su adecuada tipificación y aplicación", en Revista Nuevo Foro Penal, Año X, No. 53, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1991, p. 317. Por otra parte se ha dicho que la ecología es una disciplina autónoma que puede ser definida como "el estudio de las relaciones existentes entre un conjunto de seres vivos y el medio ambiente en el cual se desenvuelven" De esa manera, DOTTI, René Ariel: "Protección Penal del Medio Ambiente", en Revista Guatemalteca de Ciencias Penales Justicia Penal y Sociedad, Año II, No. 3-4, Noviembre de 1993, p. 10. Más propiamente se puede decir que es la ciencia que trata acerca de las relaciones de los seres vivos entre sí y con su medio natural.

<sup>2</sup> Si se toma en consideración el contexto histórico universal podríamos afirmar que la preocupación de la sociedad por su entorno (medio ambiente) es muy antigua, aunque sólo en épocas recientes se están elaborando estudios científicos de toda índole cuyo objeto específico es el medio ambiente. Tan certera es tal afirmación que en su origen la preocupación por el medio ambiente ha estado vinculada a las medidas preventivas que en su origen la preocupación por el medio ambiente ha estado vinculada a las medidas preventivas de la enfermedad.

Con más detalle sobre este punto LOPERENA ROTA, Demetrio Ignacio: "La Protección de la Salud y el Medio Ambiente adecuado para el Desarrollo de la Persona en la Constitución", en Estudios sobre la Constitución Española, Tomo II, Editorial Civitas, Madrid, p. 1455.

<sup>3</sup> Ha sido criticada enérgicamente la inercia desarrollista desbocada por los países industrializados, todavía y sobre todo, en países del Tercer Mundo por ser fuente generadora de desastres ecológicos irreparables que ponen en serio riesgo la vida humana. Así, LOPERENA ROTA, Demetrio Ignacio: "La Protección...". Op. Cit., p. 1455.

de varios organismos no gubernamentales, además de las instituciones del gobierno,<sup>4</sup> que están haciendo esfuerzos por contener la destrucción de los diversos elementos que integran el medio ambiente, al punto tal que, hoy en día es aceptada sin discusión ninguna la necesidad y posibilidad de proteger el medio ambiente.

Entonces, si partimos de ese sentimiento de consenso, podemos decir que sólo asumiendo que en nuestro país la persona humana ha dejado de ser importante, se puede tolerar que el fenómeno antiecológico se mantenga impunemente. Por ejemplo, la incontrolable producción de monóxido de carbono con combustión automovilística, la proliferación de residuos domésticos e industriales, la falta de procesamiento de las toneladas de basura, la urbanización descontrolada y la deforestación, son sólo algunos de los problemas ecológicos que ponen en peligro la especie humana.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> Para conocer las principales instituciones del gobierno y organizaciones no gubernamentales existentes en nuestro país, véase: "Medio Ambiente y Derechos Humanos", (Seminario Taller), Procuraduría Adjunta para la Defensa de los Derechos Humanos del Medio Ambiente, San Salvador, 1992, p. 41. En otros países como en Italia, por ejemplo, la importancia en dar un reconocimiento específico a la protección del ambiente como derecho fundamental de la persona e interés fundamental de la colectividad ha generado la creación del Ministerio del Ambiente (8 de julio de 1986), al cual se le han asignado tres funciones principales: prevención de la contaminación y saneamiento ambiental, inicio del procedimiento de impacto ambiental, y conservación de la naturaleza. Así, POSTIGLIONE, Amedeo: "La Legislación Ambiental en Italia", en Seminario Parlamentario (Leyes para el Ambiente), Fundación Manliba, Buenos Aires, 1988, p. 99.

<sup>5</sup> El hombre ha sido considerado en algunas etapas del desarrollo de la humanidad como el centro esencial de la naturaleza. Esta idea, en alguna medida, es acogida por nuestra Constitución la que en su artículo uno recepta esa orientación antropocéntrica o individualista cuando en los pertinentes dice: "El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado...".

A pesar de todo puede decirse que el grado de deterioro de nuestro medio ambiente aún no ha llegado a su verdadero apogeo; sin embargo, no es arriesgado vaticinar que de no mediar un giro sustancial en la política estatal,<sup>6</sup> el problema alcanzará en pocos años graves situaciones de supervivencia humana.

Pese a que los medios de comunicación social han logrado, en un tiempo relativamente breve, erigir conciencia ciudadana al llevar la noticia de los hechos denunciados por los grupos ecologistas, o bien por denunciar ellos mismos aquellas actividades que provocan menoscabo o deterioro de tan importante bien colectivo.<sup>7</sup>

A la anterior e inevitable realidad que vivimos hay que sumar la ineficaz protección del medio ambiente a través de su regulación administrativa, situación que ha generado que se recurra para su adecuada protección al ámbito penal. En este sentido, la novedad de las nuevas incriminaciones sobre la protección penal del medio ambiente abren un complejo abanico de problemas sobre la regulación de los tipos penales.<sup>8</sup>

## B) Límites de la Exposición

Precisamente a esa problemática, de la dogmática penal y a su posible alternativa de solución político-criminal, quiero referirme, pero circunscribiendo o limitando mi exposición a cuatro puntos que he considerado esenciales son:

---

mediante una adecuada regulación del desarrollo urbanístico. También, ha sido denunciado públicamente que muchas de las áreas boscosas de nuestro medio se encuentran en crisis por la despiadada poda de árboles; poda que se ha venido acentuando también en los lugares denominados "bosques salados", mencionamos dos casos concretos: primero, el ocurrido en el área boscosa de la Cooperativa Agropecuaria "Escuintla", en Zacatecoluca, Departamento de la Paz, la que ha sido talada para confeccionar embarcaciones. Se teme que ello produzca un desequilibrio ecológico irreparable pues se la considera como refugio de animales silvestres (noticia extraída de la prensa diaria titulada "Preocupa Daño Ecológico en Area Boscosa de Cooperativa", en el Diario de Hoy, 29 de Mayo de 1994, p. 4); a ello hay que sumar las frecuentes denuncias periodísticas sobre la destrucción de los manglares que son presa de tala en forma incontrolable, hechos que conlleva la destrucción de muchas especies marinas. Segundo, el inminente peligro, que representó, la contaminación de los mantos acuíferos bajo el botadero de basura "El Playón", en tanto que de ellos se provee del precioso líquido a más de un centenar de colonias de San Salvador; sin embargo, las toneladas de basura que se retiraron de ese lugar han sido trasladadas al basurero de Nejapa, en donde también, se ha dicho, existen mantos acuíferos subterráneos (Noticia extraída de la prensa diaria titulada "El Playón rescate contra reloj...", Reportaje a Fondo, en el Diario de Hoy, 27 de mayo de 1994, pgs. 4 y 5.

<sup>8</sup> El Derecho del Medio Ambiente representa uno de los aspectos en los que el moderno Derecho Penal manifiesta tendencia criminalizadoras. Véase en tal sentido a BACIGALUPO, Enrique: "La Instrumentación Técnico-legislativa de la Protección Penal del Medio Ambiente", en Estudios penales y Criminológicos, Volumen V, Universidad Santiago de Compostela, 1982, p. 193. Del mismo autor "Estudios sobre la Parte Especial del Derecho Penal", Akal/lure, Madrid, 1991, p. 198.

---

<sup>6</sup> La política-criminal, como parte integrante de la política estatal, que le corresponde al Estado concretamente en la protección penal del medio ambiente constituye, sin duda ninguna, una necesidad social. Ahora bien, la misma debe orientarse en un esfuerzo serio y concienzudo que verdaderamente organice o planifique la protección, conservación y mejoramiento de los recursos naturales y, en general, del medio ambiente. Esto, naturalmente, exige un conocimiento detallado, en calidad y cantidad de los problemas ambientales de hoy y, desde luego, de su tendencia para el futuro.

<sup>7</sup> La impotencia del ser humano para controlar su propia capacidad destructiva, se evidencia en casos concretos, por ejemplo, en nuestro país muchos son los hechos acaecidos que pueden considerarse sobresalientes en este punto, tales como: la tristemente recordada tragedia de "Montebello", en la que cientos de personas fallecieron o fueron víctimas de lesiones en su integridad corporal o de daños en sus bienes patrimoniales a causa de un aluvión que pudo evitarse

- a) El problema de la ubicuidad normativa en la protección del medio ambiente.
- b) El problema de la delimitación del bien jurídico que se pretende proteger.
- c) El problema de la configuración de los tipos penales; y, finalmente.
- d) El problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Aclaro de antemano, que estos cuatro problemas no agotan en sí toda la problemática que estos tipos penales generan en el ámbito penal; asimismo, que las soluciones que se ofrecen, en el desarrollo de este trabajo, acaso merezcan mayor reflexión, en consecuencia, pueden ser cuestionadas, hecho que nos expone a la crítica y al debate. Pese a ello, lo importante, en mi opinión, es formular algunos presupuestos básicos para orientar lo que podría considerarse en nuestro medio como una "Introducción elemental a la problemática de los delitos ecológicos". La que si fuese considerada útil constituirá el punto de partida para que personas más versadas en cuestiones ecológicas y en Derecho ambiental, tengan esos cuatro puntos de referencia sobre el tratamiento de estos hechos punibles en la dogmática penal.

## II. ¿DONDE DEBE LEGISLARSE EL ASPECTO PENAL DEL MEDIO AMBIENTE?

Uno de los difíciles problemas que enfrenta la protección penal del medio ambiente se relaciona con la ubicación material de las normas incriminadoras ¿Cuál debe ser el lugar más adecuado? ¿La Parte Especial del Código Penal? ¿Las Leyes Especiales?

Con estos interrogantes se abre paso al punto crucial del lugar en que deben estar ubicadas las normas protectoras del medio ambiente. La polémica en torno a este aspecto se mantiene latente en la doctrina, situación

que ha generado una variedad de soluciones político-criminales que han tenido buen suceso al ser receptadas en el Derecho comparado, tal como lo veremos.

### A) Posturas Doctrinarias

Sobre este complicado punto podemos citar tres posiciones que se mantienen vigentes en las doctrinas y en la legislación comparada, tales son: que la protección penal del medio ambiente se plasme toda en el Código Penal o, por el contrario, en una ley penal del medio ambiente que englobe aspectos penales y administrativos, o finalmente estar parte en el Código Penal y parte en leyes especiales dispersas.<sup>9</sup> Veamos lo que se ha expuesto de cada una de ellas.

#### I. Legislar en el Código Penal

Una vía de solución que se ofrece ante la dispersión de Leyes Especiales que contienen hechos incriminadores protectores del medio ambiente es la de incluir todo el Derecho Penal del Medio ambiente en un solo cuerpo normativo: el Código Penal.<sup>10</sup> En esta línea de ideas hay autores que consideran que la norma penal, no obstante la incriminación, es el máximo instrumento de control social, debe conservar su papel subsidiario. Esto es, que de acuerdo con su naturaleza de última

<sup>9</sup> Así, el planteamiento formulado por BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio: "El Medio Ambiente como Bien Jurídico Tutelado", en *Delito Ecológico*, Editorial Trotta, Valladolid, 1992, p. 48.

<sup>10</sup> Esta es la postura que considera correcta BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio: "El Medio...", *Op. Cit.*, p. 49 "...el tratamiento penal unitario es la opción técnica que mejor responde a una consideración global y programática de la tutela ambiental..." Así, TERRADILLOS BASOCO, Juan: "El Ilícito Ecológico: Sanción Penal-Sanción Administrativa", en *Delito Ecológico*, Editorial Trotta, Valladolid, 1992, p. 82.

ratio, se reserve la sanción penal para aquellos atentados más graves contra el bien jurídico.

### A) Ventajas

Varios argumentos parecen abonar esta postura de la doctrina,<sup>11</sup> por ejemplo:

- a) La necesaria coordinación de todo el Derecho penal, vinculada a los orígenes del movimiento codificador;
- b) A la anterior razón se le debe unir la importancia realmente secundaria que se le asigna a la legislación especial en materia penal; y
- c) Su poco estudio y su poca presencia en la formación de los alumnos en las aulas universitarias.

### B) Desventajas

Se presenta como inconveniente, de esta posición, la saturación en el Código Penal de ilícitos contra el medio ambiente, contrariándose de esa manera el principio moderno del Derecho Penal de mínima intervención y el mismo de última ratio.

## 2. Legislar en Leyes Especiales

Esta posición se aboca por contemplar las disposiciones protectoras del medio ambiente en una ley especial, es decir, una ley penal que regule la materia propia del medio ambiente.

### A) Ventajas

Una de las grandes ventajas que se le atribuye a esta posición es la de que permite

englobar aspectos penales y administrativos en un solo cuerpo punitivo sobre esta materia.

### B) Desventajas

Un inconveniente, de esta solución, estriba en la facilidad con la que se redactan los proyectos de las leyes especiales y, por tanto, a la simplificación del proceso legislativo, en comparación con el trabajo de reforma total o parcial que se exige para los Códigos.

## 3. La Posición Mixta o Ecléctica

En esta posición se sustenta, por un lado, la inclusión de los supuestos de hecho más graves en el Código Penal, procurando que tales supuestos no estén regulados directamente en otras leyes. De otro lado, se sostiene que se deben incorporar disposiciones punitivas en leyes administrativas para sancionar las contravenciones o hechos de mínima significancia.

### B) Nuestra Situación Jurídica

El sistema legal salvadoreña, tomando como base preceptos constitucionales, aglutina una variedad de textos —penal y administrativos— protectores del medio ambiente, los que aun cuando son abundantes no satisfacen a cabalidad una adecuada protección. Veamos como se encuentran regulados.

#### I. La Constitución de la República<sup>12</sup>

La protección del medio ambiente en nuestro ordenamiento jurídico tiene

<sup>11</sup> Sobre este punto seguimos a BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio: "El Medio...", Op. Cit., p. 49.

<sup>12</sup> Las constituciones más recientes, dentro del contexto de las naciones, según Pércz Luño A. E, citado por Loperena Rota, han asumido la problemática



fundamento constitucional concretamente en los artículos 69 y 117.<sup>13</sup> En efecto la protección se regula con gran precisión en dos lugares de la norma básica, siendo estos: en primer lugar, en el Título II “De los derechos y garantías fundamentales de la Persona”, Capítulo II “Derechos Sociales”, Sección Cuarta “Salud Pública y Asistencia Social”,<sup>14</sup> normándose lo concerniente al control que debe ejercer el Estado sobre aquellas “...condiciones ambientalistas que puedan afectar la salud y el bienestar” de las personas (Art. 69, Inc. 2o.) y, en segundo lugar, en el Título IV “Orden económico”,<sup>15</sup> en donde la Carta Magna “...declara de interés social la protección, restauración, desarrollo y aprovechamiento de los recursos naturales”

---

ambiental en el sentido de disponer en normas de la Carta Magna de una manera expresa su interés de protección al medio ambiente. Así, constituciones como la italiana (1947), la búlgara (1971), la alemana (1974), la griega (1975), la polaca (1976), la portuguesa (1976). Para un mayor detalle incluso de cita de normas constitucionales véase a LOPERENA ROTA, Demetrio Ignacio: “La Protección...”, Op. Cit. p. 1466. En esa misma dirección cabe incluir constituciones como la española (1978). Otras constituciones no han incorporado ninguna disposición especial y sólo se refieren al tema en forma parcial e indirecta, por ejemplo, la Constitución de Argentina. Así, BAIGUN, David: “Política Criminal y Tutela del Medio Ambiente en la República Argentina”, en *Doctrina Penal*, Año 1, Nos. 1 a 4, Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 9.

<sup>13</sup> Como ha quedado plasmada la protección que se hace del medio ambiente en el panorama constitucional extranjero, especialmente el europeo esta tendencia ha influido mucho en América, por lo que bien puede afirmarse que hoy día muchos países contienen normas que protegen el medio ambiente con rango constitucional.

<sup>14</sup> Como puede apreciarse, se habla de derecho subjetivo a la protección de la salud y de salud pública como sistema prestacional y resultado de la actividad administrativa. La expresión salud pública atañe tanto a las medidas preventivas como a las asistenciales. LOPERENA ROTA, Demetrio Ignacio: “La protección...”, Op. Cit., p. 1464.

(Art. 117 Inc. 1o.), además, en la misma disposición se determina de una manera muy clara que: “La protección, conservación y mejoramiento de los recursos y del medio ambiente serán objeto de leyes especiales.” (Art. 117 Inc. 2o.).<sup>16</sup>

Obsérvese que el tema en torno al cual giran estos preceptos constitucionales, cuyas directrices son de política social-económica, lo constituyen inequívocamente los términos “recursos naturales” o, simplemente, el “medio”.

De estas disposiciones podemos considerar tres importantes perspectivas: la primera, referida a los sujetos a quienes se destina la norma; por lo que tomando los

---

<sup>15</sup> “La Existencia de los problemas ambientales desde su causa hasta su efecto y la solución de los mismos, ciertamente involucra aspectos económicos” Así, ARIAS TORO, Javier: “Perspectiva Penal y Metapenal de los Delitos Ecológicos”, en *Derecho Penal y Criminología* revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia, Volumen XI, No. 38. Bogotá, 1989, p. 87. Puede interpretarse que la visión constitucional considera que la víctima más afectada sea la economía nacional con la violación de normas ambientales. Piénsese, por ejemplo, que al incorporar la protección y conservación de los recursos naturales y el medio ambiente bajo el Título “Orden Económico”, el constituyente orientó la tutela de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios, asumiendo que los recursos naturales pertenecían a un ciclo armónico de extracción, producción y circulación, comercialización y retorno.

<sup>16</sup> De las normas constitucionales citadas deriva la necesidad de protección penal o administrativa del medio ambiente, de ellas es que se origina también, por otra parte, cualquier argumento o razonamiento político-criminal en favor de tal protección. En otras palabras, la Carta Magna busca señalar al legislador ordinario la necesidad de desarrollar una normativa propia, vale decir, especial que asegure su vigencia efectiva. En otros países como Colombia, por ejemplo, existe una Ley General sobre la Protección del Ambiente, denominada “Código de Recursos Naturales”.

parámetros de la normativa constitucional, se la puede considerar como el derecho social a disfrutar de las condiciones ambientales adecuadas para la salud —pese a que la salud es un derecho individual— y el desarrollo de la persona. Segunda, desde la perspectiva estatal como la obligación de velar por la protección, conservación y mejoramiento del medio ambiente, creando las normas adecuadas con el fin de garantizar la calidad de vida de las personas, en otras palabras, su protección puede considerarse que tiene naturaleza de servicio público.<sup>17</sup> Y, la tercera, tomando en cuenta su vulneración el poder-deber estatal de ejercer el *ius puniendi*, es decir, sancionar penal o administrativamente a quien infrinja las normas que proteja el medio ambiente.<sup>18</sup>

Por tanto para nuestra Carta Magna es obligación del Estado no sólo controlar las condiciones ambientales que puedan afectar la salud y el bienestar de las personas, sino que también, establecer las correspondientes leyes para la protección, conservación y mejoramiento de los “recursos naturales” y del “medio”.

Ahora bien, a pesar de que constitucionalmente se habla de leyes especiales para proteger los recursos naturales y el medio ambiente, ello en principio podría llevarnos a considerar que excluye la posibilidad de elaborar tipos penales en el Código Penal, lo cual sería un criterio erróneo, en tanto y en cuanto en el Código Penal se prohíjen comportamientos cuya finalidad es la protección de bienes que ético-socialmente

son tan importantes como para amenazar su infracción con tanta severidad como lo es la sanción penal.

## 2. El Código Penal

Una rápida visión del Código Penal, nos conduce a afirmar que no existe un tipo penal como delito ecológico o ambiental como figura concreta. Por tanto, las referencias las hay pero a tipos penales que, sólo en forma indirecta, protegen el medio ambiente por la conjunción de otros bienes jurídicos como la vida, la salud, el patrimonio, etc. Así, por ejemplo, encontramos en el Código Penal tres formas de tipificación de estos hechos:<sup>19</sup>

- a) Conductas que pueden ocasionar corrupción o contaminación del ambiente.<sup>20</sup>
- b) Actos contaminadores del medio ambiente.<sup>21</sup>

<sup>19</sup> Esta clasificación que nos parece muy acertada ha sido señalada en ese mismo sentido por RODRIGUEZ RAMOS, Luis: “Presente y Futuro de la Protección Penal del Medio Ambiente en España”, en Estudios Penales y Criminológicos, Volumen V, Universidad de Santiago de Compostela, 1982, pgs. 284 y 285. Del mismo autor “Protección Penal del Ambiente”, en Revista de Derecho Privado (Comentarios a la legislación penal), Tomo I. EDESA, Madrid, 1982, p. 269.

<sup>20</sup> Así, el Art. 299 Pn., que regula la “Corrupción o Contaminación del Ambiente” a la letra dice: “El que infringiese las medidas adoptadas por las autoridades competentes destinadas a impedir la contaminación del ambiente que pueda dañar la vida o la salud de las personas, será sancionado con diez a sesenta días-multa”.

<sup>21</sup> Tal como la “Corrupción o Envenenamiento de Aguas y de Otras Sustancias” prescrito en el Art. 295 Pn., que dice: “El que envenenarse, contaminare, adulterare o corrompiese, de modo peligroso para la salud, aguas sustancias alimenticias o medicinales y de otra naturaleza, destinadas al uso público, será sancionado con prisión de uno a seis años”.

<sup>17</sup> En ese sentido LOPERENA ROTA, Demetrio Agnacio: “La Protección...”, Op. Cit., p. 1465.

<sup>18</sup> Para lograr político-criminalmente esta última perspectiva el Estado cuenta con varios instrumentos jurídicos que tratan de darle aplicabilidad a lo preceptuando por la Constitución, entre ellos podemos citar: el Código Penal, la Leyes Especiales.

c) Acciones que consagran delitos calificados por el resultado.<sup>22</sup>

### 3. Las Leyes Especiales

La protección penal del medio ambiente, generalmente indirecta, también se encuentra en algunas Leyes Especiales.<sup>23</sup> En este tipo de normas especiales se suele adicionar preceptos punitivos, el complejo problema que se enfrenta en la toma de esta decisión es la existencia diversa de normas sectoriales que protegen el medio ambiente.

Esta alternativa es reclamada desde las instancias administrativas de protección ambiental. Sin embargo, tiene el inconveniente de disminuir tanto su eficacia como, también, de garantías.<sup>24</sup> Además, por otra parte, se provoca una descoordinación de competencia con graves lagunas en cuanto a su aplicación, redundancias o tratamiento desigual para hechos análogos.<sup>25</sup>

Finalmente, la experiencia enseña que las leyes especiales se convierten en un "derecho

menor", que en consecuencia no produce jurisprudencia, ni doctrina, como tampoco es objeto de estudio en las universidades.

### 4. El Anteproyecto de Código Penal

La carencia de normas penales que protejan en forma directa y específicamente el medio ambiente y los preceptos constitucionales que exigen esa protección, ha llevado a los miembros de la Comisión Redactora del Anteproyecto de Código Penal de 1994 a introducir varios tipos penales<sup>26</sup> en el Capítulo "De los delitos relativos a la naturaleza y el medio ambiente", del Título X "Delitos relativos a la ordenación del territorio, la protección de los recursos naturales y el medio ambiente".

Con ello se ha estimado que se le da cumplimiento al mandato constitucional, protegiéndose el medio ambiente por medio de las siguientes figuras: "Contaminación

<sup>22</sup> Tal es el caso de los artículos 306-307 Inc. 1º. Pn. que por su orden dicen: "Delitos Dolosos con Resultado de Muerte". "En los delitos contra la salud pública, si del hecho resultare la muerte de una o más personas, se aplicará al autor prisión de diez a veinticinco años" y "Delitos Culposos contra la Salud Pública" "Al que por culpa cometiere un delito contra la salud pública, se le impondrá una pena comprendida entre la mitad del mínimo y la mitad máximo de la sanción señalada a los delitos dolosos correspondientes; pero si resultare la muerte de una o más personas, la sanción podrá aumentarse el máximo de la sanción señalada al delito doloso". Se debe prescindir, a mi juicio, de los delitos calificados por el resultado, pues si además de atentar contra el medio ambiente se lesionan bienes jurídicos como la propiedad, la integridad personal o la vida humana, debe castigarse los injustos mediante los mecanismos concursales. Para otros autores es técnicamente válida la consagración de figuras agravadas para evitar la presencia de un concurso de normas penales. Véase en ese sentido a RODAS MONSALVE, Julio César: "Delitos...", Op. Cit., p. 321.

<sup>23</sup> Sobre la diversidad de la legislación especial vigente relativa al medio ambiente véase a GONZALO CAÑAS, Carlos: "Algunas Observaciones sobre el Derecho a un Medio Ambiente Sano", en Medio Ambiente y Derechos Humanos (Seminario Taller), Procuraduría Adjunta para la Defensa de los Derechos del Medio Ambiente, San Salvador, 1992, p. 31.

<sup>24</sup> La consideración del contenido material de las sanciones, tanto penales como administrativas, ha llevado a la doctrina a preconizar que la actividad sancionadora de la Administración se vaya acercando tendencialmente al sistema de garantías propio del Derecho Penal. Así, TERRADILLOS BASOCO, Juan: "El Ilícito...", Op. Cit., p. 84.

<sup>25</sup> De esa forma CONDE-PUMPIDO TOURON, Cándido: "Introducción al Delito Ecológico", en El Delito Ecológico, Editorial Trotta, Valladolid, 1992, p. 19.

<sup>26</sup> En efecto, desde el Art. 258 al Art. 267 del Proyecto de Código Penal podemos encontrar una variedad de tipos penales que se refieren concretamente a la protección del medio ambiente. Anteproyecto de Código Penal (Texto para consulta nacional), Dirección General de Asistencia Técnico Jurídica, Ministerio de Justicia, San Salvador, 1994, pgs. 169 a 175.

ambiental" (Art. 258),<sup>27</sup> "Contaminación ambiental agravada" (Art. 259, "Contaminación ambiental culposa" (Art. 260), "Depredación de bosques" (Art. 261), "Depredación de flora protegida" (Art. 262), "Depredación de fauna" (Art. 265), "Depredación de fauna protegida" (Art. 266).

Como medida alterna por la que se obvia la pena al infractor de estas disposiciones, se ha establecido político-criminalmente, dos grandes opciones, una complemento de la pena y otra que releva de responsabilidad penal, estas son: el "Restablecimiento del equilibrio ecológico" (Art. 263), mediante medidas que debe dictar el Tribunal que conoce del caso para que el autor del hecho restaure en lo posible el daño ocasionado y la "Excusa absolutoria" (Art. 264), cuando voluntaria y oportunamente se repare el daño ocasionado sin necesidad de conminación judicial.

Ante los síntomas de agravamiento que presenta el problema del delito ecológico, conviene destacar que se ha regulado sobre la "Responsabilidad de funcionarios y empleados públicos" (Art. 267), con esta norma se pretende plasmar de manera específica la responsabilidad de los personeros estatales vinculados institucionalmente al medio ambiente; punto que parece muy acertado en tanto que la comisión de los delitos ecológicos sólo es posible si se atiende, en gran medida, a la reglamentación administrativa en su doble momento: en el de solicitar (los particulares) las oportunas autorizaciones administrativas y en obedecer

(los funcionarios o empleados estatales) los mandatos de la Administración Pública, por tanto, de acuerdo al segundo momento, el comportamiento omisivo, al tener conocimiento del hecho y no informarle, por parte de los servidores estatales constituye una conducta no esperada por la norma y como tal punible. Sin embargo, a guisa de ejemplo, citamos que esto no ocurre en algunos Códigos penales en Derecho comparado como es deseable, tales como, en España y en Colombia.

### C) Conclusión

En principio consideramos que no existen razones suficientes para excluir del Código Penal normas incriminadoras de tal importancia, en tanto y en cuanto protejan bienes jurídicos fundamentales.

En ese sentido, conviene adoptar la forma mixta, reservando para el Derecho Penal los atentados más graves al medio ambiente; esto, desde luego, sin perjuicio de una normativa de carácter general sobre la materia que regule los principios fundamentales que puedan existir en las dispersas leyes especiales, reservándose en éstas sólo infracciones contravencionales administrativas.

### III. ¿QUE ES LO QUE SE QUIERE PROTEGER? (EL PROBLEMA DEL BIEN JURIDICO)

El concepto del medio ambiente<sup>28</sup> no es equivoco a los efectos penales, por el

<sup>27</sup> Nótese que tanto el delito tipo como los tipos de delito a que se refiere la "Contaminación Ambiental", tienen como bien jurídico de referencia "...perjudicar gravemente las condiciones de vida o de salud de las personas...". Con lo cual se hace difícil al legislador prescindir de la concepción antropocéntrica.

<sup>28</sup> Señala Dotti: "La expresión "medio ambiente es utilizada de modo variable, puesto que admite diversas acepciones: como medio natural, como medio biológico, como medio del hombre, etc.". Dotti, René Ariel, "Protección...", Op. cit., p. 10.

contrario, hay definiciones amplias,<sup>29</sup> estrictas e intermedias. Por tanto, una correcta delimitación del bien jurídico que se pretende tutelar debe ser además de precisa inequívoca para que pueda ser adecuada la tutela penal.

En principio hay que decir que los recursos naturales tal como lo señala la Constitución constituyen un interés social.<sup>30</sup> Así, en torno a esa idea —el interés social— se presentan diferentes consideraciones doctrinarias que inciden en su protección. Las más importantes son las que resumimos a continuación.

### A) Concepción Antropológica

Esta concepción se manifiesta señalando al hombre como centro esencial de la naturaleza, es decir, el resto de seres vivientes de la misma tienen sólo una existencia funcional para las personas.<sup>31</sup>

Por tanto, el substrato de valoración de lo que se llama medio ambiente, no es este en sí mismo, sino que lo constituye la vida y la integridad corporal del hombre.<sup>32</sup> A partir de esa idea, se ha dicho, que en realidad lo que ocurre es que nos hallamos ante nuevas formas de agresión a los bienes jurídicos tradicionales

(la vida, la integridad corporal, el patrimonio, etc.) surgidas del complejo desarrollo tecnológico en las sociedades del “riesgo”.

### B) Concepción Ecocéntrica

Con esta concepción se sostiene que el medio ambiente lo constituye todo aquello que de una manera positiva o negativa puede influir sobre la existencia humana. Esta posición bastante atractiva destaca la necesidad de conservación de los medios ambientales individuales, plantas, animales o elementos naturales por su aguda puesta en peligro y por su creciente significación para la conciencia pública, porque implican campos de intereses supraindividuales que aunque configuran un todo pueden perfectamente delimitarse y desarrollarse como bienes jurídicos independientes. En efecto, protegiendo las bases naturales de la vida y la capacidad de autorreproducción de los ecosistemas se preserva no sólo la vida en general sino que realmente se anticipa la tutela de los intereses estrictamente humanos.

En el fondo se trata de una protección ambivalente.

Esta posición ha sido rechazada doctrinariamente por su amplitud al entrar en

---

<sup>29</sup> Para el caso existen definiciones tan amplias como la que hace Dottí, cuando dice que “el medio ambiente se define como un complejo de relaciones entre el mundo natural y los seres vivos, que influyen en la vida y el comportamiento de tales seres”. Dottí, René Ariel, “Protección...”, Op. cit., p. 9. Otra concepción amplia es la de Santamaría quien propone la siguiente definición de medio ambiente. “Sistema abierto, constituido por el conjunto de elementos, fenómenos y procesos naturales y sociales que bajo circunstancias particulares rodean a todos los seres vivos, incluido el hombre, entre los cuales existen relaciones de interdependencia (tampoco espacial, directa o indirecta que determinan su existencia y desarrollar”. Santamaría, Jorge Alcides. “¿Qué es el Medio Ambiente”, en Medio Ambiente y Derechos Humanos (Seminario Taller), Procuraduría Adjunta para la Defensa de los Derechos Humanos del Medio Ambiente, San Salvador, 1992. p. 15.

---

<sup>30</sup> Al considerarse el medio ambiente un interés social aparece como un bien jurídico de todos, o, en otras palabras, como un bien jurídico colectivo o macrosocial. Así, HORMAZABAL MALAREE, Hernán: “Delito Ecológico y Función Simbólica del Derecho Penal”, en Delito Ecológico, Editorial Tronka, Valladolid, 1992, p. 53.

<sup>31</sup> La mayor parte de los estudios jurídicos toma una concepción antropocéntrica, según lo advierte LOPERENA ROTA, Demetrio Ignacio: “La Protección...”, Op. Cit., p. 1457

<sup>32</sup> Así, Wolfgang Shöne: “La Protección del Hombre en el Mundo Moderno (Algunas consideraciones sobre el papel del Derecho Penal)”, citado por RODAS MONSALVE, Julio César: “Delitos...”, Op. Cit., p. 316.

fricción con los límites que se deben fijar al determinar el objeto de protección en la norma jurídica; evitándose, de esa manera, colisionar con el principio de legalidad penal, en razón de que un bien jurídico debe estar bien delimitado atendiendo a la función de garantía que se le asigna a cualquier tipo penal.

### C) Concepción Restringida (Medio Ambiente Natural)

Con esta concepción lo que se ha pretendido es hacer una sumatoria de elementos naturales básicos de la vida humana. Es decir, se toma como punto de partida la noción de ambiente "natural".<sup>33</sup>

Se comprende en ella el mantenimiento de las propiedades del suelo, el aire y el agua, así como de la fauna y la flora y las condiciones ambientales de desarrollo de estas especies, de tal manera que el sistema ecológico se mantenga con sus sistemas subordinados y no sufra alteraciones perjudiciales.<sup>34</sup> Posición que goza de consenso doctrinario, por cuanto no es tan restrictiva como tampoco amplia.

En lo que concierne al Derecho Penal lo importante de una concepción intermedia es que permite concretar los objetos de protección o tutela penal, es decir, determinar en forma precisa e inequívoca aquellos objetos sobre los que debe recaer la acción típica.

<sup>33</sup> El medio ambiente es un bien jurídico mismo, con entidad propia, lo cual exige una cuidadosa delimitación del ámbito de protección. En ese sentido CONDE-PUMPIDO TOURON, Cándido: "Introducción...", Op. Cit., p. 16.

<sup>34</sup> Esta es la formulación propuesta por Peris Riera, citado por CONDE-PUMPIDO TOURON, Cándido: "Introducción...", Op. Cit., p. 17. Siguen esa misma línea BACIGALUPO, Enrique: "La Instrumentación...", Op. Cit., p. 201. En igual sentido RODAS MONSALVE, Julio César: "Delitos...", Op. Cit., p. 318.

Otros autores,<sup>35</sup> siguiendo en líneas generales esta concepción intermedia, señalan tres componentes principales en torno a los que político criminalmente deben girar las incriminaciones, estos componentes son:

- a) El ambiente en cuanto conservación del paisaje, conformado tanto por las bellezas naturales como por la riqueza cultural y artística;
- b) El ambiente en cuanto protección de los elementos naturales contra el "enconamiento" o contaminación; y
- c) El ambiente en cuanto disciplina de ordenación del territorio y urbanística.

### D) Conclusión

Por lo que corresponde a nuestro Derecho el bien jurídico debe construirse con base en el mandato constitucional. En ese sentido debe tomarse la concepción de protegerlo como interés social tal cual lo pretendió el constituyente, en tanto y en cuanto en la norma respectiva se habla de: recursos naturales y del medio, la concepción constitucional se acerca a la de medio ambiente natural.

## IV. EL PROBLEMA DE LA CONFIGURACION DE LOS TIPOS PENALES

Grandes dificultades ha enfrentado la doctrina cuando se trata de criminalizar

<sup>35</sup> Giannini, citado por BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio: "El Medio...", Op. Cit., p.46. Igualmente RODAS MONSALVE, Julio César: "Delitos...", Op. Cit., p. 318. En esa misma línea de pensamiento podemos citar a DOTTI, René Ariel: "La Protección...", Op. Cit., p. 10.

conductas que protegen el medio ambiente,<sup>36</sup> en tanto que en la incriminación de los nuevos comportamientos se tiene que echar mano de concepciones dogmáticas que el Derecho Penal moderno ha insistido no utilizarlas por considerar que es posible que se contravenga el principio de legalidad, por un lado y por cuestiones de dificultades probatorias, de otro, entre tales formas podemos señalar, por ejemplo, los delitos de peligro y los tipos penales en blanco.<sup>37</sup>

### A) Tipos de Peligro<sup>38</sup>

En la doctrina existe acuerdo mayoritario en que los tipos penales que protegen el medio ambiente se configuren con supuestos de hecho con estructura de delitos de peligro abstracto.<sup>39</sup>

<sup>36</sup> La materialización del Derecho Penal en la configuración de comportamientos prohibidos no es ni puede verse como un hecho aislado. La creación de un tipo penal atraviesa por tres estadios para su concreción definitiva: el primero, como fenómeno social lo reporta la criminología haciendo una descripción fáctica y etiológica; el segundo, importa a la política criminal que fundamentada en el estadio anterior lo valora y recomienda o aconseja acciones legislativas incriminadoras o no, de las apreciaciones axiológicas es que emerge, en algunos casos como tercer estadio la tipificación de la conducta prohibida.

<sup>37</sup> Para la mayoría de los autores no hay otra técnica de regulación posible que no sea la del delito de peligro y la ley penal en blanco. Así, CANTARERO BANDRES, Rocío: "Análisis del Actual Tipo Penal y sus Antecedentes", en *Delito Ecológico*, Editorial Trotta, Valladolid, 1992, p. 69. Siguiendo al profesor Edmundo Mezger que hace un planteamiento sencillo sobre las leyes penales en blanco véase a SILVA, José Enrique: "Derecho Penal Salvadoreño", (Parte General), Teoría de la Ley Penal, Cuaderno 2, Tercera Edición, Tipografía Comercial, Santa Ana, 1990, p. 5.

<sup>38</sup> Para una visión completa acerca de los delitos de peligro abstracto véase BARBERO SANTOS, Marino: "Contribución al Estudio de los Delitos de Peligro Abstracto", en *Anuario de Derecho Penal*, Tomo XXVI, Fascículo III, Sept-Dic., Madrid, 1973.

Esto por cuanto que, los delitos de peligro abstracto,<sup>40</sup> no requieren la causación efectiva y cierta del peligro, que si se exige para los delitos de peligro concreto,<sup>41</sup> entendiendo el peligro como el "riesgo o contingencia de que suceda algún mal".

Con la elaboración de esta clase de tipos penales lo que se logra es obviar el problema probatorio de la relación de causalidad.<sup>42</sup>

<sup>39</sup> Así, RODAS MONSALVE, Julio César: "Delitos...", Op. Cit., p. 325. El profesor Zaffaroni contraponiendo los tipos penales de daño a los tipos penales de peligro dice: "Respecto de los tipos de peligro se habla de peligro abstracto y peligro concreto, entiendo que el primero se presume y no así el segundo. Entendemos que todos los peligros son "concretos" y todos los peligros son "abstractos", según el punto de vista que se adopte: ex-ante son todos concretos, ex-post son todos abstractos.

Por otra parte, si la afectación del bien jurídico se requiere en el tipo, invariablemente deberá ser probada, sea lesión o sea peligro. Lo más que podemos admitir respecto del peligro "abstracto" es que son tipos en que opera una presunción juris tantum de peligro" ZAFFARONI, Eugenio Raúl: "Teoría del Delito", Editar, Buenos Aires, 1973, p. 244.

<sup>40</sup> Según el profesor JESCHECK, los delitos de peligro abstracto "Contribuyen un grado previo respecto de los delitos de peligro concreto, pues basta para su punibilidad la peligrosidad general de una acción para determinados bienes jurídicos" JESCHECK, Hans-Heinrich: "Tratado de Derecho Penal", Parte General, Traducción y adiciones de Derecho español por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Volumen Primero, Bosch, Barcelona, 1981, p. 358.

<sup>41</sup> Por ejemplo en artículo 299 Pn., que regula el delito de "Corrupción o Contaminación del Ambiente" dice: "El que infringiese las medidas adoptadas por las autoridades competentes destinadas a impedir la contaminación del ambiente que pueda dañar la vida o la salud de las personas, será sancionado con diez a sesenta días-multa".

<sup>42</sup> Uno de los difíciles problemas que se presentan en los delitos ecológicos se encuentra vinculado con la relación de causalidad, por lo que como opción político-criminal bastante aceptada en doctrina se tiene la tendencia que configura tales delitos como de mera actividad o delitos de peligro, soslayándose la situación problemática de establecer el vínculo existente entre la acción y el resultado.

Sin embargo, aun cuando el acuerdo en la doctrina es mayoritaria para estructurar delitos de peligro abstracto, ello no excluye, como resulta lógico, la configuración de delitos de peligro concreto o de lesión sobre esta materia. Puede considerarse un ejemplo de tipo penal de peligro concreto el Art. 258 del Anteproyecto de Código Penal que regula la "Contaminación Ambiental".

La tentativa en los tipos penales de peligro es de escasa ocurrencia por el carácter de dichos tipos.<sup>43</sup>

## B) Tipos Penales en Blanco

Los nuevos ámbitos de criminalización en el derecho penal moderno —dice Bacigalupo— se caracterizan por que la amenaza penal tiende a reforzar el cumplimiento de normas administrativas que imponen deberes de hacer y obligaciones de omitir.<sup>44</sup>

Se trata en el fondo de tipo que penalizan la infracción de disposiciones administrativas y reglamentarias sobre esta materia.<sup>45</sup> El cuidado que se debe emplear, en la elaboración de estas figuras delictivas, es que no existan fricciones con el principio de

legalidad. Un ejemplo de estos tipos penales lo constituye el Art. 266 del Anteproyecto de Código Penal, que regula el tipo penal en blanco denominado "Depredación de Fauna Protegida".

Obsérvese que el gran problema que se plantea con los tipos penales en blanco está, en muchas ocasiones, en la remisión que hace el Código Penal a otra norma jurídica no penal que no está contenida en una Ley sino en una disposición de rango inferior a la Ley, como por ejemplo, un Reglamento. De esta forma, será suficiente que el Órgano Ejecutivo y no el Legislativo, modifique el Reglamento, para que un comportamiento se convierta en delictivo o deje de serlo.<sup>46</sup>

## C) Construcción de Tipos Culposos

Dado el interés social que ampara el bien jurídico es recomendable la elaboración de tipos culposos bajo el sistema del *numerus clausus*. El Proyecto de Código Penal hace bien en incluir versiones culposas de delito contra el medio ambiente utilizando el sistema mencionado.

En verdad, como apunta Javier Arias Toro,<sup>47</sup> las conductas antiecológicas son

<sup>43</sup> Para un completo análisis sobre este punto véase a ZUÑIGA MORALES, Ulises: "La Tentativa" su Configuración en los Delitos de Peligro", ILANUD, Escuela Judicial, San José, 1990.

<sup>44</sup> BACIGALUPO, Enrique: "La Instrumentación...", Op. Cit., p. 196.

<sup>45</sup> Un ejemplo concreto de esta clase de hechos punibles lo constituye el tipo penal regulador de la "Depredación de Fauna y Flora" en el Art. 266 Inc. 1º, del Proyecto de Código Penal, que dice: "El que cazare o pescare especies amenazadas, realizare actividades que impidieren o dificultaren su reproducción o contraviniendo las leyes o reglamentos protectores de las especies de fauna silvestre, comerciare con las mismas o con sus restos, será sancionado con prisión de tres a cinco años". En tales supuestos la sanción penal no se dirige a reprimir la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, sino a respaldar el cumplimiento de la ley o del

ordenamiento administrativo. Algunos comportamientos si se realizan sin contravención de las leyes o reglamentos protectores serán, sin más, atípicos. En ese sentido GONZALEZ GUITIAN, Luis: "Sobre la Accesoriedad del Derecho Penal en la Protección del Ambiente", en Estudios Penales y Criminológicos, Volumen XIV, Universidad de Santiago de Compostela, 1991, p. 113. La reglamentación administrativa es como señala Muñoz Conde decisiva para la delimitación del supuesto de hecho típico. Así, MUÑOZ CONDE, Francisco: "Derecho Penal", Parte Especial, Octava edición, revisada y puesta al día, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, p. 511.

<sup>46</sup> En ese sentido CUELLO CONTRERAS, Joaquín: "El Derecho Penal Español", Curso de Iniciación, Parte General, Editorial Civitas, Madrid, 1993, p. 30.

<sup>47</sup> ARIAS TORO, Javier: "Perspectiva...", Op. Cit., p. 89.



esencialmente culposas, por ejemplo en las actividades técnicas, en las explotaciones agrícolas o pecuarias, o en las prácticas industriales, en las cuales no se prevén los efectos nocivos para el objeto tutelado. La culpa se puede dar por imprudencia, por ejemplo en la depredación forestal motivada por urbanización. También puede darse por negligencia, por ejemplo respecto a la carencia de previsión con desechos industriales.

#### **D) La Referencia a Funcionarios y Empleados Públicos**

Es usual que las modernas legislaciones penales, sobre esta materia, incluyan una referencia a los funcionarios y empleados públicos implicados, que conceden autorizaciones o licencias antirreglamentarias u omiten informar u ocultar esta clase de ilícitos.

Como ya se ha dicho el Anteproyecto de Código Penal prevé esta situación político-criminal dedicando un precepto a la responsabilidad de funcionarios y empleados públicos el Art. 274.

#### **E) Conclusión**

Para que los tipos penales que sancionan conductas antiambientales sean funcionales, justos y eficaces, tanto en su vertiente jurídica como político-criminal, deben partir de dos presupuestos: en primer término la condición formal de sancionar con penas o sanciones administrativas las contravenciones a tales conductas y, en segundo lugar, que el medio ambiente protegido sea el definido en la normativa constitucional.

### **V. EL PROBLEMA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS**

Los delitos contra el medio ambiente, al menos los más graves, son generalmente cometidos por personas jurídicas públicas o privadas.<sup>48</sup> Este hecho más que notorio a nivel universal encuentra dificultades para incriminar a tales entes, pues no parece previsible en Derecho Penal dejar sin efecto el principio mediante el cual se excluye de responsabilidad a las personas jurídicas.

Cuando una empresa es usada como pantalla o instrumento para delinquir, hay problemas político-criminales para atribuirse responsabilidad penal por el principio *societas delinquere non potest*.<sup>49</sup>

---

<sup>48</sup> Según Rodas Monsalve las diferentes investigaciones criminológicas, en esta materia, muestran como los más graves atentados contra el medio ambiente proceden de la actividad contaminante de empresas con lo que, desde el punto de vista del sujeto activo, la criminalidad ambiental se encuadra en la categoría de los denominados "delitos de cuello blanco". RODAS MONSALVE, Julio César: "Delitos...", Op. Cit., p.327. Este hecho tan comprobado ha dado origen a admitir la responsabilidad penal de los entes colectivos, o bien imponerles sanciones administrativas o civiles. Los Congresos Internacionales de Derecho Penal celebrados en Hamburgo (XII-1979) y El Cairo (XIII-1984) debatieron sobre el tema. Por el primero, se reconoció que los atentados graves contra el medio ambiente son cometidos, en general, por personas jurídicas, haciéndose necesario o admitir su responsabilidad penal, o bien imponerles respecto al medio ambiente mediante la amenaza de sanciones civiles y administrativas. En el Segundo Congreso, se reafirmó el principio *societas delinquere non potest*, Véase a DOTTI, René Ariel: "Protección...", Op. Cit., p. 13.

<sup>49</sup> Para un amplio y detenido análisis sobre esta discusión que se considera clásica en el Derecho Penal véase a BARBERO SANTOS, Marino: "Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas", en Doctrina Penal, Depalma, Buenos Aires. 1986, p. 397 y sgts. Del

Los objeciones para que respondan penalmente las personas jurídicas se sustentan en varios argumentos,<sup>50</sup> por ejemplo, si la culpabilidad es presupuesto de la responsabilidad penal, y la culpabilidad es voluntad consciente y libre de la que sólo el hombre es capaz y siendo la responsabilidad personal, no puede responder una persona jurídica.<sup>51</sup>

Nuestro Derecho Penal vigente no reconoce la responsabilidad penal de las

personas jurídicas,<sup>52</sup> en cambio, el Proyecto de Código Penal, pese a que tampoco reconoce la responsabilidad penal de las personas jurídicas adopta una solución parcial orientada a individualizar la responsabilidad de quien actúa en nombre de otro,<sup>53</sup> aunque no concurren en él y sí en la entidad en cuyo nombre se ha obrado, las condiciones, cualidades o relaciones que exige la figura típica respecto del sujeto activo del hecho.

La tendencia a romper con dicho principio y someter a las personas colectivas al Derecho Penal es manifiesta en Francia, Estados Unidos de Norteamérica e Inglaterra.<sup>54</sup>

Por tanto, según nuestras leyes vigentes, las personas jurídicas sólo pueden ser sancionadas administrativamente y con la limitante de únicamente poder sancionarlas con multa, según lo dispuesto por el Art. 14 Cn., normativa constitucional que prescinde de la aplicación de sanciones alternativas,

---

mismo autor "¿Responsabilidad Penal de la Empresa?", en *Actualidad Penal*, Nos. 1 a 26, Madrid, 1987-1.; GUTIERREZ FRANCES, María Luz: "Fraude Informático y Estafa", Tesis Doctoral, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991. p. 307 y sgts.

<sup>50</sup> La teoría de la ficción que no acepta la responsabilidad penal de las personas jurídicas sostiene que las mismas solo existen ficticiamente y, por tanto, en la realidad son incapaces de actuar. Como consecuencia no pueden ser consideradas culpables ni penadas por más que la ley que las crea fije el deber de actuar dentro de los límites que les fija. Así, HENRIQUE PIERANGELLI, José: "Ecología, Polución y Derecho Penal", en *doctrina Penal*, Año 6, No. 21 a 24, Depalma, Buenos Aires, 1983, p. 73.

<sup>51</sup> En el campo del Derecho Internacional existe una propuesta de responsabilidad social para resolver el problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sobre este punto Marino Barbero Santos cita las principales propuestas presentadas en varias reuniones durante la década de los '80 por el Comité Europeo para los Problemas Criminales (CEPC), perteneciente al Consejo de Europa: 1. Admisión de la responsabilidad penal de la empresa ("enterprise"); 2. Sistema mixto de sanciones penales y extrapenales; 3. "responsabilidad social", esto es, adopción de sanciones penales, independientemente del tradicional concepto de culpabilidad, BARBERO SANTOS, Marino: "¿Responsabilidad...", Op. Cit., p. 401. Véase también sobre el mismo punto de cita sobre el mismo tema que hace DOTTI, René Ariel: "Protección...", Op. Cit., p. 14. Para ahondar el estudio sobre la "responsabilidad social" de las personas jurídicas puede estudiarse a BAIGUN, David: "Derecho Penal Económico", en *Memoria de la II Conferencia Iberoamericana sobre Reforma de la Justicia Penal*, Fase B: Derecho Penal (Tercera Entrega), San Salvador, 1992. p. 45 a 62.

---

<sup>52</sup> La imputación de hechos punibles únicamente puede hacerse a personas naturales y "Cuando la comisión de un hecho delictivo se atribuyere a persona jurídica, tendrán la calidad de imputados las personas naturales que acordaron o ejecutaron el hecho punible" (Art. 45 Pr. Pn.)

<sup>53</sup> El "Actuar por otro", según lo descrito en el Art. 38 del Anteproyecto de Código Penal dice: "El que actuare como directivo o administrador de una persona jurídica o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura del delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, cuando tales circunstancias se dieran en la persona en cuyo nombre o representación obrare. En todo caso, la persona jurídica incurrirá en responsabilidad civil subsidiaria especial". En este orden de ideas se dice en el aludido Anteproyecto cuando el que responde por los daños y perjuicios provenientes del hecho punible cometido por el imputado, es una persona jurídica, estamos en presencia de responsabilidad civil subsidiaria especial (Art. 123 del Proyecto de C. Pn.).

<sup>54</sup> Véase en tal sentido a DOTTI, René Ariel: "Protección...", Op. Cit., p. 13.

usadas en otras legislaciones, como por ejemplo: clausura del local o establecimiento, cese temporal del giro de sus actividades, exclusión de participación en licitaciones públicas, publicidad de la sentencia, etc.

## VI. CONCLUSION GENERAL

Partiendo de las conclusiones parciales que ha puntualizado a lo largo de este estudio, concluyo de manera general en los puntos siguientes:

Primero, la protección penal del medio ambiente está insuficientemente regulada tanto en el Código Penal como en las Leyes Especiales, hecho que contribuye a su total impunidad.

Segundo, las dificultades técnicas de una adecuada redacción de los tipos penales giran en torno a los delitos de peligro y a los tipos penales en blanco. Asimismo, se advierte la necesidad de crear conductas culposas de cada delito tipo.

Tercero, es recomendable darle vigencia al imperativo constitucional con una Ley General sobre la materia del Medio Ambiente, en la que colaboren profesionales con especialidades multidisciplinarias.

Finalmente quiero agregar que el catálogo de problemas que deberá enfrentar el legislador en el momento de dar una redacción definitiva al futuro Derecho Penal Ambiental, será sin duda, mayor que el aquí señalado; sin embargo, con estos cuatro problemas del Derecho Penal ambiental someramente planteados contribuyo modestamente al esfuerzo de destacar los aspectos político-criminales tal cual es el propósito de este seminario.

Muchas gracias.

## VII. BIBLIOGRAFIA

- Anteproyecto de Código Penal (Texto para consulta nacional), Dirección General de Asistencia Técnico Jurídica, Ministerio de Justicia, San Salvador, 1994.
- ARIAS TORO, Javier: "Perspectiva Penal y Metapenal de los Delitos Ecológicos", en Derecho Penal y Criminología Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia, Volumen XI, No. 38, Bogotá, 1989.
- BACIGALUPO, Enrique: "La Instrumentación Técnico-legislativa de la Protección Penal del Medio Ambiente", en Estudios Penales y Criminológicos, Volumen V, Universidad de Santiago de Compostela, 1982.
- BACIGALUPO, Enrique: "Estudios sobre la Parte Especial del Derecho Penal", Akal/lure, Madrid, 1991.
- BAIGUN, David: "Política Criminal y Tutela del Medio Ambiente en la República Argentina", en Doctrina Penal, Año 1, Nos. 1 a 4, Depalma, Buenos Aires, 1978.
- BAIGUN, David: "Derecho Penal Económico", en Memoria de la II Conferencia Iberoamericana sobre reforma de la Justicia Penal, Fase B: Derecho Penal (Tercera Entrega), San Salvador, 1992.
- BARBERO SANTOS, Marino: "¿Responsabilidad Penal de la Empresa?", en Actualidad Penal, Nos. 1 a 26, Madrid, 1987.
- BARBERO SANTOS, Marino: "¿Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas?", en Doctrina Penal, Año, 9, Nos. 33 a 36, Depalma, Buenos Aires, 1986.
- BARBERO SANTOS, Marino: "Contribución al Estudio de los Delitos de Peligro Abstracto", en Anuario de Derecho Penal, Tomo, XXVI, Fascículo III, Sep-Dic., Madrid, 1973.
- BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio: "El Medio Ambiente como Bien Jurídico Tutelado", en Delito Ecológico, Editorial Trotta, Valladolid, 1992.
- CANTARERO BANDRES, Rocío: "Análisis del Actual Tipo Penal y sus Antecedentes", en Delito Ecológico, Editorial Trotta, Valladolid, 1992.

- CONDE-PUMPIDO TOURON, Cándido: "Introducción al Delito Ecológico", en *El Delito Ecológico*, Editorial Trotta, Valladolid, 1992.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín: "El Derecho Penal Español". Curso de Iniciación, Parte General, Editorial Civitas, Madrid, 1993.
- DOTTI, René Ariel: "Protección Penal del Medio Ambiente", en *Revista Guatemalteca de Ciencias Penales Justicia Penal y Sociedad*, Año II, No. 3-4, Noviembre de 1993.
- GONZALO CAÑAS, Carlos: "Algunas Observaciones sobre el Derecho a un Medio Ambiente Sano", en *Medio Ambiente y Derechos Humanos (Seminario Taller)*, Procuraduría Adjunta para la Defensa de los Derechos Humanos del Medio Ambiente, San Salvador, 1992.
- GONZALEZ GUITIAN, Luis: "Sobre la accesoriadad del Derecho Penal en la Protección del Ambiente", en *Estudios Penales y Criminológicos*, Volumen XIV, Universidad de Santiago de Compostela, 1991.
- GUTIERREZ FRANCES, María Luz: "Fraude Informático y Estafa". Tesis Doctoral, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- HENRIQUE PIERANGELLI, José: "Ecología. Polución y Derecho Penal", en *Doctrina Penal*, Año 6, No. 21 a 24, 1983.
- HORMAZABAL MALAREE, Hernán: "Delito Ecológico y Función Simbólica del Derecho Penal", en *Delito Ecológico*, Editorial Trotta, Valladolid, 1992.
- JESCHECK, Hans-Heinrich: "Tratado de Derecho Penal", Parte General, Traducción y adiciones de Derecho español por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Volumen Primero, Bosch, Barcelona, 1981.
- LOPERENA ROTA, Demetrio Ignacio: "La Protección de la Salud y el Medio Ambiente adecuado para el Desarrollo de la Persona en la Constitución", en *Estudios sobre la Constitución Española*, Tomo II, Editorial Civitas, Madrid, 1991.
- MUÑOZ CONDE, Francisco: "Derecho Penal", Parte Especial, Octava edición, revisada y puesta al día, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991.
- POSTIGLIONE BASOCO, Juan: "El Ilícito Ecológico: Sanción Penal-Sanción Administrativa", en *Delito Ecológico*, Editorial Trotta, Valladolid, 1992.
- ROMERO PEREZ, Jorge Enrique: "Medio Ambiente y Derecho", en *Revista Occidental*, (Estudios Latinoamericanos), Instituto de Investigaciones Culturales Latinoamericanas (IICLA), México, 1990.
- RODAS MONSALVE, Julio César: "Delitos contra el Ambiente: algunos problemas para su adecuada tipificación y aplicación", en *Revista Nuevo Foro Penal*, Año X, No. 53, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1991.
- RODRIGUEZ RAMOS, Luis: "Presente y Futuro de la Protección Penal del Medio Ambiente en España", en *Estudios Penales y Criminológicos*, Volumen V, Universidad de Santiago de Compostela, 1982.
- RODRIGUEZ RAMOS, Luis: "Protección Penal del Ambiente", en *Revista de Derecho Privado (Comentarios a la legislación penal)*, Tomo I, EDESA, Madrid, 1982.
- SANTAMARIA, Jorge Alcides: "¿Qué es el Medio Ambiente?", en *Medio Ambiente y Derechos Humanos (Seminario Taller)*, Procuraduría Adjunta para la Defensa de los Derechos Humanos del Medio Ambiente, San Salvador, 1992.
- SILVA, José Enrique: "Derecho Penal Salvadoreño", (Parte General), Teoría de la Ley Penal, Cuaderno 2, Tercera Edición, Tipografía Comercial, Santa Ana, 1990.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl: "Teoría del Delito", ediar, Buenos Aires, 1973.
- ZUÑIGA MORALES, Ulises: "La Tentativa: su Configuración en los Delitos de Peligro", ILANUD, Escuela Judicial, San José, 1990.

# DERECHO PENAL, TRAFICO DE INFLUENCIAS Y OTROS

## *Los nuevos delitos de tráfico de influencias, revelación de secretos e informaciones y uso indebido de información privilegiada*

Francisco Muñoz Conde\*

### INTRODUCCION

A principios de 1990 algunos escándalos y acusaciones de corrupción política, al parecer determinados por problemas de financiación de partidos políticos, precipitan la presentación de un Proyecto de Ley de reforma del Código penal, en el que se preveía la introducción de un nuevo precepto en el mismo, el Art. 404 bis destinado a sancionar el llamado "tráfico de influencias" que estaba en la base de la corrupción política.

Tras diversos avatares parlamentarios, dicho proyecto, adicionado con las enmiendas a que su discusión parlamentaria dio lugar cuajó en la Ley Orgánica 9/1991, (BOE de 27 de Marzo, corrección de errores, BOE de 13 de Abril 1991), que no sólo introdujo en el

Título VII del Libro II del Código Penal un nuevo capítulo, el XIII, acerca "del tráfico de influencias" (Art. 404 bis a, 404 bis b, 404 bis c), sino que reformó también los Arts. 367 y 368 dándole al Capítulo IV del Título VII del Libro II, la siguiente rúbrica: "De la revelación de los secretos e informaciones y de la información privilegiada y su uso indebido." También se modificó la redacción del Art. 390, aumentando la gravedad de las penas previstas en el mismo.

Son tres, pues, las novedades de esta reforma, que seguidamente analizamos por separado.

#### **A) Los nuevos delitos de tráfico de influencias**

El "tráfico de influencias" es una lacra que durante mucho tiempo ha conculcado y aún hoy conculca la rectitud y sobre todo la imparcialidad de la actuación administrativa.

\* Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla, España. El Trabajo es apéndice al Tratado de Derecho Penal, Parte Especial, del autor, Valencia, 1991.

¿Hay o no hay en nuestro país amiguismos, enchufes y toda la gama, grande y pequeña, de favoritismos en beneficio, económico, por supuesto, de unos pocos y en perjuicio de los intereses colectivos o del interés de todos en un correcto e íntegro funcionamiento de la Administración Pública, estatal, autonómica o municipal?

El tema no es baladí y no puede ser despachado de un plumazo como algo coyuntural, sin mayor trascendencia, aunque tampoco puede ser fijado a un caso concreto (el "caso Guerra", el caso "Naseiro" o cualquier otro de actualidad) como si fuera el único o el primero de este tipo que se da en nuestro país.

Hay muchas razones para pensar que el llamado "tráfico de influencias" es frecuente en la vida política o administrativa española. Un cierto entendimiento familiar y patrimonialista de la función pública está sin duda en la base de estas prácticas viciadas y corruptas.

Anteponer los intereses privados a los públicos en el ejercicio de la función pública es una forma de abuso o desviación de poder que conculca la imparcialidad de la actuación administrativa a la que alude el Art. 103 de la Constitución, como uno de los principios básicos de la Administración.

Una cierta lenidad y una casi "adecuación social" de las recomendaciones, favoritismos, amiguismos y enchufes extienden el fenómeno hasta el punto de que pocos son los que se presentan a un concurso y oposición pública sin recabar de algún amigo la llamada telefónica o la recomendación para algún miembro del Tribunal que ha de juzgarlo. El hecho es mucho más frecuente, como es lógico, cuando se trata de ocupar puestos de libre designación por los políticos que suelen dejarse llevar más por consideraciones de "fidelidad política" o "afectivas", antes que por criterios de cualificación, a pesar de que

son los únicos que deben ser tenidos en cuenta en la Administración Pública. A ello se añaden las dádivas, presentes o regalos más o menos cuantitativos que en forma de cenas, ramos de flores y obsequios de toda índole suelen ofrecerse para conseguir determinados favores o como contra-prestación de los mismos.

Muchos de estos hechos eran ya delictivos y lo siguen siendo conforme a los tipos de cohecho (Art. 385 a 393) y negociaciones prohibidas a los funcionarios (Art. 404), además de otros delitos a los que puedan dar lugar, como la prevaricación, violación de secretos, etc.

El que no se castiguen como es debido no es, pues, un problema de "laguna legal", como, sin duda, intencionadamente se ha dado a entender a veces. La "adecuación social" a la que antes hacíamos referencia, genera una esfera real de connivencias, valores entendidos, usos y costumbres sociales que hacen verdaderamente difícil probar los hechos y deslindarlos del simple rumor o del escándalo periodístico sin trascendencia penal.

Quizá falte también una clara conciencia social, incluso entre los más obligados en velar por los intereses públicos, de que estos hechos deban ser realmente castigados.

El "tráfico de influencias" en nuestro país, es, pues, más un problema de sensibilidad, de sobriedad y honestidad en el manejo de los caudales e intereses públicos, que de Código penal. Si se patrimonializa el poder y cada uno hace de él su finca particular, difícilmente puede erradiarse el problema por la vía del Derecho Penal. Es más la "huida al Derecho Penal" puede servir de pretexto o de fachada formal de los intereses que realmente mueven los hilos de la actuación pública.

Sin embargo, no puede olvidarse que en el loable intento por democratizar la gestión pública, limpiándola de esta lacra que la

corroe, el Derecho Penal ocupa un lugar destacado debiendo aplicarse dentro de los principios de intervención legalizada y de intervención mínima, en coordinación con otras ramas del Derecho, especialmente el administrativo. Leyes como la de incompatibilidades de Altos Cargos, de 26 de Diciembre de 1983, modificada por Ley de 22 de Marzo de 1991, coetánea a esta reforma del Código Penal, en la que se establece un registro de intereses y la obligatoriedad de una declaración jurada de bienes patrimoniales, tienen un indudable interés para sentar las bases de lo que puede llegar a constituir alguno de los delitos previstos en los Arts. 198 (Delitos contra la Integridad de la Administración), 400, 401 (Fraude a la Administración); y 404 (Negociaciones Prohibidas a los Funcionarios).

De todos modos, parece que estos delitos, además de los de cohecho y prevaricación, no son suficientes para sancionar penalmente todos los hechos que, de acuerdo con la sensibilidad política del momento, parece que deben ser sancionados. De ahí la necesidad de introducir nuevos tipos delictivos que precisamente se crean, y ésta es también presumiblemente la voluntad del legislador, para sancionar hechos que no estaban sancionados penalmente hasta la fecha. De ahí que en la interpretación de los nuevos tipos delictivos haya que partir de lo que ya se castigaba antes de la reforma de 1991 y ver el nuevo ámbito de punibilidad que se crea con la reforma.

Hasta ahora el "tráfico de influencias", es decir, la actividad encaminada a conseguir cualquier tipo de predominio, incidiendo en las decisiones que tienen que adoptar en asuntos públicos los encargados de la función o gestión pública, podía reconducirse a algunas de estas modalidades delictivas:

- El cohecho, que comete el funcionario que solicita o acepta una contraprestación económica a cambio de la realización de un acto relativo al ejercicio de su cargo (cohecho pasivo, propio o impropio, Art. 385, 387 390), o el particular que corrompiese o intentare corromper a los funcionarios públicos o aceptare sus solicitudes (cohecho activo, Art. 391);
- La Prevaricación, que comete el funcionario público, en general, y el judicial, en particular, que, a sabiendas o por negligencia, dicta una resolución injusta (prevaricación judicial y administrativa, Art. 351 a 359);
- Y los tipos delictivos que, en general, suponen que el funcionario o autoridad ejerza profesiones, participe en negociaciones prohibidas o se interese en actos en los que deba intervenir por razón de su cargo (Cfr. Arts. 198, 400, 401 y 404; STS 29 de Mayo de 1989).

Qué es lo que añaden, pues, a estos delitos las nuevas tipologías del "tráfico de influencias".

Para responder a esta pregunta creo que hay que distinguir los delitos previstos en los Arts. 404 bis a) y 404 bis b) del previsto en el Art. 404 bis c).\*

#### **a) Influencia sobre funcionario o autoridad**

El Art. 404 bis a) tipifica la influencia ejercida por el funcionario o autoridad sobre otro funcionario o autoridad; el Art. 404 bis b) la misma influencia ejercida por el particular, que obviamente no puede prevalecerse, como el funcionario o autoridad, del ejercicio de las facultades de su cargo, pero sí, igual que ellos, "de cualquier situación derivada de su relación personal".

Dicen así estos dos preceptos:

“Art. 404 bis a). El funcionario público o autoridad que influye en otro funcionario público o autoridad prevaleándose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad y consiguiera una resolución, obteniendo por ello un beneficio económico para sí directa o indirectamente o para tercero, será castigado con las penas de arresto mayor, inhabilitación especial y multa por el importe del valor del beneficio obtenido”.

“Art. 404 bis b). El particular que influyere en un funcionario público o autoridad prevaleándose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad y consiguiera una resolución, obteniendo por ello un beneficio económico para sí directa o indirectamente o para tercero, será castigado con las penas de arresto mayor y multa por el importe del valor del beneficio obtenido”.

## TIPO OBJETIVO

Común a ambos tipos es la conducta típica: “Influyere”. Es decir, en ambos casos se trata de sancionar que alguien pueda incidir en el proceso motivador que conduce a un funcionario o autoridad a adoptar una decisión en un asunto relativo a su cargo. Pero en ningún caso constituye el tipo la simple influencia sin más, como un tanto precipitadamente ha entendido en los primeros comentarios a estos nuevos preceptos algún sector doctrinal. No se trata de penalizar la recomendación, una práctica por lo demás habitual, y que por inmoral y rechazable que parezca, no afecta directamente, o no tiene por que afectar a la decisión que se adopte.

Lo que los Arts. 404 bis a) y bis b) sancionan es el “influir” “prevaleándose”, abusando de una situación de superioridad originada por cualquier causa. En el caso de que el sujeto activo de esa influencia sea un funcionario o autoridad, el prevalimiento se puede derivar del propio cargo que ejerce: superioridad en el orden jerárquico o político respecto al funcionario o autoridad sobre la que influye. En este caso, el tipo se amplía sin duda más, comprendiendo relaciones de carácter familiar, afectivas o amistosas. El amigo o el pariente próximo que influyera en el funcionario o autoridad cometería, según esta interpretación, uno de estos delitos. Sin embargo, creo que debe procederse a una interpretación restrictiva del concepto de influencia, basándose para ello en el “prevalecimiento”, que en ambos artículos se exige como elemento diferenciador entre la simple influencia, atípica, de la influencia constitutiva de delito. Se trata, a mi juicio, de un verdadero ataque a la libertad del funcionario o autoridad que tiene que adoptar, en el ejercicio de su cargo, una decisión, introduciendo en su motivación elementos ajenos a los intereses públicos. Son, pues, delitos de estructura parecida a las coacciones o amenazas aunque sin llegar al grado de constreñimiento físico o psíquico que estos delitos exigen.

Salvando las distancias se trata de supuestos parecidos a los del estupro de prevalimiento (Art. 434, 1º), a las limitaciones a la libertad sexual (Arts. 383 y 384) y a los de las agravantes 8a. y 10a. del Art. 10, aunque las relaciones personales a que parecen aludir los Arts. 404 bis a) y 404 bis b) son más sutiles y difíciles de probar.

Supuestos de “intimidación implícita” o de “chantaje moral”, derivados del “clientelismo político”, “mejores perspectivas en la carrera política o profesional”, “relaciones amorosas o



afectivas" etc., pueden estar en la base de una situación de prevalimiento, aunque no necesariamente se equiparen. Desde luego, si se hace una interpretación extensiva de estas relaciones, se corre el riesgo de que se criminalicen conductas desprovistas de nocividad social, tan habituales como tomar una copa con los amigos o pertenecer al mismo club o asociación deportiva, etc.

Si la "influencia" se ejerce ofreciendo una contraprestación de carácter económico, estaríamos, naturalmente sin más, en el cohecho, límite máximo de los nuevos delitos, que, de algún modo, constituyen también un sucedáneo de aquel delito, cuando no se puede probar el ofrecimiento de una contraprestación económica, pero sí la "influencia" y el "prevalimiento".

El funcionario o autoridad sobre el que se ejerce la influencia puede ser sujeto pasivo e incluso denunciante de estos delitos, pero también puede llegar a ser sujeto activo de un delito de prevaricación o cualquier otro, sin que la influencia y el prevalimiento tengan que incidir necesariamente en una disminución de su responsabilidad.

Habría en estos casos una estructura similar a la de la inducción, pero no autoría mediada (Cfr. lo dicho anteriormente sobre el concepto de prevalimiento).

Tanto el Art. 404 bis a), como el 404 bis b), admiten el "tráfico de influencias en cadena", que existe cuando la relación personal no se da directamente con el funcionario o autoridad que tiene que adoptar la decisión, sino con otro que a su vez influye en él. En este caso, el funcionario o autoridad "intermediario" también puede responder del delito previsto en el Art. 404 bis a).

El tipo objetivo se restringe aun más con la exigencia de que además el funcionario o autoridad sobre el que influye tome una resolución ("consiguiera una resolución") y

que ésta reporte un beneficio económico para el que influye o para un tercero.

La expresión "directa o indirectamente" alude a la forma en que el sujeto consigue el beneficio, bien a título personal a través de una persona interpuesta, o a través del "efecto rebote" de la decisión que adopte el funcionario o autoridad influida.

El "agotamiento" del delito que ambos tipos exigen, supone la producción, pues, de un doble resultado consumativo, pero no una condición objetiva de punibilidad. Esto quiere decir que, cuando el doble resultado no se produzca (o no se pueda demostrar la producción o la conexión causal con la influencia), habrá que apreciar las formas imperfectas de ejecución, tentativa o frustración. La conceptualización del doble resultado con condición objetiva de punibilidad, convertiría prácticamente en inaplicables los Arts. 404 bis a) y 404 bis b).

## TIPO SUBJETIVO

Se requiere naturalmente el dolo, ya que la imprudencia es incompatible con las expresiones "influyen" y "prevalimiento". El ánimo de conseguir un "beneficio económico" para sí o para tercero, va también implícito en el dolo.

## Causas de justificación e inculpabilidad pena y cuestiones concursales

Difícilmente veo apreciable una causa de justificación o de inculpabilidad, como el error de prohibición, aunque, sobre todo en el caso del particular, puede invocarse alguna situación similar al estado de necesidad por no exigibilidad de un comportamiento distinto.

La pena en el caso del funcionario o autoridad es, además del arresto mayor y la multa por el importe del valor del beneficio

obtenido (aplicable también al particular), la de inhabilitación.

Las coincidencias que puedan darse entre los nuevos delitos y los ya existentes deben resolverse conforme a la teoría del concurso de leyes, aplicando el principio de alternatividad, es decir, el precepto que prevea mayor sanción para el delito cometido. Sin embargo, cuando a través de estos nuevos delitos de tráfico de influencias se cometan otros diferentes (prevaricación, violación de secretos, etc.) se dará el correspondiente concurso de delitos, normalmente en una relación medio-fin, a resolver por el Art. 71.

### **b) Ofrecimiento de influencia a un particular**

Art. 404 bis c). “Los que, ofreciendo hacer uso de influencias cerca de las autoridades o funcionarios públicos, solicitaren de tercero dádivas, presentes o cualquier otra remuneración o aceptaren ofrecimiento o promesa, serán castigados con la pena de arresto mayor.

Si los hechos a que se refiere el párrafo fueren realizados por profesional titulado, se impondrá, además como accesoria la pena de inhabilitación especial.

En cualquiera de los supuestos a que se refiere este artículo la autoridad judicial podrá imponer también la suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, organización o despacho y la clausura de sus dependencias al público por tiempo de seis meses a tres años.

A diferencia de lo que sucede en los otros dos artículos de este capítulo el hecho que aquí se tipifica no tiene que ver directamente con el ejercicio de la función pública. Tanto el sujeto activo, como la persona a la que dirige el ofrecimiento de la influencia (a lo que impropriamente se le puede llamar sujeto pasivo) son particulares. El ámbito en el que

se puede dar este delito es, por tanto, completamente privado. La única relación que muestra con la función pública, es su referencia a la misma como objeto de la influencia. El sujeto que ofrece hacer uso de esa influencia puede o no tenerla, llegar o no a hacer uso de ella, pero en todo caso puede ser responsable si ofrece hacer uso de esa influencia (real o fingida).

Ello plantea el problema de cuál es en este delito el bien jurídico protegido. Como el tipo no exige ni tan siquiera que la supuesta influencia llegue a utilizarse (con lo cual estaríamos, en principio, en un comienzo de ejecución del delito previsto en el Art. 404 bis b) parece ser que lo único que pretende protegerse con el castigo de esta conducta es el prestigio y el buen nombre de la Administración, un concepto ciertamente etéreo y difícilmente aprehensible.

También se puede concebir este delito como una especie de acto preparatorio, elevado a la categoría de delito independiente, del cohecho o del tráfico de influencias previsto en el Art. 404 bis b), con lo que tendría el mismo bien jurídico protegido que en estos delitos. Pero, el comportamiento tipificando con el Art. 404 bis c) está tan alejado de la efectiva lesión o puesta en peligro de la función pública, que difícilmente puede justificarse su incriminación por esta causa. Por otra parte, no se comprende muy bien por qué aquí la consumación se anticipa al simple ofrecimiento, mientras que en los otros delitos de “tráfico de influencias” se exige no sólo la influencia efectiva, sino que se consiga a través de ella una resolución y un beneficio efectivo económico.

Desde luego, el ofrecimiento de influencias sobre la Administración puede ser también una forma de competencia desleal en el ejercicio de la abogacía, tan real como la vida misma, que difícilmente va a desaparecer con su incriminación en el

Código Penal. Los despachos de abogados más famosos y que más éxitos tienen en la gestión y solución de los asuntos que se les encomiendan son los que están más cercanos al poder y, por eso, tienen mayores posibilidades de influir en sus decisiones.

Además en estos casos no hace falta el ofrecimiento explícito, que sería lo que castigaría el Art. 404 bis c), sino el implícito, el que se deriva de la propia fama o de las relaciones personales de profesionales que aparecen todos los días en las "revistas del corazón", medios de comunicación, etc., asistiendo a fiestas, cenas y recepciones oficiales y haciendo ostentación de sus buenas relaciones con las más altas instancias del poder. Es muy difícil que todo esto desaparezca por obra y gracia del Código Penal.

Otra posibilidad de justificar el precepto la daría el posible engaño a quien se ofrece hacer uso de la influencia. Ciertamente, ello constituye de por sí un desvalor social suficiente como para motivar una sanción penal; pero esto existe ya en el Art. 529, 6º, que configura como uno de los supuestos agravados de estafa, "cuando la defraudación se produzca traficando con supuestas influencias y con pretexto de remuneraciones a funcionarios públicos, sin perjuicio de la acción de calumnia que a estos corresponde". Es decir, la supuesta influencia no es más que un engaño capaz de producir un perjuicio patrimonial y, por tanto, estafa.

El Art. 404 bis c), queda así como un tipo residual que no afecta directamente a bien jurídico alguno. Si se mira desde el punto de vista de la Administración, el hecho en sí es inícuo por cuanto no exige que efectivamente llegue a hacerse uso de la influencia. Si se mira desde el punto de vista del particular, al que se ofrece hacer uso de la influencia, el tipo se cumple sin que ni siquiera el particular haya aceptado la oferta.

Sujeto activo sólo puede serlo el particular (o el funcionario o autoridad que no actúa en el ejercicio de su función) que ofrece hacer uso de la influencia a cambio de una remuneración (dádiva o presente). Lo decisivo no es, sin embargo, tanto el ofrecer hacer uso de la influencia, como el solicitar a aceptar por ello una contraprestación económica.

Sin otro particular llega a aceptar u ofrece para ello una remuneración, puede ser también castigado, pero como cooperador o inductor del delito previsto en el Art. 404 bis c) y no como autor en sentido estricto del mismo.

Desde luego no se entiende muy bien que pueda llegar a constituir delito intentar aprovecharse de la influencia de alguien para resolver algún asunto, cuando ese alguien no ejerce ninguna función pública, salvo que se entienda que nos encontramos aquí ante una forma de participación intentada (conspiración, proposición o provocación para delinquir) en un delito de cohecho. Pero aparte de la recusable ampliación genérica de la punibilidad que representa el Art. 4, tropezamos aquí con dificultades probatorias casi insalvables, que dificultan aún más la persecución penal de este tipo de hechos. Lo razonable es esperar a que la influencia se traduzca realmente en un intento de corrupción del funcionario, lo que, conforme al Art. 391, es ya punible como cohecho activo consumado, consigna o no efectivamente el particular esa corrupción. Sin embargo, el Art. 404 bis c), se consume con el simple ofrecimiento de hacer uso de influencia cerca de las autoridades o funcionarios, siempre, eso sí, que solicite o acepte de tercero algún tipo de remuneración económica.

Este último requisito le da al tipo un matiz de profesionalidad que es lo que justifica (?) que el párrafo 2º de este artículo imponga,

además, como accesoria la pena de inhabilitación especial, al profesional titulado (abogado, por ejemplo) que realizare el hecho previsto en el párrafo 1º, el mismo propósito caracteriza el párrafo 3º, verdadera espada de Damocles contra los llamados “lobbys” o despachos dedicados al tráfico de influencias: suspensión de actividades y clausura de las dependencias abiertas al público por tiempo de seis meses a tres años.

Todas estas sanciones, penas y medidas, son sin duda excesivas o desproporcionadas, si no se interpretan restrictivamente los tipos legales, que posibilitan la aplicación de las mismas. No se trata con ello de privar de eficacia al Derecho Penal, sino al restringir un ámbito de aplicación a aquellos casos verdaderamente graves (y no se me ocurren otros que no sean los constitutivos, por lo menos, de participación intentada en un cohecho), de darle una cierta legitimación para intervenir más allá del derecho disciplinario corporativo. Lo contrario es hacer demagogia o convertir el Derecho Penal en puro símbolo inútil.

Evidentemente no es con tipos como este como se va a acabar penalmente el problema del tráfico de influencias. Difícil es limitar con el Derecho Penal lo que constituye, al parecer, según los hechos demuestran, una coordinada esencial del actual sistema social y económico. Tráfico de influencia existe también, como es obvio, en el ámbito de la empresa privada, aunque la competitividad del sistema capitalista potencia, por lo menos para los puestos directivos, el principio de cualificación. El tráfico de influencias puede provenir también del propio poder político que, por ejemplo puede favorecer a determinadas empresas que se pliegan mejor a sus directrices de orientación política. En estos casos, la discrecionalidad es una válvula de escape o la seguridad para evitar la

responsabilidad penal, que incluso con los nuevos tipos penales Difícilmente puede exigirse.

Queda en todo caso la responsabilidad política. En una democracia es el Parlamento al que corresponde, prima facies, el control y la exigencia de responsabilidad política por el mal uso o el abuso y la desviación del poder político, aunque este se realice sin rozar los límites del Derecho penal. Un personaje político no tiene por que ser responsable penalmente de hechos de corrupción que hayan cometido sus colaboradores o allegados más íntimos utilizando indebidamente su nombre o las facultades en ellos delegadas por el personaje. Pero siempre queda la posibilidad de la dimisión o la rendición de cuentas ante el Parlamento. La responsabilidad penal no exime de la responsabilidad política, como tampoco la política tiene que eximir la penal. Ambas van por derroteros distintos y no tienen por que excluirse o impedirse mutuamente.

#### **B) Revelaciones de los secretos e informaciones. Uso indebido de información privilegiada**

La Ley Orgánica 9/1991, de 22 de Marzo, ha modificado los Arts. 367 y 368 del Código Penal, dándole al Capítulo VII del Libro II una nueva rúbrica que reza así: “De la revelación de los secretos e informaciones y de la información privilegiada y uso indebido”.

Las diferencias más importantes entre la regulación anterior y esta reforma son las siguientes:

- a) Los “nuevos” delitos de revelación de secretos e informaciones.

La rúbrica anterior decía escuetamente “De la violación de secretos.” El concepto

central de estos delitos lo constituía, pues, el secreto, diferenciándose luego los tipos delictivos, según se tratara de secreto oficial (Art. 367) o de secreto privado (Art. 368).

Decían así los Arts. 367 y 368:

Art. 367: "El funcionario público que revelare los secretos de que tenga conocimiento por razón de su oficio, o entregare indebidamente papeles o copia de papeles que tenga a su cargo y no deban ser publicados, incurrirá en las penas de suspensión y multa de 100.000 a 500.000 pesetas. Si de la revelación o de la entrega de papeles resultare grave daño para la causa pública o para tercer, las penas serán de prisión menor e inhabilitación especial. Art. 368: "El funcionario público que sabiendo, por razón de su cargo, los secretos de un particular, los descubriere, incurrirá en las penas de arresto mayor, suspensión y multa de 100.000 a 500.000 pesetas.

La nueva regulación mantiene, en esencia, el mismo sistema, recogiendo ambos tipos en un sólo artículo, el 367:

"El funcionario público o autoridad que revelare los secretos o cualquier información de que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deben ser divulgados será castigado con las penas de suspensión y multa de 100.000 a 200.000 pesetas. Si de la revelación a que se refiere el párrafo anterior resultare grave daño para la causa pública o para tercero, las penas serán las de prisión menor e inhabilitación especial. Si se tratase de secretos de un particular, las penas serán de arresto mayor, suspensión y multa de 100.000 a 500.000 pesetas.

El concepto central sigue siendo el de secreto, es decir, algo conocido por pocas personas que, conforme al interés público o privado, no debe ser publicado o dado a conocer a un círculo más amplio.

En el secreto oficial, el carácter de secreto viene, normalmente, determinado por la propia naturaleza del hecho y en base a una Ley o disposición de carácter general. Así, por ejemplo, la Ley de Secretos Oficiales de 5 de abril de 1976, modificada por la Ley de 7 de octubre de 1978, establece que las "materias clasificadas" pueden tener la categoría de "secreto" o de "reservado", según el grado de protección que se les dispense. Cuando esa "materia" (o "información") pueda dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa del Estado, su revelación constituye los delitos específicamente previstos en los Arts. 135 bis a) bis d) del Código Penal común (Cfr. también en los Arts. 53 a 56 del Código Penal militar). Existen además otras leyes como la del 29 de abril de 1964 sobre Energía Nuclear, cuyo Art. 87 sanciona al que descubriere, violare, revelare, sustrajere o utilizare secretos de cualquier clase relacionados con la energía nuclear. Pero estas disposiciones se refieren al descubrimiento de secretos oficiales específicos que puede cometer cualquier persona sea funcionario o no. El Art. 367 quedaba (y queda) pues, como un tipo residual para incluir en él los secretos oficiales cuya revelación no estuviera especialmente tipificada y siempre que fuera cometida por el funcionario que tuviere conocimiento por razón de su cargo de los mismos.

En él se incluyen hechos como la revelación de secretos sumariales (Cfr. 301 Lectrim. y MORALES PRATS, Garantías penales y secreto sumarial, en la Ley, 1985), la apertura anticipada de las plicas de un concurso y la revelación de las ofertas a los posibles interesados. A ello se equiparaba la entrega indebida de papeles o copia de papeles que el funcionario tuviera a su cargo y no debían ser publicados, que ahora no se menciona expresamente (Cfr. infra).

Junto a la violación de secretos oficiales se tipificaba en el artículo 368 y ahora en el párrafo 3º del Art. 367 la de secretos privados. En este caso, el carácter secreto de un hecho lo determina la propia voluntad del interesado o titular que tiene derecho a que no se conozcan hechos relativos a su intimidad más allá del estricto círculo de las personas que por razón de su cargo tienen que conocerlo (por ejemplo, el inspector de Hacienda respecto a los ingresos del contribuyente, el Juez que conoce en un proceso de divorcio la frigidez, el alcoholismo, la homosexualidad alegada contra uno de los conyuges). Al determinar la voluntad del particular a quien afecta el hecho el carácter secreto del mismo, su comunicación a los medios o su descubrimiento y revelación pública por el propio particular afectado, excluye el carácter secreto del hecho y con ello la tipicidad del Art. 367, 3º. Sin embargo, cuando, a pesar de afectar a un particular, la ley impone expresamente el carácter secreto (por ejemplo, secreto sumarial), el funcionario cometerá el delito previsto en el Art. 367, 1º, aunque el particular consienta en su descubrimiento o revelación.

Se ha pretendido ver dos diferentes bienes, jurídicos protegidos en los anteriores Arts. 367 y 368. Por un lado, en el antiguo Art. 367 el correcto funcionamiento de la función pública en lo que se refiere a la parte en que el ejercicio de la misma conlleva el conocimiento en exclusiva o con carácter reservado de determinados datos o informaciones. Por otra parte, el Art. 368 que sólo afectaría al derecho del particular a su intimidad o privacidad (véase, por ejemplo, QUERALT, Derecho Penal Español, Parte Especial, Volumen II, Barcelona 1987, p. 597 y s.; 853 y s.).

Se olvida, sin embargo, que el núcleo en ambos tipos delictivos es el hecho de que el funcionario conoce los hechos constitutivos

de secreto por razón de su cargo y luego los descubre. Lo prioritario es, pues, tanto en uno, como en otro caso, la involucración de la función pública, ejerciéndola incorrectamente.

También en el descubrimiento de un secreto oficial puede verse involucrada la intimidad de un particular, sin que, por ello deje de ser aplicable el Art. 367 (piénsese en la revelación de un hecho relativo a la intimidad de un particular obrante en un sumario declarado secreto). También QUERALT está de acuerdo en ello, pero en base a la retorcida interpretación de que "en estos casos no se revela el secreto de un particular, sino un secreto oficial que afecta a un particular" (II, p. 854). Pero en este caso, debería admitir un concurso ideal entre ambos preceptos lo que parece absurdo precisamente por protegerse en ambos el mismo bien jurídico protegido.

La reforma de 1991 apenas ha cambiado el contenido de ambos tipos delictivos, pero con buen criterio quizás para evitar retorcidas interpretaciones o manipulaciones sistemáticas como la anteriormente señalada, ha incluido ambas revelaciones de secretos, oficiales y privados, en el mismo Art. 367, párrafo 1º y 3º. Sin embargo, ha eliminado en el párrafo 3º en relación con los secretos de un particular la mención expresa a que el funcionario los conozca por razón de su cargo (u oficio), que se exigía antes en el Art. 368. No obstante, creo que dicha exigencia está implícita en el párrafo 3º que no es más que un subtipo del delito previsto en el párrafo 1º, aunque, igual que sucedía en la regulación anterior, el interés adicional que representa la intimidad del particular se ha tenido en cuenta, imponiendo para la revelación de secretos del particular, además de las penas de suspensión y multa, la de arresto mayor. Los casos de revelación de secretos del particular que el funcionario no haya obtenido

por razón de su cargo deben ser tratados por otros tipos delictivos, como los recogidos en los Arts. 497 a 499.

En la nueva regulación que de la revelación de secretos oficiales se hace en el Art. 367, se ha eliminado la expresión “o entregare indebidamente papeles o copia de papeles que tenga a su cargo”, por redundante, ya que la palabra “revelare” comprende igualmente la entrega, con la ventaja de que no restringe a los secretos que constan documentalmente, como podía entenderse con la redacción anterior, e igualmente admite la comisión por omisión, como por ejemplo, permitir que sea otro el que obtenga directamente la información dejándole que tenga acceso a los soportes materiales del secreto. El párrafo 1º del nuevo Art. 367 extiende además el tipo a la revelación de “cualquier información de que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo”, lo que supone una excesiva ampliación, aunque, en todo caso, se dice que se trata de “secretos o de cualquier información” que no deban ser divulgados.

Esta referencia específica al “deber” en la configuración del tipo, lo convierte de hecho en una norma penal en blanco, pues solo a través de otros preceptos extrapenales se puede saber cuando el funcionario está autorizado a revelar secretos o informaciones de que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo.

El principio general del que se debe partir es el que el funcionario no puede revelar lo que por razón de su cargo conoce. Así, por ejemplo, el Art. 417, 2º de la Lecrim. exime de la obligación de declarar a “los funcionarios públicos, tanto civiles como militares, de cualquier clase que sean, cuando no pudieran declarar sin violar el secreto que por razón de sus cargos estuviesen obligados a guardar; o cuando, procediendo en virtud de obediencia debida, no fueren autorizados por su superior jerárquico para prestar la declaración que se

les pida”. Sin embargo, este precepto no puede convertirse en una patente de corso para el funcionario que también, por otros mandatos legales (Cfr. por ejemplo Art. 118 de la Constitución, Art. 371 del Código Penal) está obligado a cooperar con la Administración de Justicia. Se trata, una vez más, de una colisión de intereses que debe ser resuelta por la vía del estado de necesidad, dándole primacía al fin de la realización de la Justicia frente al puramente funcional del mantenimiento del Secreto. Sería un verdadero contrasentido que, por ejemplo, el inspector de Hacienda ocultara determinados hechos o circunstancias tributarias a la autoridad judicial que estuviera investigando un delito fiscal. Como igualmente lo sería que un funcionario policial negara al Juez suministrarle datos relacionados con la comisión de algún delito que estuviere el Juez investigando. El denominado secreto policial, el secreto fiscal o cualquier otro obtenido por el funcionario en el ejercicio de su cargo debe, pues, ceder ante el valor prioritario de la Administración de Justicia. Especialmente claro es el Art. 126 de la Constitución, al establecer que “la Policía Judicial depende de los Jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la ley establezca”, y estos términos no pueden ser otros que los de la Ley Orgánica 2/ 1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y el Real Decreto 769/1987 de 19 de junio, sobre regulación de la Policía Judicial, que ponen especial énfasis en la vinculación de la policía a los jueces o Tribunales, que son, en definitiva, encargados de administrar Justicia.

Ello naturalmente no excluye que, en los casos en que el secreto nada tenga que ver con la investigación judicial en un proceso

penal, el funcionario policial tenga el derecho y también la obligación de seguir manteniendo el secreto profesional y que, por supuesto, tenga que mantenerlo en todo caso ad extra, es decir, frente a personas no legitimadas para obtener información, sean autoridades no judiciales, particulares, medios de comunicación, etc.

Se resuelve así también el problema de la identificación ante el Juez de los confidentes policiales, es decir, de los que prestan sus servicios de información a la policía, bien sea altruistivamente o de forma remunerada. Es obvio que la ocultación de sus nombres es importante para su propia eficacia, además de impedir represalias de los delatados, etc. Pero, por las razones ya dichas, el confidente debe ser identificado ante la autoridad judicial que investigue un hecho, de lo contrario su testimonio carece de valor procesal. Es más, si el Juez requiere sus datos y el funcionario policial no se los da, éste comete un delito de denegación de auxilio a la Justicia previsto en el Art. 371 (Cfr., embargo, STS 22 de marzo 1986, aunque la absolución del Comisario General de Información que no dio al Juez los nombres de los confidentes se fundamenta en base al error de prohibición y no por inexistencia objetiva del deber de información, véase al respecto mi libro: *El error en Derecho Penal*, Valencia, 1988, p. 62 y ss., y el comentario a esta sentencia, de MAQUEDA, en PJ, 1986).

Cosa diferente es que este deber de información tenga que prestarse con todas las garantías y cautelas a que obliga la propia operatividad del dato confidencial, pero estas son cuestiones de procedimiento que, en nada, afectan el fondo del asunto.

¿Qué sentido o qué alcance tiene entonces el Art. 417, 2º de la Lecrim.? Probablemente, dada la época en que entró en vigor la Lecrim. en la que no había ninguna regulación del secreto de Estado, ni una Ley de secretos

oficiales, se pretendía preservar lo que hoy se entiende como "material legalmente clasificado", cuya revelación pueda dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa del Estado. Pero actualmente, con la Ley de Secretos oficiales, la declaración de materia reservada corresponde al Consejo de Ministros y al Ministerio de Defensa, que no ha declarado hasta la fecha como tal los datos de identificación de, por ejemplo, un confidente policial. Fuera de estos casos parece, pues, que en un Estado democrático de Derecho, el funcionario debe suministrar la información sobre personas o hechos que conozca y le solicite un Juez o Tribunal en el curso de la sustanciación de un proceso penal. El inciso 2º de párrafo 2º del Art. 417, negativa a prestar declaración sin autorización del superior, debe entenderse, pues, como una simple precaución procedimental para preservar el principio de jerarquía dentro de la Administración. Es decir, es lógico que se recabe la autorización del superior jerárquico cuando sea éste el que haya impartido una determinada orden en virtud de la cual se haya obtenido el dato que el Juez solicita. Por esta vía, se puede llegar, en última instancia, a pedir la declaración del máximo órgano del poder ejecutivo, bien sea el Ministro del ramo, bien el propio Presidente del Gobierno. Ello en ningún caso compromete, sino confirma la verdadera esencia del Estado democrático de derecho (en este sentido MORENO CATENA, en *Derecho procesal penal*, en colaboración con otros, 3a. ed., Valencia, 1989, p. 316; QUERALT, II, p. 674 s.).

En la nueva regulación se hace extensiva la cualidad de sujeto activo de estos delitos a la autoridad ("funcionario público o autoridad"), mención innecesaria por la amplitud con la que se define en el Art. 119 del Código Penal al funcionario público. Evidentemente, en los nuevos preceptos



quedan comprendidas las Autoridades políticas, las militares, judiciales, etc., por las razones ya dichas, están igualmente obligadas a declarar en el proceso penal, con las excepciones o formalidades previstas en la propia Lecrim.

Tanto el Art. 367, como el 368 (véase infra b), son pues delitos especiales, en los que caben las formas generales de participación, inducción o complicidad. La coautoría del particular en los delitos previsto en el Art. 367 sólo puede castigarse por los delitos comunes previstos en los Art. 497 a 499. Cabe también la autoría mediante del funcionario o autoridades que se sirve para revelar el secreto o información de una persona que actúa atípica o justificadamente, como, por ejemplo, un periodista que publica la información que se le ha suministrado.

La nueva regulación del Art. 367 sigue manteniendo la cualificación, que entiendo como cualificación por el resultado, es decir, basta que se dé imprudencia respecto a que la revelación de los secretos oficiales produzca grave daño para la causa pública o para tercero (Cfr. Art. 367, 2º, penas: prisión menor e inhabilitación).

Por lo demás, respecto a los tipos básicos, de revelación de secretos oficiales o privados, se requiere el dolo, tanto en relación con la revelación misma. Aunque en la práctica es posible la imprudencia que en forma de indiscreción, descuido o negligencia, puede dar lugar a la revelación de datos confidenciales, parece que aquí, al no haber una previsión expresa para la punición de la imprudencia, como del Art. 135 bis d) y no ser tan importantes los secretos de que se trata, debe delimitarse la responsabilidad penal a la dolosa, dejando a salvo, naturalmente, la responsabilidad disciplinaria para los casos de imprudencia.

## **b) Uso indebido de secretos e información privilegiada**

Dice el Art. 368. "El funcionario público o autoridad que, haciendo uso de un secreto de que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo, o de una información privilegiada, obtuviere un beneficio económico para sí o tercero será castigado con penas de inhabilitación especial y multa por el importe del valor del beneficio obtenido o facilitado. Si resultare daño para la causa pública o para tercero, las penas serán las de prisión menor e inhabilitación especial.

A los efectos de este Artículo, se entiende por información privilegiada toda información de carácter concreto que se tenga exclusivamente por razón del oficio cargo público y que no haya sido notificada, publicada o divulgada".

El Art. 368 constituye la principal novedad de la reforma de 1991. La penalización de la revelación de secretos, oficiales o privados, ni en el caso del funcionario o autoridad, ni en el particular, agota todas las formas de utilización abusiva de los mismos. Es posible también imaginar que alguien que pertenece al círculo de las pocas personas que conocen un dato o información reservada o secreta utilice ese conocimiento en beneficio propio (o ajeno) sin necesidad de revelarlo o descubrirlo a un tercero. Basta, por ejemplo, que sepa que el Ayuntamiento va a reclasificar unos terrenos y permitir su urbanización, para que antes de que ello trascienda compre algunas parcelas que en poco tiempo multiplicarán por diez su valor. O al contrario, que la Administración va a expropiar su finca para hacer allí un establecimiento penitenciario, vendiendo la finca todavía a buen precio a un ingenuo que pensaba construir allí un complejo turístico.

La utilización de secretos o de información que aun no han trascendido para conseguir

un beneficio económico, es una forma de lucro bastante frecuente en el mundo de los negocios, y hasta cierto punto consustancial con él. Las mayores fortunas en el mundo se han hecho por quienes desde el poder o en sus cercanías han utilizado los conocimientos que su posición le brindaba para emprender cualquier actividad comercial, desde invertir en acciones de una determinada compañía, hasta comprar determinados productos que van a escasear en el futuro, pasando por constitución de sociedades específicamente dedicadas a actividades que, tras una determinada decisión política, se revalorizan enormemente bien sean de carácter turístico, industrial o comercial.

Se rompe así el principio de igualdad y de libre concurrencia que caracteriza la economía de mercado reconocida expresamente en el Art. 38 de la Constitución. Desde luego es más que sabido que una economía de mercado presidida por el principio de igualdad de las partes concurrentes (lo que se llama competencia perfecta, atonicidad y perfecta transparencia, homogeneidad del producto libre entrada en la industria, etc.), ni existe, ni ha existido jamás. Los sistemas económicos modernos se caracterizan por una economía dirigida desde los grandes trusts y monopolios (en el sistema capitalista), o por el Estado (en el sistema socialista), que generan decisiones cuyo conocimiento anticipado privilegiado puede ser fuente de enriquecimiento para los que lo posean. Estas personas "enteradas" (o "insiders", en la terminología anglosajona, "initiés" en terminología francesa) pueden llegar a ser los verdaderos dueños de la economía si utilizan esa información en beneficio propio.

Los abusos a que estas situaciones de privilegio han dado lugar, han hecho surgir en los últimos años una corriente proclive a su penalización, si bien limitándolas a algunos

sectores económicos especialmente sensibles a este tipo de fenómeno. Fue así como en los Estados Unidos, tras el crack bursátil de 1932 aparecieron en los años treinta sendas leyes que sancionaban las afirmaciones falsas y el aprovechamiento de informaciones reservadas, confidenciales y privilegiadas en las operaciones bursátiles de compraventa de títulos-valores (véase a este respecto, GONZALEZ CUSSAC, El abuso de información privilegiada, en C.P.C., No. 37, 1989, p. 121 y ss.). Después de la Segunda Guerra Mundial esta preocupación se extendió a los países europeos económicamente más fuertes, como la República Federal de Alemania, el Reino Unido, Francia, Suiza e Italia, en los que paulatinamente se ha ido abordando el problema, si bien no siempre desde el prisma del Derecho penal. Esta preocupación por el abuso de información privilegiada ha llevado incluso a la aprobación de una propuesta de directiva de la Comunidad Económica Europea en 1987 de coordinación de las normas relativas a las operaciones de iniciados, en cuyo Art. 11 se recomienda a los Estados miembros de adopción de sanciones disuasorias (Cfr. GONZALEZ CUSSAC, ob. cit. p. 135).

En todos estos países la intervención del Derecho Penal se limita al ámbito de las operaciones bursátiles, sin mencionarse expresamente el abuso de información en otros ámbitos o por personas distintas a las denominadas "brokers" o "insiders" de la Bolsa.

En España el problema se aborda por primera vez y expresamente en la Ley de Mercado de Valores de 28 de julio de 1988, cuyo Art. 81 dice:

"Quienes dispongan de alguna información privilegiada deberán abstenerse de realizar, directa o indirectamente, cualquier tipo de

operación en el mercado sobre los valores a que la misma se refiere. Igualmente, se abstendrán de comunicar dicha información a terceros o recomendar la adquisición o cesión de los valores citados. A los efectos de la presente ley, se entiende por información privilegiada toda información de carácter concreto, referente a uno o varios valores, que no haya sido dada a conocer al público y que, de haberse hecho pública, hubiera podido influir de modo relevante en su cotización”.

En este precepto se sigue, como se ve, el sistema de prohibir la utilización de información privilegiada reservándola al mercado de valores, es decir, a las operaciones bursátiles. Pero esta Ley carece de sanciones penales, llegando todo lo más a imponer las sanciones previstas en el Art. 101 que son de carácter administrativo (multa, suspensión, etc.).

Esta restricción al mercado de valores tiene sentido por cuanto es este un sector económico especialmente sensible a la especulación y a las oscilaciones del mercado. La rapidez con la que se realizan las operaciones bursátiles, la permeabilidad de estas a la coyuntura política, económica y social de cada día y a los movimientos internacionales aconsejan la prohibición del abuso de información privilegiada en este sector, por más que sea dudoso si esta prohibición debe ser reforzada penalmente. (En este sentido, se pronuncia la doctrina penal española que se ha ocupado del tema, si bien restringiendo el ámbito de intervención del derecho Penal sólo a los casos más graves y siempre que se realice con ánimo de lucro, véase al respecto los Artículos de AUGER LIÑAN, SANCHEZ CALERO y RODRIGUEZ MOURULLO, en Poder Judicial, número especial IX dedicando a las Nuevas formas de delincuencia, y sobre todo, el Artículo de GONZALEZ CUSSAC, cit. p. 138 ss.).

Sin embargo, prácticamente a nadie se le había ocurrido hasta ahora preconizar el castigo de la utilización indebida información privilegiada específicamente como delito de los funcionarios públicos o autoridades. Ciertamente, es este un sector muy proclive a este tipo de comportamiento. La intervención estatal de la Economía, incluso en los países de más raigambre capitalista, es un hecho evidente que no necesita de especial demostración; y no sólo indirectamente, a través de los impuestos y de las leyes que disciplinan la actividad económica privada, sino también directamente como sujeto económico, adoptando la forma de empresa pública o mixta e interviniendo en el mercado. De un modo u otro la Administración actúa y toma decisiones de carácter económico o con incidencia en la economía y lo hace, obviamente, a través de sus funcionarios y de las autoridades políticas que toman, o participan en la toma de decisiones.

No es extraño, pues, que desde siempre se haya mostrado particular empeño en evitar que el funcionario o la autoridad política se aprovechen de su cargo u oficio para lucrarse económicamente o lucrar a otros. De un modo u otro, la situación de prevalencia en la que se encuentran frente al ciudadano de a pie, facilita en que pueda aprovecharse de ella, lo que obviamente conculca los principios más elementales que deben inspirar el ejercicio de la función pública: el de imparcialidad sobre todo, pero también el de un ejercicio correcto y honesto de dicha función.

Como decíamos antes respecto al tráfico de influencias, el abuso del poder político como forma de enriquecimiento ha sido una de las lacras de nuestra administración a través de la historia, y no solo de la más reciente. El sentido patrimonialista de la función pública se evidencia en los negocios particulares que se realizan desde el poder o

a través de él aprovechándose de las ventajas y conocimientos que ofrece el mismo. Nunca como en esto casos se puede decir que "el saber es poder", o a la inversa que "el poder es saber". El Ministro del ramo sabe cuales van a ser las características de los ordenadores, o de los uniformes de los ordenanzas que va a comprar el Ministerio y puede adaptar la convocatoria del concurso a una determinada marca o avisar a unos amigos para que preparen con tiempo la oferta que más conviene. El alto funcionario del Ministerio de Comercio puede avisar a alguien de la importación que se va a autorizar de unas determinadas máquinas, cuya concesión obtiene para España esa persona. El alcalde compra terreno y los pone a nombre de su mujer, tras cerciorarse de que el grupo mayoritario va a votar la conversión de esos terrenos en una urbanización de lujo.

Son sólo ejemplos cuyo parecido con la realidad es pura coincidencia, que demuestran cómo la información privilegiada o el conocimiento de hechos que pueden calificarse de secretos puede ser utilizada con incluso mejor fortuna que en el ámbito del mercado de valores y, desde luego, con mayor trascendencia económica para los individuos y la sociedad.

Afortunadamente, en una sociedad democrática, mientras más transparente sea la gestión pública y más eficaz sea la oposición y el control político del poder, menores serán las posibilidades de que este tipo de hechos se produzcan. Pero como recientes escándalos demuestran, no son suficientes los sistemas de control político, ni de exigencia de responsabilidades políticas, para atajar este y otros abusos similares. El Derecho penal, una vez más, y de acuerdo con el principio de accesoria y de intervención mínima, aparece como el último bastión protector de la pureza y de la eficacia de un sistema, en el que, teóricamente al menos, nadie es más que

nadie y en el que, en ningún caso, el poder político puede ser una prebenda o una forma de lucrarse ilícitamente soltándose las reglas y principios que rigen para los demás miembros del sistema.

En el perfeccionamiento del sistema y como protección reforzada del mismo frente a nuevas formas de criminalidad, parecía, pues, necesario la creación de este delito de utilización de secretos e información privilegiada por parte de funcionarios o autoridades, que ahora se tipifica en el Art. 368.

Pero ¿hasta qué punto es necesario este nuevo tipo delictivo?

Ciertamente, los tipos delictivos relacionados con el secreto o la información privilegiada sólo castigan su revelación, divulgación o descubrimiento, no su utilización en provecho propio. Ello constituye una laguna deplorable en algunos casos. Así, por ejemplo, es impune la utilización en beneficio propio del secreto industrial, ya que el ámbito de punición del Art. 499 alcanza solo al descubrimiento, es decir, a la revelación a un tercero. Si un empleado de la Coca Cola llega a conocer la fórmula secreta de tan famosa bebida y monta su propia fábrica haciéndose rico, no cometería delito alguno de descubrimiento de secreto, aunque si quizás uno de competencia desleal.

Tampoco los Arts. 367 y 368 en su anterior redacción prevenían en relación con el funcionario la penalización autónoma del uso indebido del secreto que el funcionario conociera por razón de su cargo cuando ese uso no consistía en revelación.

Quizás se pensaba que la mayoría de los usos indebidos del secreto irían precedidos de su revelación con lo que la punición expresa no es necesaria. Sin embargo, la realidad demuestra lo contrario. Mirados estos delitos desde el punto de vista de la

intimidad, el ataque a la misma solo se produce con la revelación a terceros del hecho que le afecta. El simple saber para si es impune. Claramente se demuestra esto en el Art. 497, en el que aunque se castigue ya el simple apoderamiento de las cartas, papeles o documentos en el que constan los secretos, este apoderamiento solo es punible si se lleva a cabo con ánimo de descubrir los secretos. Con aun mayor claridad se observa este elemento trascendente al simple conocer el secreto en los Art. 498 y 499, en los que precisamente se parte de que el sujeto conoce ilícitamente el secreto por su relación personal o laboral con el titular del mismo; y en los Arts. 122 bis y 135 bis a), bis b), bis c) y bis d), si bien en algunos de estos preceptos se castiga además el falseamiento y la inutilización de información legalmente clasificada, lo que implica un uso indebido de la misma. En los Arts. 192, 2º y 366 se castiga la apertura de correspondencia, pero nada se dice tampoco sobre la utilización indebida de la misma que puede constituir un delito distinto del descubrimiento y revelación de secretos o de injurias o calumnias, pero que no es punible como tal.

El Código Penal en relación con los funcionarios y autoridades había utilizado, sin embargo hasta la fecha otras vías para sancionar este hecho. Partiendo de la idea de que el conocimiento privilegiado de datos secretos o informaciones profesionales, en tanto no sea revelado a terceros, no es punible, pero sitúa al funcionario o autoridad que lo posee en un plano de superioridad respecto al administrado, ha elevado a la categoría de delitos específicos para el funcionario o autoridad aquellos casos en los que estos ejercen profesiones o actividades incompatibles con la función pública que desempeñan o intervienen en beneficio propio en la contratación administrativa. Ejemplos

característicos de ellos son los Arts. 198, 400, 401 y 404.

El Art. 198, por ejemplo castiga con la pena de inhabilitación especial y multa a la "autoridad o funcionario público que, prevaliéndose de su cargo, ejerciera alguna profesión directamente relacionada con la esfera de sus atribuciones oficiales o interviniera directa o indirectamente en empresas o asociaciones privadas con móvil de lucro", El Artículo anterior 404 no es más que un subtipo, privilegiado, del Artículo anterior que castiga a determinadas autoridades que realicen ciertas actividades dentro de su jurisdicción o cuando se mezcla directa o indirectamente en operaciones agro, tráfico o granjería; y los Arts. 400 y 401 la participación ilícita a título individual o conectadamente, en contratos en los que el funcionario debe intervenir por razón de su cargo.

Común a todos estos tipos delictivos es, como dice la S.T.S. 29 de mayo de 1989 (comentada por LUZON en La Ley, 1989) respecto al Art. 401, el interés de la Administración Pública, "pero más aun el moral que el patrimonial, pues aunque este tipo de hechos potencialmente podrían afectar a los intereses económicos, no se exige el requisito efectivo del perjuicio patrimonial - la oferta puede ser ventajosa incluso (se trataba de un Alcalde que había hecho adjudicar el contrato de suministro de hormigón a una empresa de la que era presidente y copropietario)- como tampoco el lucro efectivo del sujeto: hay una presunción de las posposición del interés público al privado".

"Luego lo que importa al legislador, sigue diciendo la citada sentencia, es preservar la integridad y rectitud del funcionario al resolver garantizar su imparcialidad frente a los administrados en general y frente a los

competidores ofertantes en las contrataciones en particular. Incluso, si él no fuera el que directamente decidiera, queda la grave sombra de su influencia sobre el subordinado que le supliría en la adopción del acuerdo.

Y ello sin contar con la ventaja que, a efectos de formulación de oferta, le daría la información con que cuenta en su posición desde dentro de la entidad, o mejor dicho en las dos entidades, la Administración y la empresa contratista, lo que hace recusable su participación como decisor y como parte intervenida.

En definitiva, parece, pues, que de algún modo, estos delitos, o por lo menos el Art. 401, tienen también en cuenta la información privilegiada y el tráfico de influencias ya analizado, que ahora se tipifican expresamente. Quiere esto decir que los nuevos delitos son superfluos.

En cierto modo, si, en la medida en que la mayoría de los supuestos de hecho en ellos comprendidos lo estaban ya en otros tipos delictivos. Pero no tanto en la medida en que expresamente tipifican lo que anteriormente, podía entenderse que estaba tipificado, pero no expresamente, sino a través de un proceso interpretativo que no estaba muy lejos de la analogía.

Imaginemos que en el caso juzgado en la S.T.S. 29 de mayo 1989, el Alcalde conociendo que el grupo de mayoritario en el Ayuntamiento había decidido aprobar la construcción de una urbanización de lujo en unos terrenos baldíos y que esta decisión se iba a llevar al próximo pleno donde con toda seguridad iba a ser aprobada, compra a bajo precio esos terrenos antes de que la decisión se adopte o de que trascienda la noticia, y que luego en los terrenos de su propiedad hiciera construir un hotel que contratara con su propia empresa. Difícilmente sería aplicable el Art. 401, ni ningún otro precepto penal que no fuera el nuevo Art. 368, y es que

este nuevo precepto viene a colmar lagunas que los Arts. 198, 400, 401 y 404 presenta, porque exigen una involucración personal, directa o indirecta, de la autoridad o funcionario en actividades, en las que por la propia legislación extra penal de funcionarios de contratos administrativos y la electoral debe abstenerse de intervenir. Y estas incompatibilidades con ser amplias y subsistir aun dos años después de haber cesado en el cargo, por su ámbito subjetivo, no abarcan todos los supuestos en que un funcionario o actividad puede prevalecerse del cargo y mucho menos los casos en que lo haga, sin ejercer alguna actividad incompatible o mezclarse en la contratación administrativa, simplemente utilizando los conocimientos reservados que tiene por razón del cargo.

Por ello, el legislador en un intento por extremar las preocupaciones frente a los abusos y corruptelas del poder de los que, por supuesto, tampoco está libre la democracia, ha hecho resucitar el delito de utilización indebida de información privilegiada y secretos que ya se encontraba previsto en el Proyecto de Castigo Penal de 1980 (Art. 468) y en la propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal (Art. 397), si bien con algunas particularidades notables que seguidamente vamos a exponer.

### **Elementos del delito de uso de información privilegiada**

El bien jurídico protegido en el nuevo precepto es, como en casi todos los delitos cometidos por funcionarios o autoridades en el ejercicio de sus cargos, la rectitud y la imparcialidad de la Administración, pero también la preeminencia del interés privado y, por supuesto, también el principio de igualdad de los ciudadanos ante la Ley que no debe admitir que el poder político se utilice en beneficio particular del que lo detenta.

Sujeto activo sólo puede serlo el funcionario público o autoridad al que con tanta amplitud se define en el Art. 119. La restricción del círculo de autores a estos sujetos no excluye, sin embargo, las reglas generales de la participación. Siendo delitos especiales propios no cabe hablar de coautoría ni de autoría mediata, con lo que se plantea el problema de cómo puede inculparse la conducta del particular que hiciere uso de la información recibida. La impunidad sólo puede ser salvada, o convirtiendo al particular en partícipe o, lo que es más aconsejable, tipificando expresamente el uso de la información recibida por parte del particular, al modo que lo hacían el Art. 468 del Proyecto del 89 o en 397 de la Propuesta de 1983.

La conducta típica consiste en hacer uso del secreto o información privilegiada. También aquí se plantea el problema de si puede entenderse por tal la comunicación del secreto o información a un tercero. A mi juicio, ello no es posible, pero no se crea, al menos para el funcionario, es esta interpretación una laguna de punibilidad, porque siempre sería aplicable el Art. 367 (revelación de secretos).

Difícilmente imaginable es la comisión por omisión pues la expresión "haciendo uso" requiere normalmente un comportamiento activo (comprar acciones, intervenir en algún tipo de actividad compatible, etc.). La simple omisión (a la vista de la información privilegiada abstenerse de hacer lo que se pensaba hacer, por ejemplo: comprar las acciones de una determinada sociedad) es, por tanto, y aparte de las dificultades probatorias, impune.

Objeto material es el secreto o la información privilegiada. El secreto, hecho sólo conocido por un círculo de personas, puede ser público o privado, pero es necesario que haya sido conocido por el funcionario o autoridad por razón de un oficio o cargo. Si

no es así, su utilización como tal es impune. Piénsese en un alto cargo del Ministerio de Justicia que recibe información de un amigo suyo que va a hacer una ampliación a la par de las acciones de un banco. Otra cosa sería que el alto cargo fuera del Ministerio de Hacienda o del Banco de España y que tuviera que intervenir de algún modo en la autorización de dicha ampliación.

La misma interpretación restringida hay que dar en relación con información privilegiada. Esta es definida expresamente en el párrafo 2º del Art. 368, siguiendo la definición contenida en el Art. 81 de la Ley del Mercado de Valor. Por tal se entiende: "Toda información de carácter concreto que se tenga exclusivamente por razón del oficio o cargo público y que no haya sido notificada, publicada o divulgada".

Elemento particular de este concepto son tanto el carácter concreto de la información (es decir, referida a un ámbito determinado), como el que sea desconocida para el público (es decir, no haya sido notificada, publicada o divulgada). Respecto a este último requisito no es suficiente el simple rumor o la vaga aparecida en la prensa para hacerle perder el carácter de información privilegiada, aunque a veces la información periodística sin confirmar puede convertirlo en un hecho ya notario. En este caso, habrá que estar a la fecha en que la información empieza a ser conocida y la fecha en que el funcionario o la autoridad ya la poseía, para ver si efectivamente llegó a utilizarse indebidamente.

En todo caso, la constatación del abuso del cargo u oficio es fundamental, pues, si la información se obtiene por otras razones, su utilización no constituye el delito previsto en el Art. 368.

El tipo exige para su consumación la obtención de un beneficio económico, para sí o para un tercero. En función de este

beneficio se determina la pena de multa, que junto a la inhabilitación especial se impone en el tipo básico. Ello plantea el problema de si este beneficio no se produce, pero se demuestra el efectivo uso de secreto o información privilegiada, caben la formas imperfectas de ejecución y como se calcula de este caso la multa.

Creo que este caso se debería valorar el importe que hubiera podido alcanzar ese beneficio y en función de ese cálculo imponer la pena inferior que corresponde por la tentativa o frustración. No se me oculta la dificultad que ello encierra en la práctica pero el mismo problema se da también en otros delitos donde la multa se determina de igual forma (Crf. por ejemplo, Art. 401); y en todo caso, ello no implica que las formas imperfectas de ejecución no sean punibles o que la obtención del beneficio sea una condición objetiva de punibilidad.

El tipo subjetivo requiere el dolo que lógicamente debe abarcar la obtención del beneficio. Sin embargo, la producción de un grave daño para la causa pública o para un tercero se configura como una cualificación por el resultado respecto a lo que sólo es exigible imprudencia (pena, prisión menor, además de inhabilitación y la multa).

### C) Cohecho impropio

La reforma del Art. 390 apenas tiene otro alcance que el estilístico en la configuración del supuesto de hecho típico; sin embargo se han modificado las penas aplicables, sustituyendo la pena de suspensión por la de arresto mayor (dándole con ello un mayor sentido agravatorio) y determinando la pena de multa en función del valor de la dádiva o regalo (el tanto al triplo del mismo, sin que pueda bajar de 100.000 pesetas), unificando

así el criterio de determinación de la multa en todos los tipos de cohecho.

Dice así el Art. 390: "El funcionario público que admitiere dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente, será castigado con la pena de arresto mayor y multa del tanto al triplo del valor de dádiva o regalo, sin que pueda ser inferior a 100.000 pesetas".

La sustitución de las expresiones "presentados" por "ofrecidos" y la de "oficio" por la de "función" es puramente estilística y tampoco añade gran cosa la nueva expresión "acto no prohibido legalmente" en lugar de la anterior "acto justo".

El problema tanto ahora como antes es la "adecuación social" como criterio de interpretación de este delito. Aunque en el ejercicio de la función pública el funcionario no debe admitir del particular ningún tipo de contraprestaciones económicas, ni siquiera indirecta, pertenece a los usos sociales, sobre todo en comunidades pequeñas, ofrecer al funcionario algún tipo de regalo en correspondencia a "pequeños favores" que este puede hacer que van desde ahorrarle al particular la pesada espera en la larga cola ante la ventanilla, hasta rellenarle el mismo funcionario los complicados formularios que el ciudadano tiene que rellenar para pedir un subsidio de desempleo. Realmente, nada de esto debería de suceder si la Administración funcionara correctamente, pero es inevitable que el ciudadano quiera ahorrarse molestias e incomodidades y "gratifique" de algún modo al funcionario que le ayuda. Esta gratificación puede ir desde el ofrecimiento de un cigarrillo puro, hasta la invitación a un café o cerveza, o el envío de un ramo de flores. Ya más lejanos de la consecución de un acto concreto están los regalos de onomástica, cumpleaños, etc., que



puntualmente suelen enviar los ciudadanos “agradecidos” a los funcionarios “benefactores”.

Mientras estas dádivas o regalos no pasen de cuantías moderadas o de lo que en los usos sociales (variables según la zona geográfica y el carácter de sus gentes), se considere forma habitual de relación amistosa (invitar a una cerveza, ofrecer tabaco, etc.), el Art. 390 no debe ser aplicado, por más que el regalo se realice en consideración a la función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente.

El problema se plantea cuando estas dádivas o regalos exceden de lo que se considera “adecuado socialmente”. Desde luego es chocante ver al funcionario que acaba de hacer un favor, comiendo con el “favorecido”, invitado por éste, en un restaurante de cuatro tenedores, succulentos manjares, acompañados de selectas bebidas y no menos chocante sería que el funcionario se pasara con toda su familia un mes de vacaciones pagadas en un hotel propiedad del ciudadano “agradecido” o recibiera de éste el día de su santo diez jamones de “pata negra” de 10 kilos cada uno. Y aunque ello no fuera de entidad suficiente como para mover la voluntad del funcionario a conceder sus favores, no cabe duda de que la habitualidad en este tipo de prácticas por parte de empresas muy fuertes en el sector en el que precisamente actúa el funcionario, corroe la honestidad e integridad profesional del mismo, como la gota cava la piedra.

Por lo menos a nivel disciplinario debería sancionarse la aceptación de vacaciones pagadas, tours de ejecutivos, invitaciones a congresos en las Bahamas, etc., que tan de

moda se están poniendo. Aunque solo fuera por eso de que “la mujer de César no solo debe ser honrada, sino parecerlo”, las comidas de trabajo, las invitaciones a carísimos restaurantes, los regalos en forma de carteras de piel y bolsos de cocodrilos, deberían desaparecer de la praxis de lo “adecuado socialmente” en el ámbito de la función pública. Desde luego no parece correcto ver el día antes del juicio al abogado invitando a cenar al juez, o al opositor a notarias o a cátedras cenando con un miembro del Tribunal que ha de juzgarlo. El “factor humano” nunca debe desaparecer de las relaciones entre Administración y administrado, pero tampoco potenciarse tanto hasta el punto de preferirse a criterios objetivos de cualificación, imparcialidad, justicia y eficacia.

El Art. 390 puede cumplir también una función de recogida de muchos supuestos de cohecho en los que no se puede demostrar efectivamente la entrega de una contraprestación económica por el acto realizado por el funcionario. En este sentido, cenas y ramos de flores pueden ser el humo que nos lleve a dádiva más sustanciosas capaces de doblegar las voluntades más puras. Igualmente, puede ser también el indicio de un “tráfico de influencias”, tal como se tipifica ahora en los Arts. 404 bis a), bis b) y bis c); y puede ser finalmente, la prueba de que “algo huele a podrido en Dinamarca” y de que ya va siendo hora de que se acabe con todo esto. Aunque el Código Penal no sea la panacea y la tímida reforma de 1991 no sea más que un gesto tampoco está de más que algo empiece a moverse para sensibilizar la conciencia tantos años adormecida por la “adecuación social” de estos hechos.

## *La investigación del delito*

### *Una aproximación desde la perspectiva del Estado de Derecho*

José David Campos Ventura\*

#### I. INTRODUCCION

La problemática de la investigación del delito admite diversidad de enfoques, tanto como muchas maneras de enfrentarse desde el ángulo de las decisiones políticas. No cabe duda de que ella representa algo así como la "piedra angular" que ha generado y sigue generando muchos de los defectos y distorsiones del proceso penal, el "nudo gordiano" en la crisis del sistema de justicia que afecta sustancialmente las bases de la nueva sociedad política cuya construcción y fortalecimiento se ha puesto en marcha en El Salvador.

Por lo mismo, la investigación del delito constituye una suerte de termómetro que

prima facies indica y determina el grado o nivel de eficacia o ineficacia que en la protección de las garantías y derechos humanos ha llegado a desarrollar la justicia penal en el país, a partir —desde luego— de esa forma de organización político-social históricamente proclamada como "Estado de Derecho"

Aún cuando son tantas las opiniones que se vierten respecto de los distintos tópicos que le son concomitantes, lo cierto es que muchas de ellas no son sino sólo afirmaciones superficiales, perfiladas aseveraciones sin fundamento que en ocasiones provienen de ciertos personajes (apologistas de una justicia autoritaria que se dicen llamar "analistas políticos" o "jurisconsultos", etc.) que desconocen las profundas complejidades de la justicia penal y que terminan por desorientar a la opinión pública cuando exigen, apasionadamente, la puesta en marcha de medidas autoritarias, totalmente destinadas para la transición democrática históricamente iniciada (por ejemplo: aumento de penas,

---

\* El autor actualmente es profesor titular de las cátedras de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal en la Universidad Tecnológica, y se desempeña como Investigador Jurídico del Proyecto de Reforma Judicial en El Salvador. Es coautor de "En Defensa del Nuevo Proceso Penal Salvadoreño" y del "Manual de Derecho Procesal Penal".

más amenazas de cárcel, restauración de la pena de muerte, mantenimiento de las presunciones de culpabilidad, utilización desmedida de la detención provisional, organización de ciudadanos en patrullas vecinales, etc., etc.). Estas medidas, claro está, suponen un desbordamiento descabellado y poco inteligente en la utilización de la violencia estatal, que sólo ha conducido al agravamiento de la crisis y a la descomposición misma de ese “Estado de Derecho” que tales personajes dicen defender.

Otros sectores sociales que detentan algún poder de decisión (por ejemplo: los legisladores), reconocen la crisis del sistema de justicia penal y la necesidad de su profunda transformación para la consolidación del Estado de Derecho. Sin embargo, no saben como encarar el desafío y al final también se dejan arrastrar por esas campañas de “ley y orden”, para acabar afirmando que el “mejoramiento” del sistema de justicia solamente se posibilita con el “endurecimiento” de las leyes, idea que termina canalizándose a través de pequeños “retoques” a los códigos que lo único que hacen es ocultar y potenciar las verdaderas causas que generan la crisis del sistema; adoptan de este modo, el típico discurso de “defensa social” olvidándose de que una justicia “tirana”, que utiliza a ultranza la violencia para reprimir a los ciudadanos sometidos bajo sospecha de haber violentado la norma jurídico-penal, no hace otra cosa que alimentar el círculo vicioso que desnaturaliza por entero el fundamento histórico-político del Estado de Derecho: en tanto instrumento legitimado pero limitado constitucionalmente, puesto al servicio del hombre para tutelar y preservar sus derechos y para garantizar la pacífica convivencia social.

La presente exposición, como su nombre lo indica, es tan sólo una aproximación al

tema de la investigación del delito, pero desde una perspectiva profunda y diferente; una perspectiva cuyo argumento esencial dimana de los mismos principios fundantes del Estado de Derecho; y que a lo mejor, nunca ha sido considerada ni por los operadores del sistema (jueces, abogados, defensores, fiscales, policías) ni por los “juristas” o “analistas políticos”, ni por los legisladores. Esta aproximación invita a una reflexión, que sintetiza la razón de ser todo auténtico “Estado de Derecho”, porque ciertamente “la justicia debe ser fuerte..., pero su fuerza debe ser justa”.-

## 2. EL TEMA Y SU IMPORTANCIA

De suyo, la investigación del delito es una etapa medular de ese mecanismo complejo que se denomina sistema de justicia penal. Ella, constituye un tamiz insalvable y por ello importante dentro del esquema procesal, con miras a posibilitar la realización de la justicia sobre la base de la búsqueda y encuentro de la “verdad real” en un supuesto fáctico que se dice delito.

Sin embargo, no debe perderse de vista que el fortalecimiento de la investigación del delito, el logro de su eficacia como período preliminar y preparatorio de la acusación y del juicio contradictorio, no constituye un fin en sí mismo, sino un paso insoslayable para la consecución eficaz de los fines generales del proceso (declaración efectiva del “ius puidendi” con el máximo respeto de las garantías individuales);<sup>1</sup> cuya material-

---

<sup>1</sup> Desde una posición clásica y reduccionista, orientada a la doctrina de la “defensa social” el proceso penal se impone como fines específicos: la “individualización del injusticiable” mediante el encuentro de la “verdad material e histórica”, metas cuyo efectivo cumplimiento conduce a la realización de los fines generales: el inmediato “aplicación de la ley penal al caso concreto”, para que en última

zación, redundando en el mejoramiento del servicio de la justicia penal<sup>2</sup> y, por consiguiente, en el mismo fortalecimiento del Estado de Derecho,<sup>3</sup> novedosa exigencia de las transformaciones políticas y sociales contemporáneos.

En efecto, la consolidación de un régimen de derecho, el avance hacia mejores estadios de democracia, pasa necesariamente por una transformación constante del sistema de justicia penal; transformación que inexorablemente debe tocar uno de sus pilares más importantes y sin el cual todo sistema político carece de fundamento legítimo como instrumento de salvaguarda de los intereses de la colectividad: el sistema de investigación del delito.

---

instancia se logre una "lucha eficaz contra la delincuencia". Vid. FLORIAN, Eugenio: "Elementos de Derecho Procesal Penal", trad. por L. Prieto Castro, BOSCH, Barcelona, S.M.D., pp. 58-59.- Sin embargo, desde una perspectiva globalizadora y coherente con las exigencias del Estado de Derecho, el proceso penal no se perfila únicamente a la consecución de una "lucha contra la delincuencia", pues si bien constituye la vía legítimamente instituida para la realización de la pretensión punitiva derivada de un delito, siempre lo hace a través de la utilización de garantías judiciales fundamentales. El proceso penal también es una garantía para los individuos, pues "queda doblemente caracterizado como medio de tutela del interés social de represión de la delincuencia, y como medio de tutela del interés individual y social de la libertad". Vid. MANZINI, Vincenzo: "Tratado de Derecho Procesal Penal", Tomo I, trad. por Santiago Sentis Melendo y otro, ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1951, p. 251.

<sup>2</sup> Efectividad del "servicio" que deriva de la efectividad del proceso, entendida ésta como "la aptitud de un medio o instrumento para realizar los fines o producir los efectos a los que se ordena". El servicio exige "que el proceso penal sea efectivamente realizado según las prescripciones constitucionales y legales, como así en la forma y tiempo normativamente dispuestos. Pero reclamará algo más: "antes" del proceso, su efectivo (y justo) acceso; después de él, también la efectiva ejecución de las penas (...),

### 3. INVESTIGACIONES DEL DELITO POLITICO

Compenetrados en esta idea, debe tenerse presente como primer presupuesto básico, que todo sistema político se auxilia siempre de un determinado sistema de justicia para el ejercicio legítimo del poder sancionador del Estado. Sistema Político y sistema de justicia se han encontrado así íntimamente ligados en el devenir histórico.<sup>4</sup> Por eso se afirma, con acierto, que todo sistema procesal es un producto cultural estrechamente condicionado por las diversas situaciones histórico-políticas que imperan en una sociedad concreta.<sup>5</sup>

---

respetando sobre todo la dignidad de las personas..." Vid. BERTOLINO, Pedro J.: "Proceso Penal y Servicio de la Justicia", Editora platense, La Plata, 1992, p. 102.

<sup>3</sup> Siguiendo lineamientos generales de Carlos A. Olano, la simple expresión "Estado de Derecho" (concebida por el individualismo de estirpe liberal), refleja una de las características del Estado Moderno, por cuanto contribuyó a disipar las arbitrariedades del poder absolutista, por el imperio de las normas. Siendo más preciso, la expresión "Estado de Derecho" sirve para indicar que existe un orden normativo que reconoce y garantiza a los ciudadanos una amplia gama de derechos frente al poder estatal. Vid. OLANOV., Carlos Alberto: "Derecho Constitucional e Instituciones Políticas", Segunda ed., Editorial TEMIS S.A., Bogotá, Colombia, 1987, pp. 46-47. Empero, aún cuando reconozco que el simple "Estado de Derecho" ha contribuido al delincamiento del nuevo modelo de Estado que se está perfilando y cuya denominación exacta es "Estado social de Derecho", prefiero por razones pedagógicas no adosar al término más calificativos que el de "Estado de Derecho".

<sup>4</sup> Cfr. MAIER, Julio B. J.: "Situación de la Justicia Penal y problemas de los sistemas escritos", en Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, No. 4, Doctrina Extranjera, M.S.D., pp. 1-5.

<sup>5</sup> Vid. VELEZ MARICONDE, Alfredo: "Derecho Procesal Penal", T. I, Ed. Lerner, 2a. ed., Buenos Aires, 1968, pp. 1-2. En el mismo sentido Vid.,

Partiendo de esta premisa, resulta lógico que la investigación del delito —como toda fase procesal— proyecte inevitablemente, con su funcionamiento concreto, las características generales del específico sistema de procedimiento penal en el cual se halla inmersa; dejando entrever, a su vez, su lógica y necesaria correspondencia con la orientación ideológico que sobre el binomio Estado/Individuo imprime el sistema de poder político vigente.

Comprobado está que los sistemas de justicia penal sufren los influjos de los condicionamientos socio-políticos en precisos momentos históricos. Por tanto, el modelo vigente de solución —más bien de “redefinición”<sup>6</sup> de los conflictos sociales de que forma parte la investigación del delito, no puede desligarse del modelo de ejercicio del poder político imperante. La realidad de los procesos histórico-sociales demuestra que si una sociedad determinada es gobernada por un régimen político autoritario, el sistema de investigación del delito tiende a desnaturalizarse en beneficio exclusivo del poder; colocando en evidencia a un sistema de justicia penal también de rasgos autoritarios. A contrario sensu, si una sociedad es gobernada por un régimen político democrático, respetuoso de los principios constitucionales y de las normas elementales de protección a los derechos humanos,

igualmente la investigación del delito tiende a proyectar la vigencia de un sistema de justicia penal cuya proyección democrática fortalece el resguardo de las garantías individuales sin afección ninguna del régimen de persecución punitiva, que liberado de los escondrijos y vicios del autoritarismo finalmente demuestra ser más efectivo en el combate contra el delito.

Desde esta perspectiva, la investigación del delito jamás cumplirá las mismas finalidades políticas ni producirá los mismos efectos sociales en un Estado de Derecho que en un Estado autoritario.

En un Estado de Derecho, la investigación del delito cumple el propósito de dar respuesta a la exigencia social de una pronta y efectiva justicia en todos los supuestos que impliquen una infracción de la norma jurídico-penal; procura de esta forma, el fortalecimiento del régimen de seguridad ciudadana frente a la amenaza que supone todo ataque de bienes jurídicos individuales o colectivos; pero, por supuesto, con total reconocimiento de las limitaciones sustanciales que impone el sistema de garantías de la Constitución de la República. La Investigación del delito, como periodo de preparación, se constituye así en el instrumento “ad-hoc” de cuya organización se vale el Estado no sólo para recoger y preparar de la manera más efectiva posible los elementos de convicción que podrían fundamentar la acusación pública y la eventual imposición del castigo estatal, sino también, para salvaguardar y otorgar plena vigencia a garantías judiciales básicas como el juicio previo (Art. 11 Cn.), la presunción de inocencia (Art. 12 inc. 1 Cn.), la inviolabilidad de la defensa (Art. 12 incisos 2 y 3 Cn.), etc.

En fin, la investigación del delito en una sociedad políticamente democrática, persigue —ante todo— sobre la base de la búsqueda afanosa de la verdad histórica por

---

GONZALEZ ALVAREZ, Daniel: “Los Diversos Sistemas Procesales Penales. Principios y Ventajas del Sistema Procesal Mixto Moderno”. Unidad Modular IV, ILANUD, San José, Costa Rica, 1988. p. 1.

<sup>6</sup> En el sentido de que en la base del proceso penal se halla siempre un conflicto inicial (social o interpersonal) que más tarde —en la sentencia judicial— puede ser re-compuesto o re-definido (no solucionado) en otros términos, más o menos admisibles socialmente. Vid. VINDER, Alberto M.: “Justicia Penal y Estado de Derecho”, AD-HOC, Buenos Aires, Argentina, 1993, p. 62.

imperium de la norma como expresión de la voluntad popular<sup>7</sup> (principio de legalidad procesal), la realización de la justicia preparando la correcta "solución" justa y adecuada al caso concreto partiendo —algunas veces— de las legítimas expectativas de los verdaderos protagonistas del conflicto inicial (principio de oportunidad).<sup>8</sup> Esta situación implica, naturalmente, el soslayo de toda axiología de la "verdad encontrada"; precisamente, por la misma relatividad de la función política de la "pena"<sup>9</sup> y del mismo concepto de "verdad"<sup>10</sup> y por indiscutible existencia de intereses o valores más primarios cuya utilidad social no puede ser ignorada en el paternalismo estatal.<sup>11</sup>

Por el contrario, en un Estado de caracteres autoritarios, la investigación del delito es el primer resorte de un mecanismo de represión

y control social destinado, por vía del sojuzgamiento de la libertad y dignidad humana, al mantenimiento del poder político imperante. La investigación del delito en este régimen, es sumamente violenta, despersonalizada, formal, burocrática, descoordinada y sin ningún control judicial efectivo; tiende a convertirse en la fase más importante y determinante del proceso a partir de la preeminencia o hipervaloración que adquieren los elementos de "prueba" recogidos en ella para fundamentar las sentencias judiciales; se caracteriza también por su arremetimiento selectivo y arbitrario contra la delincuencia bagatelaria y por su ineficacia total en la lucha contra la criminalidad poderosa (grandes fraudes financieros, corrupción estatal, terrorismo de estado, evasión impositiva, narcotráfico,

<sup>7</sup> Evidentemente que la fórmula "imperio de la ley" —como asegura Elías Díaz— se ha desprestigiado por su utilización en pro de la conservación inamovible y la defensa a toda costa de un orden autoritario, de una "legalidad" nada democrática, donde la ley se dicta sin suficiente participación popular, y se aplica en detrimento de los mismos derechos y garantías fundamentales, presupuestos básicos del Estado de Derecho. Vid. DIAZ, Elías: "Estado de Derecho y sociedad democrática", Taurus, Madrid, 1981, pp. 32-33. Por lo que resulta de suma importancia reorientar esa "legalidad" en el proceso penal (y concretamente de la voluntad de un poder ciego, incontrolado y autoritario, que dice perseguir todos los delitos pero que acaba arremetiendo fuertemente contra el sector más débil de la sociedad).

<sup>8</sup> Para profundizar sobre la contraposición: "Principio de legalidad-principio de oportunidad", Vid. ARMENTA DEU, Teresa: "Criminalidad de Bagatela y Principio de Oportunidad: Alemania y España", PPU, Barcelona, 1991. pp. 51-67. Vid. también, GONZALEZ ALVAREZ, Daniel: "El Principio de Oportunidad en el ejercicio de la acción penal", en: "Justicia y Sociedad". Revista Guatemalteca de Ciencias Penales, Año II-Nº 3-4, Noviembre de 1993, pp. 39-48.

<sup>9</sup> Cfr. Fernando Cruz, para quien "El Estado de Derecho no impone una concepción absoluta del principio de legalidad, ya que la función represiva del Estado se ha orientado hacia una concepción relativa de la sanción..." Vid. CRUZ, Fernando: "La Función Acusadora en el Proceso Penal Moderno", Unidad Modular V, ILANUD, San José, Costa Rica, 1989, p. 20.

<sup>10</sup> Tal y como lo sostiene Brinder, "la función del concepto de "verdad" dentro del proceso penal no es tan central como nos hemos acostumbrado a considerar a partir del iluminismo. Esto no quiere decir que la verdad (real, formal, forense, consensual, etc.) no cumpla algún tipo de función. Pero ella es una parte de las condiciones de legitimidad de la redefinición, y quizá no la más importante". Vid. BINDER, Alberto M.: Op. cit., pp. 64-65.

<sup>11</sup> Como ha referido Bertolino junto a un "deber ser normativo" que mira a la nota de legalidad del proceso, hallamos también un "deber ser axiológico" que contempla la esfera de los valores. Por lo que si bien la garantía del debido proceso reconoce como determinante el valor de seguridad, tiene como cometido esencial la solución justa de una controversia. Vid. BERTOLINO, Pedro J.: Op. cit., p. 15.- La mayor densidad axiológica de los intereses en juego en el proceso penal, justifica que las formas procesales como instrumentos deben adaptarse a la naturaleza de la realidad sobre la que operan.

secuestro, crimen organizado, etc., etc.); todo lo cual provoca, en el seno de la sociedad, un sentimiento de impunidad, de inseguridad y de insatisfacción que no solo denigra al sistema de justicia sino que lo deslegitima como institución republicana surgida por consenso para la correcta "pacificación" de los conflictos sociales.

En síntesis, la forma de organización social y, fundamentalmente, el carácter más o menos democrático de las instituciones político-jurídicas de una sociedad, juegan un rol determinante en el tipo de sistema procesal adoptado, en la orientación ideológica de la política criminal configurada y en la misma organización del sistema de investigación del delito. Todo análisis de instituciones fundamentales del sistema de justicia penal, debe tener presente esta dialéctica histórica: la estrecha vinculación entre el modelo de ejercicio del poder político y la manera como se administra la justicia penal, a partir de su componente preliminar y básico como lo es la investigación del delito.

#### 4. SINTOMATOLOGIA DE LA CRISIS

Efectivamente, la investigación del delito, como parte del andamiaje procesal, dejará al descubierto, a través de sus propias particularidades, la orientación política del sistema de justicia penal que rige en nuestro medio. La fórmula de su organización, sus formas estructuradas, la especificidad de su despliegue operativo, la dirección de sus políticas y estrategias, hacen que ella se constituya en un parámetro a través del cual se puede determinar la verdadera orientación del poder punitivo en El Salvador.

Penetrar entonces en la sintomatología del sistema, contribuye sobremanera a la verificación central del análisis: si la actividad investigativa desarrollada en nuestro entorno (hoy día supuestamente "dirigida" por el

juez instructor, supuestamente "controlada" por el fiscal, pero en última instancia realizada materialmente por la Policía y sin ningún control efectivo), responde a la aplicación de una política criminal cuyos principios fundantes emanan ciertamente de la Ley Suprema; o por el contrario, responde a una política autoritaria cuya finalidad no es la búsqueda del equilibrio de los intereses en pugna, ni el respeto a los derechos y garantías constitucionales, sino más bien, su degradamiento a través del excesivo aumento de la represión punitiva estatal, como pretexto del trillado discurso de "defensa social".

Partiendo de lo dispuesto por el Código Procesal Penal vigente, el sistema de investigación pivota, fundamentalmente, sobre la actividad de tres órganos básicos: la Policía, la fiscalía y el juez. De este modo, la investigación como fase preliminar del juicio contradictorio, se subdivide en dos etapas: 1) La denominada **investigación "extrajudicial"** que es realizada, dirigida y controlada por la Policía (tradicionalmente dominada por el estamento militar),<sup>12</sup> con intervención más formal que real de una fiscalía "pasiva" y, 2) la **investigación judicial**, dirigida por un juez instructor que además de investigador, debe ser el garante-contralor de la persecución penal y, todavía más, el decisor final del conflicto.

Obsérvese como, en las actuales estructuras procesales, la ley de ninguna manera otorga al fiscal el papel protagónico

<sup>12</sup> Una Policía que ha desnaturalizado su función de garantía de las libertades y seguridades ciudadanas para incorporarse a la estrategia de un control "de orden público" -basado en el terror y la arbitrariedad, propia de la ideología de la "defensa hemisférica" impuesta por las dictaduras tradicionales para sojuzgar a sus desidentes y opositores. Cfr., TACORA, Fernando: "Política Criminal en América Latina", Ed. librería del Profesional, Colombia, 1990, p. 207.

que constitucionalmente le corresponde como órgano oficial en la dirección de la investigación y promotor de la acción penal pública (Art. 193 N<sup>os</sup> 3o. y 4o. Cn.). En realidad, desde el punto de vista de la ley secundaria, el fiscal es el simple “control de la legalidad”, un apéndice del tribunal que factiblemente puede sobrar en el esquema sin que ello signifique un trastorno grave para el curso de la investigación y del proceso en general; su presencia, aunque se considere útil, no es determinante ni imprescindible para la investigación o para el impulso procesal que imprime la jurisdicción oficioso.

Para nadie es un secreto, que este diseño de investigación preliminar que nos rige, cuyas fuentes devienen de la misma roma imperial, del inquisitismo medieval y del reformismo napoleónico trasplantado por vía de la España colonizadora, ha reflejado en la práctica cotidiana una serie de síntomas que ya demostraron su ineficacia y su colapso.

Para el caso, el sistema en boga propicia que la prevención policial se convierta en la regla:<sup>13</sup> así, el proceso penal se inicia, en la mayoría de los casos, no porque el fiscal haya promovido la acción penal (lo que en contados casos sucede), sino porque la misma ley faculta a la policía para instar la actividad jurisdiccional sin necesidad de que ella esté controlada o dirigida por el fiscal. Esto arroja como consecuencia, la preeminencia de los atestados policiales por encima de la

actividad que realice el fiscal. Las diligencias policiales, en las que el fiscal —en más de las veces— ni siquiera participa, han bastado para que —en muchas ocasiones— el juez decrete la detención provisoria sin que éste ni aquél se percaten fehacientemente sobre la verdadera existencia de los presupuestos facticos y jurídicos que posibilitan el mérito real de la medida cautelar (Por ejemplo Art. 138 inciso 3, Pr. Pn.).<sup>14</sup>

Como consecuencia, existe la tendencia generalizada de otorgar a las llamadas diligencias “extrajudiciales” un valor preponderante y definitivo que desnaturaliza por entero la fase más importante del proceso penal: el juicio (plenario o fase contradictoria). Tanto así, que el sistema todavía descansa y gira en torno a la tristemente celebre “confesión extrajudicial”, medio de prueba por “excelencia”, cuando permite que ella —por sí sola— sea suficiente para lograr la condena de los procesados (Por ejemplo Art. 496 incisos 4 y 5, Pr. Pn.).<sup>15</sup> Nada más nefasto para la garantía

<sup>13</sup> En efecto, las actuaciones policiales constituyen la válvula de entrada al sistema penal, “lo que revela además la amplitud del poder policial, no solamente restringida a las faltas policivas sino juzgando un rol clave en lo penal, en el que su definición de lo que es permitido o no, determinará el movimiento del aparato penal. Mientras los jueces se limitan a los casos que les corresponde por los mecanismos de asignación o distribución de ellos, la Policía conserva plena la posibilidad de intervenir en todo el universo ciudadano. El universo de los Jueces está restringido a un número concreto de casos” *Ibid.* p. 131

<sup>14</sup> El inciso 3 del Art. 138 Pr. Pn. dispone: “Las indagaciones y declaraciones de ofendidos, vecinos del lugar y testigos de importancia serán tenidas por el juez en conjunto, como elementos de juicio suficientes para el solo efecto de decretar la detención provisional del imputado si de ellas resultare que éste tuvo participación en el hecho; en todo caso, el juez deberá verificarlas a la mayor brevedad a efecto de confirmar o revocar la detención decretada”.

<sup>15</sup> El inciso 4 del Art. 496 Pr. Pn. textualmente dispone: “En las causas por delitos comunes la confesión extrajudicial que reúna los anteriores requisitos será apreciada como prueba suficiente para decretar la detención provisional, para someter la causa a juicio contradictorio o al conocimiento del jurado, en su caso” Por su parte el inciso 5 de la misma previsión legal dice: “En las causas excluidas del conocimiento del jurado, si después del auto de llamamiento a juicio y antes de la sentencia subsistiese la confesión extrajudicial como única prueba de la delincuencia, corresponde al juez apreciarla de acuerdo con las normas de la sana crítica, a efecto de pronunciar la sentencia correspondiente”.



constitucional del juicio previo, que esa "confesión extrajudicial", producto muchas veces de la tortura, de la amenaza y del chantaje, adquiera entera validez para los jueces y fiscales, cuando tales operadores solamente han obtenido un conocimiento artificial y mediatizado de los hechos.<sup>16</sup>

Esto demuestra que en nuestro sistema, el imputado no es un auténtico sujeto procesal con prerrogativas reales de ejercer eficazmente su legítimo derecho a defenderse, sino que continúa siendo el mero objeto de la investigación autoritaria prototípica del sistema inquisitivo que ya no responde a las nuevas exigencias que impone el proceso de transformación democrática que en El Salvador se ha iniciado. Sumado a esta distorsión, la "indagatoria judicial" que debería ser una garantía real de defensa no es sino otro medio más de prueba, donde la mentalidad del "juez" ("contralor de las garantías" pero al final perseguidor) en la medida que va "investigando" ex-officio y va descubriendo elementos de "prueba", psicológicamente se va vinculando y comprometiendo con una determinada "convicción" que irremediablemente le conduce (y de hecho le ha conducido históricamente) a la emisión, con demasia, de decisiones en perjuicio del procesado sin la objetividad debida.

Por otro lado, tampoco es de recibo la vulneración de muchos principios constitucionales (pronta y cumplida justicia, inocencia, juicio previo, inviolabilidad de la defensa, etc.) por esa lentitud, formalización,

burocratización y "excesivo ritualismo"<sup>17</sup> de la investigación judicial; que convertida en una simple acumulación mecánica de actas, ha propiciado, además del fenómeno de impunidad<sup>18</sup> de la delincuencia no tradicional, la generalización de la detención preventiva y, con ello, el elevado número de los presos sin condena.<sup>19</sup> Naturalmente, todo producto de esa estructura arcaica en la administración de los tribunales, pero donde mucho tiene que ver ese desorden y descontrol en la función administrativizada del fiscal, quien no ha sido capaz de romper con los exabruptos y arbitrariedades de una Policía "militarizada" desconocedora de sus deberes y limitaciones sustanciales.

Otro factor detonante de la crisis del sistema, lo constituye el fenómeno de la "delegación de funciones",<sup>20</sup> elemento

<sup>16</sup> Prohijando palabras de Bertolino: "la obtención de la verdad solo es constitucionalmente admisible en un clima donde prive el valor tolerancia para el imputado y no el disvalor autoritarismo, circunstancia esta última que importaría una ilegítima coacción al individuo-persona viciando con ello ética y jurídicamente la incorporación del dato al proceso y la eventual condena en base a él" Vid. BERTOLINO, Pedro J.: Op. cit., p. 92.

<sup>17</sup> "Exceso ritual" que implica una desnaturalización y un uso irregular de las formas procesales, en el sentido de la no adecuación a la finalidad por las que se han establecido; situación que se configura en un verdadero "abuso del derecho", un "ejercicio antifuncional de la actividad jurisdiccional" que distorsiona la "verdad jurídica objetiva" perjudicando a la justicia y a los justiciables. Vid. BERTOLINO, Pedro J.: "El Exceso Ritual Manifiesto", Ed. Platense, La Plata, 1979, pp. 41-42.

<sup>18</sup> Sobre el fenómeno de impunidad por la excesiva burocratización de la investigación, Vid. BINDER, Alberto M.: "Introducción al Derecho Procesal Penal", Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, 215.

<sup>19</sup> Según datos proporcionados por "Apoyo Técnico para la Reforma Judicial" del Ministerio de Justicia, hasta el 5 de enero de 1994, el 76.75% de una población aproximada de 5 mil 800 personas, se encuentran detenidas "provisionalmente" (sin condena) en los centros penales del país. Es decir, a 4 mil 230 personas se les ha privado de su libertad "provisoriamente" como un verdadero anticipo del castigo, siendo constitucionalmente personas inocentes.

<sup>20</sup> Respecto al fenómeno de "delegación de funciones" como distorsión básica de la independencia judicial, Vid., BINDER, Alberto M.: "Introducción...", Op. cit., pp. 86 y sigs

distorsionante del principio de independencia judicial, cuando la responsabilidad de tramitar, de "investigar" y juzgar el caso subyace verdaderamente en un auxiliar del juez, mientras éste realiza labores propias de un administrador enredado en el trámite burocrático. Fenómeno que, indudablemente, ha nutrido esa mentalidad formalista de muchos jueces y fiscales que, como operadores del mismo sistema de investigación, lejos de preocuparse por investigar los hechos y buscar los indicios que le aproximen al verdadero culpable, defienden a toda costa los formulismos rituales y burocráticos y terminan por adoptar una actitud conformista con la versión policial que, de suyo, es la que circunscribe y orienta el curso del expediente judicial.

Pero quizá el factor más trascendente y determinante que denota la crisis y el fracaso del sistema vigente de investigación de los delitos y su inadaptabilidad a las nuevas circunstancias que impone la dinámica de la fenomenología delincencial, lo constituye —como ya adelantaba— esa movilización del juez penal con duplicidad de funciones; pues además de tener que desplegar la jurisdicción de manera oficiosa, en arrebato de la titularidad requirente que no le corresponde, debe ser —al unísono— el garante contralor de los límites de su propio poder de investigación. Sin embargo, lejos de cumplir con el cometido que la ley secundaria le impone, termina gastando sus energías y su tiempo encerrado en su oficina realizando meros trámites de nulo contenido jurisdiccional.

Mientras trata, inútilmente, de ser un buen juez (controlador garante) y un buen investigador (perseguidor eficaz), muchos de los principios y garantías constitucionales se ven violentados por éste esquema que concentra, de hecho, en manos de un mismo

órgano estatal, dos poderes completamente distintos e incompatibles: investigar y juzgar.

Por estas razones fundamentales, es el momento de admitir el colapso y la ineficacia de la organización actual en el sistema de investigación del delito. Es menester, que en la futura reforma de la justicia penal, se redefinan las funciones de los operadores del sistema, adecuando las mismas a la naturaleza precisa e inequívoca de la potestad que constitucionalmente ellos deben ejercitar.<sup>21</sup> Por ello mismo, el sistema no puede seguir gravitando alrededor de la figura de un juez "investigador" y sintetizo mi argumento en dos aspectos básicos:

Primero, porque la figura del juez "investigador" o "instructor" (tal y como se la regula desde los Códigos de Instrucción Criminal de 1863 y 1882, pasando por la legislación de 1974), ha demostrado, a lo largo de toda la historia de la justicia penal salvadoreña, ser un malísimo garante; precisamente, por su incapacidad de poder sustraerse en el acto de decisión a los influjos subjetivos de su actividad agresiva e investigadora. Resulta difícil que un juez pueda desvincularse por entero de su propia investigación, porque en la medida que van apareciendo las evidencias que comprometen al procesado, en esa misma medida, se va formando en su mente una convicción prematura y solo parcialmente fundada, que

<sup>21</sup> Al juez le corresponde "juzgar y hacer ejecutar lo juzgado" (Art. 172 Cn.) y al fiscal le corresponde "dirigir la investigación del delito" y "promover la acción penal de oficio o a petición de parte" (Art. 193 Ordinales 3º y 4º, Cn.). Bien ha referido Binder que "un Código de Procedimientos será inconstitucional toda vez que le otorgue a los jueces tareas que son esencialmente incompatibles con la misión que les asigna la Constitución, es decir, con su tarea de juzgar. La tarea de investigar por ejemplo, es incompatible con la de juzgar, por más que una y otra sean ejecutadas por jueces diferentes". Vid., BINDER, Alberto M.: "Introducción...", Op. Cit., p. 295.

más de las veces psicológicamente le predispone a la aplicación apresurada de medidas coercitivas y a la emisión de fallos de condena.<sup>22</sup> La dinámica procesal ha demostrado, que no hay nada más peligroso para el imperio de la “imparcialidad judicial” y para la vigencia efectiva de la garantía de defensa, que obligar al juzgador a convertirse en investigador del procesado, contralor del respeto a las garantías de éste y evaluador del mérito probatorio de su propia investigación.<sup>23</sup> Pues, ciertamente, el principio del “juicio previo” se violenta toda vez que el fallo judicial definitivo surge del “pre-juicio” y no del debate oral, público y contradictorio.

En segundo término, la figura del juez instructor ha demostrado ser también un malísimo investigador. En realidad, mucho tiene que ver esa dualidad de atribuciones que la ley impone al juez para que en escasa medida pueda percibir la verdad histórica del hecho delictivo, pues no siempre se le ve constituirse a la escena del delito, no siempre se le mira presente cuando se realiza un peritaje, en raras ocasiones se le ve presenciarse el interrogatorio que el escribiente hace al testigo, etc. En fin, por la excesiva concentración de atribuciones a la que ha sido sometido y por el exagerado número de casos por resolver, difícilmente se encuentra en la capacidad de dirigir la investigación percibiendo, recogiendo o recabando —personalmente— las distintas eviden-

cias, a cuyo conocimiento llegan solamente de manera indirecta y a través de la lectura del expediente.

Hoy en día, las transformaciones político-sociales en El Salvador, empujan a la consolidación de un auténtico Estado de Derecho, vía transformación de la justicia penal; en éste nuevo contexto histórico, que se inaugura con los “Acuerdos de Paz”, no sólo por elementales razones de lógica procesal sino por un imperativo de la norma constitucional, resulta inadmisibles que el fiscal que debería investigar, deba seguir controlando lo que el juez “investiga” (más bien lo que convalida del expediente policial), y éste que sólo debería controlar la investigación la continúe realizando “personalmente”. Evidentemente, la inversión de roles se justifica, porque está demostrado que nadie es buen centinela de sus propios actos y que el buen inquisidor aniquila y sepulta al buen juez.

A grosso modo, estas son algunas de las particularidades propias de un sistema de investigación del delito —imbuido en las complejidades de todo un sistema procesal que ya tiene largo rato de estar en crisis. Sin embargo, pese a esta diversidad de síntomas que demuestran la ineficacia del sistema, existe cierta tendencia a no vincular ese fracaso con la situación de crisis política y socialmente vivida. Es una visión superficial y reducida que atribuye a los operadores del sistema una labor sin importancia, hueca y tangencial; visión que no permite advertir que todo sistema de persecución penal ineficaz y antigarantista multiplica los conflictos sociales y profundiza la crisis.

Quiénes piensan así, no son capaces de comprender que el fortalecimiento de una democracia y la consecución de la paz social, pasan necesariamente por la reestructuración de los distintos componentes de la justicia penal.

<sup>22</sup> Cfr. SCHMIDT, Eberhard: “Los Fundamentos Teóricos y Constitucionales del Derecho Procesal Penal”, trad. por José Manuel Nuñez, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, S.M.D., p. 280.

<sup>23</sup> Cfr. VELEZ MARICONDE, Alfredo: Op. cit., T. II, p. 294. Cfr. también, BAUMANN, Jürgen: “Derecho Procesal Penal, Conceptos Fundamentales y Principios Procesales”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 49. En el mismo sentido, Vid. BINDER, Alberto M.: “Introducción...”, Op. cit., pp. 217-218.

En términos generales, todo lo descrito revela la existencia de una crisis institucional en el sistema de investigaciones que resulta difícil ocultar; esta crisis, que deslegitima al sistema de justicia penal en general, es susceptible de ser visualizada desde una doble perspectiva: desde el punto de vista de la ineficacia del sistema como método de lucha contra la delincuencia y, desde el punto de vista de la ineficacia del sistema en su misión por preservar los derechos y garantías fundamentales del ser humano frente a los abusos y arbitrariedades de la persecución punitiva del Estado.

## 5. LA NECESIDAD DE UN NUEVO DISEÑO DE POLÍTICA CRIMINAL

La sintomatología descrita, debe mover a reflexión a los distintos operadores jurídicos, sobre la imperiosa necesidad que existe para que se realice una profunda transformación del sistema a partir de un replanteamiento o cambio de dirección en las decisiones políticas relativas a la específica función que cada uno de ellos cumple en el proceso penal. Indiscutiblemente, los órganos de la persecución penal: Policía, fiscalía y juez, deben ser objeto de una redefinición en sus atribuciones de conformidad al marco constitucional; lo que supone, inevitablemente, la transformación misma de las estructuras legales secundarias sobre las cuales han venido fundándose sus propias actividades.

Este reacomodo de la etapa de la investigación y de las demás fases del proceso penal, importa también el cambio de una política criminal cuyo matiz inquisitivo y autoritario se halla incrustado en los párrafos del código, en las fórmulas de los procedimientos, en la práctica y hasta en la mentalidad de los operadores del sistema.

La política autoritaria hasta hoy desplegada en la investigación del delito, debe cambiarse totalmente por una política criminal integral,<sup>24</sup> de clara orientación democrática y garantista, limitada al precepto constitucional y cuyo propósito esencial sea la búsqueda constante del Debido Proceso, de ese justo equilibrio que debe reinar entre el interés social, conmovido, perjudicado, dañado, atemorizado por la comisión del delito y, el interés individual puesto en peligro por su sometimiento a un proceso.

La reforma penal, no debe ser un intento de política de eficacia que se oriente a la protección exclusiva de los intereses sociales, como tampoco debe ser un intento de política exclusivamente garantista que únicamente oriente sus esfuerzos a la protección de los intereses individuales.

En mi opinión, la mejor política criminal que puede desplegarse para el mejoramiento del sistema de justicia penal, y, en particular, para el mejoramiento del sistema de investigación del delito, será aquella que sea capaz de abarcar integralmente las dos direcciones del sistema, los dos intereses en conflicto en todo proceso penal, sin comprometerse exclusivamente con uno solo de esos intereses.

De nada sirve el fortalecimiento de la investigación científica del delito, si se mantiene un esquema de investigación que va a continuar vulnerando las garantías y derechos constitucionales. Tampoco resulta acertado elevar al máximo posible las garantías constitucionales, si a la sociedad no se le provee de un buen sistema de investigación del delito que integre coordinada, sistemática y dinámicamente a

---

<sup>24</sup> Para profundizar sobre política criminal como marco de referencia ineludible del proceso penal, Vid. BINDER, Alberto: "El Proceso Penal", ILANUD, Forcap, San José, Costa Rica, 1991, pp. 3-15.

las diversas entidades estatales en cuyas espaldas subyace la responsabilidad de generar expectativas y señales positivas, para la credibilidad del mismo sistema de justicia, pero sobre todo, para su legitimidad en el seno de la sociedad políticamente democrática que hoy día en El Salvador se pretende construir.

La nueva política criminal, para que ayude verdaderamente a consolidar el ideario de una sociedad democrática regida por el imperio de la norma constitucional, debe conjugar equitativamente la diada garantía-eficacia<sup>25</sup> en toda las etapas del proceso penal, pero todavía más en su fase de investigación. Como aconseja Ricardo Levene:<sup>26</sup> “tenemos que buscar ese camino del medio, ese término medio, esa conjugación armoniosa de los intereses sociales con el interés individual” para que surja lo que se ha dado en llamar el Debido Proceso Penal.

## 6. CONCLUSION

Evidentemente, una de las características generales que constituye una exigencia básica e indispensable en todo auténtico Estado de Derecho, es la protección de los derechos y libertades fundamentales de la persona humana; garantías jurídico-formales de las

que la colectividad espera su “efectiva realización material”.<sup>27</sup>

El objetivo de todo Estado de Derecho y de sus instituciones fundamentales se centra en el interés soberano y popular de lograr —más que su formulación— la materialización de dichas garantías.

Estas exigencias, son una conquista histórica de la humanidad y constituyen, por consiguiente, el eje estructurador de la organización del proceso penal, institución fundamental cuya eficacia en la preservación de aquéllas, compromete la legitimidad en que se apoya el Estado de Derecho.

La investigación del delito es el subsistema preliminar y básico que se corresponde, lógicamente, con la orientación política que imprime la organización del proceso penal en general. Consecuentemente, de su correcta estructuración y de su funcionamiento concreto, va a depender, en gran medida, que los derechos fundamentales se institucionalicen en el ordenamiento jurídico positivo. La investigación preliminar puede contribuir, entonces, a que el Estado de Derecho se fortalezca y adquiera legitimidad y consistencia o, por el contrario, se desvanezca y pierda toda vigencia.

Por eso y en definitiva, todo intento de reforma de la justicia penal no puede soslayar la reestructuración del sistema actual de investigación del delito; tal reestructuración, en consecuencia, debe fundarse en una visión integral del proceso y partir de una transformación total de las estructuras legales

<sup>25</sup> Garantismo y eficiencia son los fundantes del nuevo proceso penal latinoamericano. “El primero, relacionado con los derechos subjetivos de las partes, de la defensa, de la tutela del justo proceso y del correcto funcionamiento de la función jurisdiccional; el segundo, vinculado con la eficacia del proceso penal. (...) como instrumento de la persecución penal, pero también de los derechos fundamentales, igualmente tutelados por intermedio del proceso” Vid. BERTOLINO, Pedro J.: “Proceso Penal...”, Op. cit., p. 19.

<sup>26</sup> LEVENE (hijo), Ricardo: “El Debido Proceso Penal y otros temas”. ILANUD, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, 1981, p. 27.

<sup>27</sup> Cfr. Elías Díaz, para quien el “establecimiento jurídico-constitucional de los derechos humanos fundamentales aparece, en efecto, como eje de todo Estado de Derecho. Lo que, en definitiva, éste pretende, frente al Estado absoluto de ancien régime y frente a todo Estado totalitario, es la protección, garantía y realización de los derechos humanos y de las libertades fundamentales a aquéllos conexiadas.” Vid. DÍAZ, Elías: Op. cit., p. 39.

que sustentan la actividad de los órganos de la persecución.

Para consolidar el proyecto político que significa el Estado de Derecho, se debe avanzar significativamente hacia el mejoramiento y constante fortalecimiento de la investigación del delito, pero sin descuidar el avance hacia la consecución de un proceso de garantía y derechos que la Constitución y los Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos (leyes de la república) proclaman.

Las profundas transformaciones político-sociales que se han llevado a cabo en nuestro país, posibilitan un verdadero cambio en las

estructuras de la justicia penal salvadoreña. Es menester, que en la base de esa transformación, se busque la organización de un moderno proceso penal que sea coherente con el momento histórico vivido. Un moderno proceso penal que además de ser eficaz en la investigación de los delitos sea efectivo en el resguardo de las garantías y derechos fundamentales; que demuestre que eficacia y garantía no son valores incompatibles e irreconciliables; que demuestren - de una vez para siempre- que para combatir y castigar eficazmente el delito no es necesario que se pague con moneda de dignidad y libertad.

# DERECHO ALTERNATIVO

## *Justicia conciliatoria. La resolución alternativa del litigio\**

**Carlos A. Martínez Mojica  
Mario Francisco Mena Méndez**

*"Gané mis pleitos, pero aún así, mírame en cueros"  
"un pleito trae consigo a ciento"*  
(DON QUIJOTE DE LA MANCHA).

### **1. LA JUSTICIA CONCILIATORIA Y LA CONSECUION DE LA JUSTICIA**

La Justicia conciliatoria es un método apropiado para la consecución de la justicia. Cuando se prueban nuevos métodos siempre se duda si sus resultados llegarán a ser mejores que el mal que se pretende abolir. En este caso, tratándose de un método que modifica la concepción tradicional de la Administración de Justicia, podría ocurrir que la opinión conservadora —que siempre argumenta en contra de aquello que signifique cambio —también busque justificar—que este método es inconveniente. Esto le ha sucedido a las reformas en materia penal, se ha dicho que son transplantes de culturas más avanzadas y que no se aplican a la nuestra. Similar ataque es previsible a la

justicia conciliatoria, se dirá que no existe la educación ni las condiciones morales para que un ciudadano sin conocimientos formales de derecho pueda eventualmente ejercer funciones judiciales, que esto requiere profesionalismo, virtudes y una conciencia especial. Este ataque conservador teme que la gente practique un ejercicio de aprendizaje jurídico y de este modo pueda opinar y pensar con independencia de las estructuras de poder.

Ciertos grupos aún más conservadores consideran al órgano judicial como el guardián de su poder y de las estructuras sociales, políticas y jurídicas en que se manifiestan, siempre se han opuesto a las aperturas de Instituciones Públicas, demostrando que la justicia no les interesa, tanto como la preservación de su Status Social.

Para poner un simple ejemplo: Todavía hasta el inicio de la década del ochenta, se acostumbra escoger al Juez de Paz entre los hombres de confianza de los miembros del

\* Conclusiones del Trabajo de Graduación del mismo nombre, del Seminario de Graduación presentado en octubre de 1994; recomendado para publicación por su Director: Dr. Carlos Amilcar Amaya.

gobierno municipal, en manos de grupos políticos conservadores.

¿Se escogieron hombres competentes para impartir la Justicia Local?

Seguramente no. En la historia popular y, en los libros hay testimonios de iniquidades a cargo de estos funcionarios: su rol no era judicial, sino colaborar con el poder local para facilitar el control de los desafectos del régimen.

Hasta aquí se ha comentado una previsible oposición que podría convertirse en un importante obstáculo para la adopción del nuevo método.

A pesar de lo que piensen los detractores, la gente tiene una idea de lo que es justicia, la cual se asimila de la vida familiar y se perfecciona después cuando se adquieren roles de adulto: padre o madre de familia, miembro de una comunidad, las obligaciones que nos exige el Estado, y otros medios de socialización como religión y la educación.

Por decirlo de un modo, esta es la cara de justicia vista “desde abajo”, desde la cultura del gobernado, y la justicia desde el Estado sería la cara de la justicia “desde arriba”, el mundo intelectual, abstracto y distante del Derecho, en el cual es admisible la disciplina de los requerimientos del proceso judicial; visto “desde abajo”, estas mismas condiciones resultan fastidiosas para la resolución de un problema sencillo, siendo incómodo el uso de tanto tiempo en formalidades. En la práctica, estas necesidades de justicia prescinden del medio judicial y el Litigio se queda lacerando la relación persona; solo acceden los hechos más significativos en los cuales vale la pena tener que realizar tanto trabajo y ocupación del tiempo.

En su finalidad de impartir justicia, el Derecho hace de los requisitos procesales, (como un efecto negativo) el repelente de las demandas más elementales de justicia, que

son el objeto por medio del cual la población común acude al Órgano Judicial. Es a esto lo que la doctrina llama “la justicia de base”, la cual se muere, y su efecto de resolución pacífica es abortado: indirectamente el sistema destruye el modelo ideal de Justicia.

La justicia conciliatoria es un rescate de las ideas originales que dieron vida a la justicia de base. De las corrientes modernas, agrega la participación de la Sociedad Civil.

Su propósito es de servir de medio para educar en el respeto a los intereses y las opiniones ajenas y además, enseñar a resolver pacíficamente y por voluntad las controversias. En este sentido, se reservará para la justicia común los hechos donde el interés es más conflictivo y el fin educativo es de segundo orden, ante la prioridad de zanjar el enfrentamiento para evitar el daño social.

La justicia conciliatoria contribuye para que la justicia adquiera el calor y el significado del acuerdo amistoso, fortalezca los métodos de negociación para perfeccionar la equidad y el buen juicio de vieja tradición en nuestro sistema legal —principios que superan ampliamente a la ley distante y fría—, como reglas para la realización de la paz y la justicia.

## 2. LA JUSTICIA CONCILIATORIA Y EL CONCEPTO DE JUSTICIA

Comúnmente cuando se acude al Órgano Judicial se piensa en el binomio vencedor-vencido y las personas se preparan para ganar la batalla. Esto desencadena un proceso psicológico y una inclinación de la voluntad para el ataque; a la larga, esta visión perjudica más de lo que beneficia a la persona ya que la mantiene en un estado de alerta que fatiga a su sistema nervioso.

En el concepto alternativo de justicia se le asigna un papel importante a la satisfacción



compartida de los intereses de las partes; se enseña que un litigio bien resuelto remueve sus raíces si considera las necesidades de los demás; la justicia y la negociación parecen íntimamente vinculadas, uno es presupuesto de la otra; la eficiencia del litigante no se mide por su coraje para la batalla sino por sus virtudes para negociar y acortar el litigio, se enseña que aplastar a los demás puede ser el último paso de un litigio, pero es el inicio del siguiente.

En este nuevo concepto, el aspecto humano, es elemental. Se subraya la necesidad de atender francamente los argumentos de los demás para no dejarse arrastrar por los hechos dispersos y externos.

Se parte de que todo litigio es expresión de necesidades que buscan satisfacerse, o sea que antes que una actitud perversa contra los demás, es una actitud encaminada hacia uno mismo.

Por ese motivo la negociación es lo más conveniente para hallar puntos comunes y fijar los puntos incompatibles: siempre y antes que todo ver en los demás seres humanos que como cualquiera buscan suplir una necesidad y no verlo como obstáculos sin humanidad.

En concepto alternativo de justicia socializa una nueva actitud ante el litigio y modifica la pauta cultural combativa que impide el acercamiento y la comunicación para compartir las necesidades y expectativas. La expansión de este nuevo concepto puede beneficiar incluso hasta las mentalidades más reacias, influyendo positivamente en todo el contexto social.

### **3. LA JUSTICIA CONCILIATORIA Y LA EFICIENCIA DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA**

Los diferentes sectores de la sociedad salvadoreña coinciden en que se debe mejorar

la Administración de Justicia, que deben abandonarse los anticuados esquemas heredados de la época colonial y de los primeros años de la República.

Entre los diferentes factores que le restan eficiencia, destaca la inadecuada estructura organizativa de los tribunales. Por ejemplo, la asignación de vario resolutores en un Tribunal aleja al Juez del Estudio de la prueba, infringiendo el principio de inmediación lo que va en deterioro de la calidad de justicia.

El rigorismo procedimental agrava aún más el problema: materialmente para el juzgador es imposible apersonarse a todos los juicios por la enorme cantidad de actuaciones escritas y requisitos procedimentales que deben cumplirse.

La legislación anacrónica, el ritualismo, el rigorismo procedimental y el poco profesionalismo de algunos jueces y litigantes, proyectan a la Administración de justicia como un mecanismo ineficaz para la resolución de las controversias.

Sin embargo, por ahora, vientos favorables empujan a la sociedad salvadoreña, y el consenso nacional por la renovación y el fortalecimiento de la justicia, tienen la oportunidad de realizarse.

El problema de la burocracia debe arrancarse desde la raíz. La burocracia es la forma en cómo encarna un pensamiento al que no le interesa francamente la eficiencia del servicio, sino lo que le importa es crear la imagen pública de una preocupación que en el fondo no existe. Por eso, no basta con reducir las normas y el número de empleados, así no se ataca el meollo de la burocracia. La reforma debe encaminarse hacia la incorporación auténtica de los sujetos destinatarios de la justicia, debe tocar la estructura, la forma histórica de organización, para asegurar un cambio productivo y no tener que lamentar cuando las reformas superficiales fracasen.

Las necesidades pueden ser resueltas; ahora es el momento oportuno para hacer de la justicia y la eficiencia la bandera de los cambios.

#### **4. LA JUSTICIA CONCILIATORIA Y LA CREDIBILIDAD DEL SISTEMA DE ADMINISTRACION DE JUSTICIA**

En la efectividad para lograr el imperio de la ley en forma firme y permanente, se cimenta la credibilidad de la administración de justicia. El imperio de la ley debe ser sensible a todos los sectores sociales para lograr que se crea en la capacidad del Estado de guardar los bienes y resolver las diferencias. No obstante, a algunos es más difícil de convencer que a otros. Este es el caso de los sectores más débiles de la sociedad quienes solo creen si ven los hechos y pueden sentir los cambios. La virtud de la justicia conciliatoria es precisamente esta, que sobre la práctica divulga sus principios en conexión inmediata con las personas. Para explicar mejor este argumento, se hará un esbozo caracterizando a los sectores de la sociedad.

Del lado del sector débil de la sociedad el valor macro-económico y la relevancia de sus rencillas es insignificante; generalmente se lesiona su mal formada cultura y auto-estima.

Del lado del sector de la sociedad, que se podría llamar sector fuerte, sus litigios tiene características opuestas a las descritas para el sector débil, y además son causantes de mayor daño; desde aquí actúa el crimen organizado y se compra la impunidad para no ser alcanzado por la ley.

De la suma de estos factores más los vicios de la corrupción, los privilegios ilícitos y el abuso, resulta en la opinión pública la pérdida de la credibilidad del Estado, con mayor impacto en las amplias capas sociales débiles, su reacción es rechazar la inter-

vención judicial para solventar la discordia promoviendo la inacción (que deriva en el consentimiento de la impunidad) y la justicia privada, (espacio adecuado para el delito) en esfuerzo de la marginalidad social y jurídica. El círculo vicioso se produce: las personas y su litigio de un lado, y por el otro el Estado insensible, ambos sin acercarse y alejándose cada vez más.

La solución es romper con ese círculo, aproximar al individuo y a la comunidad a métodos alternativos amparados por el Estado; cambiar la conciencia del individuo y asignarle un rol en el cumplimiento de los fines estatales en armonía con sus necesidades y expectativas concretas.

En consecuencia, para que la justicia conciliatoria pueda fructificar es conveniente que se realicen las siguientes actividades:

#### **1. Promover el uso generalizado de los MARC's: (métodos alternativos de resolución de conflictos)**

El Estado interviene en el litigio con la finalidad de evitar que se convierta en pleito violento la disputa de derecho, afectando el orden público. Sin embargo, entre el momento que nace la disputa y su resolución en el proceso judicial hay un largo espacio en que pueden presentarse diferentes posibilidades: Perjuicios morales y materiales ocasionados por la dilatación del proceso; otra posibilidad es que la disputa quede fuera del proceso provocando efectos negativos entre las personas, cimentando los prejuicios y el rencor; o la tercera posibilidad es que la disputa puede caer en el terreno de la justicia privada llegando a cometer hechos punibles.

En ese espacio hay un sensible vacío, falta un mecanismo dinámico que permita resolver el litigio, sus posibles efectos y principalmente la violencia; se debe organizar

un proyecto ambicioso, tendiente a culturizar a toda la población en el empleo de métodos de negociación pacíficos, para sobrellevar las fricciones personales y resolver las contradicciones, enseñar a convivir con apego a los valores éticos y jurídicos. La paz y la justicia sólo pueden establecerse en un ambiente de promoción del respeto y la solidaridad, en que la población aprende día con día a tratar pacíficamente sus controversias y a respetar a los demás.

## **2. Adoptar la solución conciliatoria para determinados hechos punibles:**

Según la estadística judicial los mayores porcentajes de causas penales corresponden a las lesiones con un aproximado de 30%, los delitos contra el patrimonio 22% y delitos contra la libertad moral 8%, sumando el 60% de las causas penales.

La solución conciliatoria tiene cabida en estos hechos punibles como un medio para reparación del daño: por ejemplo: En los delitos contra el patrimonio, el imputado que no refleja peligrosidad y cuyo delito no ha causado daño grave, puede gozar de la oportunidad de conciliar el monto de la reparación del daño para recuperar su libertad; lo mismo se puede aplicar a las lesiones y otros hechos punibles como falta, delitos contra el honor, etc., en caso que el daño pueda ser reparado.

Con finalidad preventiva puede emplearse también la conciliación en los delitos contra la libertad moral y las lesiones, ya que estos hechos ocurren a la luz de arrebatos pasionales y en medios conflictivos en los cuales prácticamente es posible prever que van a darse. Para la víctima este es el momento más indicado para acudir a la justicia, cuando el daño es todavía una posibilidad y está a tiempo de prevenirlo. En este mismo sentido,

la conciliación puede aplicarse para las faltas cuando los hechos demuestran el riesgo de un daño más grave.

## **3. Desarrollar el Derecho Social**

El Derecho Social y la justicia conciliatoria son dos ruedas del mismo vehículo, para conducir el interés de la comunidad por un camino seguro.

Lastimosamente en nuestro país, y quizás en la mayoría de países latinoamericanos, el derecho social, es incipiente y todavía prevalece la antigua división romana de derecho privado y de derecho público. Sin embargo, cada vez más, los problemas y necesidades presionan su evolución. Ya es imposible seguir sosteniendo la noción absoluta del interés privado que ha servido a un grupo poderoso para mancillar el derecho de los demás, demostrando la inviabilidad de dejar la actividad social totalmente liberada del Estado.

La tendencia moderna es el desarrollo del Derecho Social como una tercera área del Derecho en que el que las personas gozan de libertad y facultades inalienables; pero además el Estado opta por una posición firme en defensa del interés común y establece claramente limitaciones a la voluntad individual y a la actividad gubernamental.

El beneficio del Derecho Social es que muchos intereses que en la división binomial, Derecho Privado-Derecho Público, aparecen como interés privado, en el derecho social aparecen con una tutela más sólida y el Estado es más activo en su defensa, generando para sus titulares mayores beneficios. En otras palabras, el individuo goza de mejor protección, pero al mismo tiempo requiere de mecanismos como la justicia conciliatoria, que hagan efectiva la realización.

#### 4. Recomendaciones sobre la conciliación judicial vigente

A pesar que la finalidad del presente estudio es promover la conciliación alternativa, es conveniente hacer algunas recomendaciones de aplicación inmediata para la normativa vigente:

- Intentar la conciliación en el juicio ejecutivo: Estos son el 51% de las causas civiles y congestionan la labor del Tribunal muchas veces inútilmente debido que antes del embargo el Acreedor y el Deudor llegan a un acuerdo.
- Aplicar la conciliación a las faltas y delitos que permitan la reparación del daño sin poner en riesgo el orden público y el bien común. Para esto debe reformarse la legislación penal y civil.
- Ampliar la acción popular hacia conflictos que perturban la vida en comunidad, por ejemplo: escándalos, vandalismo, etc.
- Aplicar métodos y técnicas participativas, así como poner condiciones especiales a las personas que deban participar como hombres buenos.

En general la justicia conciliatoria requiere de un marco jurídico en el cual la Constitución y los fines del Estado se apliquen con autenticidad para que podamos decir algún día: "En El Salvador sobre el interés particular tiene prioridad el bien común".

#### BIBLIOGRAFIA

- Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal", Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica", Madrid, Ministerio de Justicia, 1990.
- Rodero Radday Salazar, Ana Marta, Saravia Gómez, Anibal: "La conciliación", Santa Fé de Bogotá, D.C., Ministerio de Justicia, Imprenta Nacional, 1992.
- Instituto de Relaciones Internacionales y de Investigación para la Paz, IRIPAZ: "Guía para el Análisis, Resolución de Conflictos", Guatemala, 1991.
- Instituto Peruano de Resolución de Conflictos, Negociación, IPRECONM: "Desfaciendo Entuertos", 1993.
- K. Troy Rowe-Tinsley: "Manual de Conciliación", USA, Community Boards on San Francisco, 1993.
- Fisher Roger y William Ury: "Obtenga El Sí, El arte de Negociar sin ceder", México, Compañía Editorial Continental, S.A. de C.V.
- Roberto Bergalli: "Estado Democrático y Cuestión Judicial", Buenos Aires, Editorial de Palma, 1984.
- Jacques P., Manuel: "Una Concepción Metodológica del Uso Alternativo del Derecho", Quercum Centro de Reflexión para el Cambio, S.L.I. 1986.
- La Conciliación en el Consultorio Jurídico (especialmente la ley 23 de 1991) Santa Fé de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1992.
- Propuesta de Ley Orgánica y de Procedimientos para Solución Alterna de Controversia, Presentado a la Honorable Asamblea Legislativa y su Exposición de Motivos.
- Código Civil y Código de Procedimientos Civiles de El Salvador.

## *Jurisprudencia*

### *Caso Villalobos-De Sola*

#### *Habeas Corpus. Detención provisional. Difamación*

“SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: San Salvador, a las ocho horas cincuenta minutos del día diecisiete de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro.

(\*\*) Previo al análisis de fondo del asunto planteado en el presente proceso constitucional, este Tribunal estima indispensable exponer una breve consideración sobre la naturaleza y alcance del proceso de habeas corpus o exhibición de la persona: es una garantía constitucional que tiene como finalidad la protección de la libertad personal de cualquier individuo, reglamentada en los Arts. 11 inciso 2° y 247 inciso 2°, de la Ley Fundamental, y desarrollado en los Arts. 4 y 38 siguientes de la Ley de Procedimientos Constitucionales.

Las garantías constitucionales, entre las que se encuentran el habeas corpus o exhibición de la persona, son instrumentos técnico-jurídicos, que están encaminados a la reintegración del orden constitucional, cuando éste es desconocido, violado o es

inminente su transgresión, configurando lo que la doctrina llama “la jurisdicción de la libertad”.

Una vez precisado el objeto de la figura jurídica en comento, esta Sala advierte que los pronunciamientos de méritos sobre material penal, le son permitidos, cuando la infracción dentro de este campo transgreda, afecte, viole o altere algún derecho constitucional; lo anterior significa pues, que en el momento que exista violación constitucional este Tribunal se encuentra habilitado para conocer de la misma, y la resolución que se pronuncie en dicho proceso se limita estrictamente a reconocer la inconstitucionalidad o no de los actos realizados por las personas que restrinjan la libertad personal del individuo, indicando en ella, cuales son las razones objetivas que existen para denegar o no el beneficio del habeas corpus.

Hecha la anterior consideración, este tribunal procederá a analizar si se ha dado efectivo cumplimiento a las garantías

procesales que hagan legítima la resolución judicial por la cual se encuentra actualmente restringida la libertad del favorecido.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que la garantía constitucional del debido proceso implica que, para la imposición de una sanción penal por la comisión de un delito, la persona a quien se imputa el hecho punible deba ser “previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes”, Art. 11 Cn. En esto precisamente consiste el principio de legalidad del proceso penal, que expresamente se encuentra enunciado en el Art. 2 Pr. Pn., según el cual “nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al delito o falta que se impute, ante juez competente instituido con anterioridad por la ley y observando la plenitud de las formas propias de cada proceso”. El debido proceso consiste en síntesis, en la garantía que cualquier gobernado posee de no ser privado, de la vida, la libertad o de cualquier otro de los derechos que a éste le ha consagrado la Carta Magna, sin que previamente exista la tramitación de un proceso desarrollado en la forma que establece la ley.

Respecto de la mencionada garantía en la rama penal, la misma consiste fundamentalmente en que el justiciable disponga de oportunidad suficiente para participar provechosamente en el proceso, para lo cual se requiere: 1) tener noticias o conocimiento del proceso y de cada una de sus etapas; 2) ser oído; 3) ofrecer y producir prueba; y 4) recurrir ante quien pueda reparar los perjuicios que las resoluciones le causan.

Para el caso del delito de difamación, previamente se ha establecido por la ley procesal penal, Art. 115, que se deba conocer en procedimiento sumario, y que, cuando ese delito sea cometido por escrito y con publicidad, o por medio de transmisiones de radio o teledifusión, se deba conocer en el

procedimiento especial señalado en los Arts. 439 a 466 Pn.

En el caso sub iudice, advierte esta Sala que el Juez Octavo de lo Penal de esta Ciudad aplicó el procedimiento especial para la instrucción del proceso penal, estimando que el supuesto delito, en cuanto a su modo de ejecución, se adecuaba a los supuestos del Art. 439 Pr. Pn. Pero, tal como consta objetivamente en el expediente del proceso penal, la imputación hecha al favorecido Villalobos Huevo consiste en haber vertido declaraciones públicas con ocasión de pronunciar la oración fúnebre en las exequias de Hernán Heleno Castro, el día treinta y uno de octubre del año próximo pasado. Villalobos Huevo no hizo sus declaraciones por escrito ni por medio de transmisiones de radio o televisión directamente bajo su responsabilidad. Que la prensa y la televisión recogió sus declaraciones es diferente, y el delito que se le imputa a Villalobos Huevo no es cometido con abuso de la libertad de expresión, sino Difamación Simple.

Lo anterior significa que el Juez instructor incurrió en un error de procedimiento al aplicar al caso, el procedimiento especial; pues lo que justifica dicho tratamiento legislativo especial de este delito, es la necesidad de determinar al autor o responsable de una publicación por escrito, transmisión radial o teledifundida en la que supuestamente se haya cometido un delito contra el honor con abuso de la libertad de expresión. En consecuencia, no tiene fundamento legal la resolución pronunciada por el Juez Octavo de lo Penal de esta ciudad y la sentencia de segunda instancia pronunciada por la Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, las cuales constan respectivamente en folios 289 y 308/313 del expediente del proceso penal, pues ambas se basaron en el Art. 459 Pr. Pn., lo cual, como antes se dijo, no es aplicable al

procedimiento sumario establecido para el conocimiento del delito de difamación imputado.

En efecto el Art. 11 dice: "Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes; ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa".

Toda persona tiene derecho al habeas corpus cuando cualquier autoridad o individuo restrinja ilegalmente su libertad".

El procedimiento empleado (439 Pr. Pn. y siguientes) no es el que corresponde a la pretensión planteada en la acusación, por lo que todo el proceso está viciado en el caso presente, y siendo indiscutible que si se juzga por una vía procesal distinta y en la misma se decreta la detención, ésta viola la garantía constitucional establecida en el Art. 11 Cn., ya citada.

Por otra parte, el Art. 247 Pr. señala los requisitos para decretar la detención provisional, y el Art. 248 Pr. Pn. lo que debe contener la sentencia interlocutoria que ordene la detención provisional. El auto de fs. 314 que ordena la detención provisional de Joaquín Villalobos Huezo no cumple con lo establecido en dichos Artículos, por cuanto solo se hace referencia a la prueba del cuerpo del delito, pero se omite cualquier razonamiento sobre la delincuencia.

Analícemos el proceso en este punto: la resolución del Juez Octavo de lo Penal de fs. 292 declara que el contenido del video televisivo presentado con la acusación no es constitutivo de delito, obviamente no trata de la delincuencia, porque si expresa que no hay delito, pues no hay delincuencia. La Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, en sentencia del 4 de octubre del presente año, declara que si existe delito y devuelve el proceso al Tribunal de origen

para que continúe el procedimiento. El Juez al recibir la certificación de la Cámara, RESUELVE: "Désele entero cumplimiento a lo proveído por ese alto Tribunal"; y en ese sentido decreta la detención provisional basándose en que la transmisión del video de fs. 201 es la prueba, ya agotados los demás trámites legales, pero es la prueba del delito que se le incrimina al imputado. ¿Y la prueba de la delincuencia? -No se razona, y es fundamental para decretar la detención provisional el delito de difamación. La Cámara tampoco trata de prueba de delincuencia en su parte resolutive.

Por otra parte, esta Sala no puede obviar el análisis de la institución de la detención provisional, lo cual requiere que previamente se determinen los perfiles constitucionales de la misma:

Según el Art. 1 de la Constitución, "El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común".

Asimismo, el Art. 11 del instrumento fundamental prescribe que "ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes...". Además, el Art. 12 establece que "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...". También debe tomarse en cuenta que el Art. 85 del texto constitucional, expresa que el gobierno de la República es "republicano, democrático y representativo".

Para la adecuada comprensión de la institución de la detención provisional en nuestro sistema, debemos tener en cuenta además, con fundamento en el Art. 144 de la

Constitución, los tratados internacionales ratificados por El Salvador, quienes disponen sobre la misma. Al respecto, el Art. 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos dispone: “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad,...”; y el Art. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en la parte pertinente, señala: “La prisión preventiva de las personas que haya de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales, y, en su caso, para la ejecución del fallo”.

Así también, en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, existen las disposiciones siguientes: Inciso primero del Art. XXVI de la Declaración Americana de los Derechos Humanos: “Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable”; y Arts. 7.2 y 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José: “Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas” y “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca su culpabilidad”.

Es en ese contexto —constitucional e internacional— que se ha de encuadrar el examen de la detención provisional, por cuanto tales normas, dada su superior ubicación en la jerarquía normativa, obligan a su cumplimiento.

La detención provisional —regulada en los Arts. 247 y 248 del Pr. Pn. —consiste en una privación de libertad que debe regirse, para que sea coherente con el marco

constitucional e internacional— indicada y dada su naturaleza de medida cautelar, por el principio de excepcionalidad. Así, tal privación sólo puede ser acordada en los casos y en la forma previstos por la ley— en cumplimiento del principio de legalidad y mediante una resolución judicial debidamente fundamentada o motivada.

Como reconoce unánimemente la doctrina procesal penal, la detención provisional, dada su naturaleza de medida cautelar debe reunir los requisitos de tal clase de medidas: instrumentalidad, provisionalidad, necesidad, urgencia y la apariencia de la existencia de un derecho.

Dado lo anterior, debemos concluir que la detención provisional no podemos entenderla como sanción anticipada por la infracción penal, sino una medida diseñada para alcanzar los fines del proceso penal: comprobación de una infracción penal y, eventualmente la imposición de la sanción, Art. 1 del Pr. Pn.

Así comprendida la detención provisional, ésta no puede nunca constituir la regla general de los procesos penales —circunstancia además expresamente prohibida en el Art. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -- por lo que la misma no puede funcionar automáticamente por la sola concurrencia de los datos objetivos que contempla el Art. 247 Pr. Pn.; sino que debe de existir una valoración del Juez, específica y propia de cada caso, que estime la necesidad y conveniencias de dictar la detención provisional; y es que, como limitación de la libertad individual de un inocente, la detención provisional sólo puede justificarse en la medida que sea imprescindible y necesaria para la defensa de bienes jurídicos fundamentales.

En esta misma línea de razonamiento, es indispensable pues, que cuando el Juez Penal decreta la detención Provisional, consigne en la resolución respectiva los motivos que justifican el pronunciamiento de aquella; y,



de no hacerlo así, la resolución no llena los requisitos que la Constitución contempla.

De lo dicho, resulta evidente que en cuanto en la resolución que decretó la detención provisional del favorecido, no se consignó justificación alguna para dicha orden, éste deviene en inconstitucional.

En conclusión: a) Habiéndose decretado la detención provisional no es un juicio sumario como ordena el Código Procesal Penal, sino es un procedimiento especial, lo que ha avalado la parte acusadora; se ha violado el Art. 11 Cn. que la persona solo puede ser privada de su libertad con arreglo a las leyes; b) que para decretar la detención provisional, no se le dio cumplimiento a lo establecido en los Arts. 247 y 248 Pr. Pn. por lo que también se viola el Art. 11 Cn.; c) que para decretar la detención provisional no se justificó esa orden, de conformidad a la normativa constitucional y pactos internacionales ratificados por El Salvador, esta Sala RESUELVE: a) Decrétase la libertad de JOAQUIN VILLALOBOS HUEZO, por ser inconstitucional su detención; (...)"

Voto razonado de los señores magistrados Dr. René Eduardo Hernández Valiente y Dr. Orlando Baños Pacheco.

Los suscritos Magistrados disintimos de la resolución anterior, por considerar que no está arreglada a derecho, por las razones siguientes:

A) Se afirma en dicha resolución que la detención provisional se decreta no en un juicio sumario, como ordena el Código Procesal Penal, sino en un procedimiento especial, con lo cual se ha violado el Art. 11 Cn; que para decretar esa detención provisional no se le dio cumplimiento a lo dispuesto en los Arts. 247 y 248 Pr. Pn.; y que no se justificó esa orden, de conformidad a la normativa cons-

titucional y Pactos Internacionales ratificados por El Salvador.

Al respecto, podemos afirmar:

- I) Que en materia de instrucción se asimilan los juicios ordinarios y los sumarios, incluyendo la comprobación del cuerpo del delito, investigación de los partícipes, manera de recibir la prueba, la detención provisional, la excarcelación, etc. Art. 395 Pr. Pn.; y que en cuanto a la depuración en los juicios por delitos cometidos por escrito con publicidad o por medio de transmisiones radiales o teledifundidas, también se aplican en lo procedente, las disposiciones sobre terminación de los juicios sumario y ordinario. Arts. 453 Pr. Pn. y 466 Pr. Pn. Es más, estos procedimientos especiales representan una mayor garantía para los imputados.
- II) En el proceso que se instruye contra el favorecido, se decreta detención provisional, teniendo como fundamento para establecer el cuerpo del delito, la valoración de la prueba hecha por la Cámara Segunda de lo Penal en su sentencia que aparece certificada de fs. 313 de la segunda pieza del mismo proceso. Así mismo, se estableció la participación delincinencial del imputado, según dicha sentencia, ya que en autos consta suficiente y fehacientemente la voluntad de rendir las declaraciones por aparte del señor Joaquín Villalobos Huezo, además de que esas expresiones del imputado vinieron a dañar el honor objetivo del ofendido Orlando de Sola; "debiéndose revocar la resolución apelada y declarar que efectivamente el imputado con sus declaraciones rendidas cometió el delito de difamación en perjuicio del ofendido

Orlando de Sola". fs. 312 vuelto y 313 frente.

- III) El Juez Octavo de lo Penal, en su Resolución de fs. 314 frente y vuelto expresa: que habiéndose desestimado en la resolución de la Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro la prueba de la excepción planteada por la parte defensora del imputado en todas sus partes, queda como válido en el proceso únicamente la prueba de la acción en el delito de difamación que se le imputa al imputado; y por ello decreta la detención provisional del mismo, de conformidad al Art. 247 Pr. Pn., por el delito de difamación—Art. 181 Pn.—en perjuicio del honor del señor Orlando de Sola. Y termina diciendo: "La presente Resolución se fundamenta en los Arts. 466, 394 literal a) y 395, todos del Código de Procedimiento Penales". Y estas dos últimas disposiciones regulan, precisamente, el juicio Sumario.

- B) Si analizamos el caso sub iudice desde el punto de vista de la doctrina de los expositores del Derecho, de los Convenios Internacionales y de las leyes salvadoreñas, encontramos: Que el objeto de habeas corpus es que la Sala de lo Constitucional se pronuncie sobre la legitimidad constitucional o su ausencia en la restricción a la libertad individual de una persona, realizada por cualquier autoridad o individuo.

En lo relativo a la restricción de la libertad personal por resolución judicial, dicha facultad encuentra su fundamento en el Art. 13 de la Constitución, el cual asimismo determina la obligación de que la detención sea dictada de conformidad con la ley y que sea siempre escrita.

El Juez competente para conocer en materia penal, se encuentra asimismo facultado por la ley para decidir la detención provisional de un imputado, siempre que en el proceso concurren los requisitos legales. Estos requisitos son, según el Art. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la garantía de la comparecencia del acusado en el acto del juicio o en cualquier otro momento de las diligencias procesales, y la garantía de la ejecución del fallo; y según el Art. 247 Pr. Pn., la prueba suficiente para estimar la participación del imputado en el mismo.

Es constitucional y legal, por tanto, la detención provisional de una persona a quien se imputa la comisión de un delito, siempre que el Juez competente la decrete en conformidad con tales prescripciones.

Si bien es cierto que es obligación procesal del Juez, según lo dispuesto en el Art. 489 Pr. Pn., exponer con toda precisión los fundamentos que tenga para estimar o desestimar algún elemento probatorio en todas aquellas resoluciones en que deba realizar valoración de prueba, y que al pronunciar la resolución, debe observar los requisitos de la sana crítica— para que la resolución sea "razonable y razonada", ello no significa que la falta de fundamentación suficiente en un auto de detención provisional implique necesariamente que los requisitos exigidos por la ley no existan materialmente en el proceso.

Estimamos, sin entrar a la valoración de la prueba, que ha habido suficiente fundamento para decretar la detención provisional del señor Joaquín Villalobos Huevo, pues la existencia objetiva de los presupuestos requisitos necesarios para ello es una circunstancia que corresponde apreciar al juez según su prudente arbitrio, como una derivación de su potestad jurisdiccional.

Aunque en el presente caso, ambas sentencias son diminutas, pues tanto el juez Octavo de lo Penal de este distrito judicial como la Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro solo hacen referencia a la existencia del delito, y muy poco a la participación delincinencial, y no se dijo nada sobre la necesidad de la detención provisional para garantizar los fines del proceso, ello no obsta para que, del análisis de todo el proceso penal respectivo, esta Sala tenga por establecida la existencia de tales circunstancias, y por tanto, pueda pronunciarse sobre ellas.

Por otra parte, consideramos errónea la actuación del señor Juez Octavo de lo Penal, en cuanto no siguió el trámite de ley para conocer del presente caso, pues podría haber decretado de oficio la excarcelación del favorecido, y evitar con ello la instrumentalización política del proceso de exhibición personal en un momento de transición hacia un pretendido Estado Constitucional de Derecho; sobre todo tomando en cuenta que estamos en presencia de un delito de bagatela, cuya figura ha sido incluso descriminalizada en países cercanos y reducida a lo sumo a una infracción que da lugar a una indemnización pecuniaria, pero no a una pena privativa de la libertad, la cual ha sido hartamente comprobado que no cumple la finalidad rehabilitadora.

Por lo anterior, estimamos que no ha habido en el proceso penal violación de los Arts. 11 y 12 de la Constitución por el juez

instructor, pues lo que en realidad ha ocurrido es que en su resolución no se dio cumplimiento a lo dispuesto en el Art. 489 Pr. Pn., en el sentido de decir expresamente que se han establecido suficientemente el cuerpo del delito y la participación delincinencial, y un pronunciamiento sobre la necesidad y conveniencia de dictar la detención provisional; pero ello no significa que dicha resolución judicial deviene en inconstitucional. Porque, a falta de pronunciamiento del Juez de Primera Instancia y de la Cámara de Segunda Instancia sobre tales requisitos, este Tribunal ha tenido que hacerlo, tomando como base los hechos que constan objetivamente acreditados en el respectivo proceso penal.

Por las razones antes expuestas, y sin perjuicio de sustituir la medida cautelar de la detención provisional por la caución para no ser detenido, porque según los Arts. 253, 254 y 263 Pr. Pn., tiene por objeto precisamente asegurar los fines del proceso con la presentación del imputado en caso fuere revocado el auto que le concede la libertad provisional; estimamos procedente declarar que el favorecido debe continuar bajo la detención en que se encuentra; y que la causa penal debe continuar según su estado, por no haber desconocimiento ni violación al orden constitucional, en lo relativo a las garantías procesales constitucionales otorgadas por la carta Magna al favorecido, como se ha declarado en la anterior resolución.

### *“Renuncio, no quiero ser cómplice”.*

Estimados Señores:

En vísperas del 50 aniversario del nacimiento de la Organización de Naciones Unidas y de las instituciones creadas por el acuerdo de Breeton Woods, deseo presentar mi renuncia al Grupo de Trabajo de Organismos no Gubernamentales del Banco Mundial y de su Comité de Iniciativas. Tomo esta decisión por honestidad intelectual y por la honestidad que le debo a muchos amigos con los que trabajo en el Tercer Mundo.

Después de haber tenido la oportunidad, durante los últimos tres años, de observar la

conducta del Banco Mundial, me uno a algunos de mis colegas de ONG que creen que la única vía a la justicia y a la coexistencia entre los pueblos del planeta es la disidencia.

Tuve la esperanza de que colaborando tan estrechamente con el Grupo de Trabajo de las ONG en el Banco Mundial, daríamos pasos en la dirección de desarrollar una responsabilidad conjunta por los destinos de los pueblos menos afortunados de la tierra. Pero no ha sido así. La pobreza se incrementa, el hambre mata —seguramente más que las guerras— y el número de los que carecen de atención médica, de los jóvenes analfabetos y de los sin hogar se incrementa a diario, alcanzando cifras sin precedentes. Los remedios que receta el Banco Mundial para el desarrollo son medicinas envenenadas que agudizan los problemas.

En mi alma y en mi conciencia siento la obligación de decir: ¡Basta! Ustedes se han apropiado de los discursos de las ONG sobre el desarrollo, sobre el ecodesarrollo, sobre la pobreza y sobre la participación popular. A

---

\* Esta carta del Secretario General de Oxfam-Bélgica, Pierre Galand fue dirigida a los co-presidentes del Banco Mundial, -BM- como representante del Grupo de Trabajo de ONG'S del BM. Su importancia radica en la actualidad del tema, cuando en nuestro país se lleva a cabo un debate en la Sociedad Civil por la inminente implementación de un paquete de medidas económicas orientados por éste organismo: el BM.

Tomado de la Revista: Portavoz, marzo-junio de 1994, Nº 39, pp. 33-38.

la par, promueven una política de ajuste estructural que acelera el “dumping social” en los países del Sur, dejándolos completamente solos e indefensos a merced del mercado mundial.

Las empresas transnacionales llegan al Sur porque ustedes y sus colegas del Fondo Monetario Internacional han creado las condiciones para producir al menor costo social. La intervención conjunta del Banco Mundial y del FMI significa una creciente presión sobre las economías para que sean cada vez más competitivas y cumplan cada vez mejor.

Este objetivo solamente se consigue con la incesante presión que ustedes ejercen sobre los gobiernos para que economicen y reduzcan los beneficios sociales, considerados como muy costosos. Desde el punto de vista de ustedes, los únicos gobiernos buenos son los que aceptan prostituir sus economías a los intereses multinacionales y de los todopoderosos grupos financieros internacionales.

El Banco Mundial es una institución internacional responsable del desarrollo en todo el mundo. Es también una institución cada vez más arrogante. Tiene el poder, nunca visto en la historia, de intervenir en los asuntos internacionales y en los asuntos internos de las naciones. Fija las condiciones del desarrollo, pero no se responsabiliza de sus consecuencias.

El Banco Mundial ha aprendido a elaborar excelentes análisis y es capaz de hablar de temas trascendentes: la participación popular particularmente de la mujer-; las luchas de los pueblos contra la pobreza; la necesidad de proteger el medio ambiente.

Va más allá: defiende los derechos humanos y los de las minorías y presiona a los gobiernos para que los respeten. Es capaz incluso de hacer más atractivos estos ideales señalando lo importante que es para el

desarrollo que tal o cual nación cumpla con ellos.

Ante todo esto, surge una pregunta: ¿Por qué tan bellos discursos van acompañados de tan escandalosas prácticas? Porque en la práctica, el Banco Mundial condiciona su apoyo a la aplicación de las socialmente criminales políticas de ajuste estructural.

El Banco Mundial está muy bien informado sobre la pobreza y sobre el empobrecimiento y exclusión de enormes sectores de la población en nuestro planeta.

Entonces, ¿Se trata de puro cinismo, de mentiras políticas?. Por mi parte, creo que hay un profundo malentendido, sobre todo entre nosotros mismos, porque al margen de sus discursos, el Banco Mundial no es más que un instrumento al servicio de un modelo ortodoxo de crecimiento basado en la competencia y no en la cooperación. Es un deber del Banco Mundial asegurar que todos —pequeños y grandes— puedan participar en el mercado mundial.

Muy raramente, pero ciertamente no en la actualidad, crecimiento económico es sinónimo de desarrollo.

A finales de este siglo, el crecimiento y la competencia han llegado a significar únicamente medios para el acelerado y desproporcionado enriquecimiento de una minoría, sin que ello tenga efectos de desarrollo ni de cooperación ni de redistribución de las riquezas. Las desigualdades son cada vez más profundas. Y el hambre mata a diario a miles, sin que esto provoque ni rebeldía ni indignación.

Mientras el Banco Mundial mantenga su insensible política de ajuste estructural, estamos en el deber de movilizarnos y movilizar con nosotros al mayor número posible de víctimas de ese ajuste para luchar contra ese tipo de intervención.

Después de haber participado durante tres años en un diálogo con el Banco Mundial,

como miembro de su Grupo de Trabajo, presento mi renuncia ya que estoy claro de que no existe ningún camino para humanizar el Banco Mundial. Africa se muere y el Banco Mundial se enriquece. Asia y Europa Oriental ven como sus riquezas son saqueadas y el Banco Mundial apoya las iniciativas del Fondo Monetario y del GATT que autorizan este saqueo de riquezas materiales e intelectuales. América Latina —al igual que otros dos continentes contemplan con horror cómo sus niños son usados como fuerza de trabajo o, más terrible aún, como donantes forzados de órganos para el próspero mercado de trasplantes de Norteamérica.

En sus discursos el Banco Mundial habla de los inevitables sacrificios que exige la estabilización estructural para que las naciones se inserten en el mercado mundial globalizado, como si se tratara del arduo desierto que hay que atravesar para llegar a la Tierra Prometida del desarrollo.

Rechazo ser cómplice de esta inexorable fatalidad predicada por el Banco. Y prefiero participar en la tarea de reforzar las organizaciones de los campesinos sin tierra, de los niños de la calle, de las mujeres que en las ciudades asiáticas no quieren vender sus cuerpos, de los trabajadores y sindicatos que luchan contra el saqueo de sus recursos y contra el desmantelamiento de su capacidad productiva.

Después de una larga experiencia, sé que existen muchos amigos de las ONG que piensan que un diálogo con el Banco Mundial es útil para ir cambiando sus conductas institucionales y orientándolas a una mejor comprensión de las demandas de colaboración y desarrollo. Respeto esta posición y respeto la actitud de quienes en el Banco Mundial esperan que un diálogo con las ONG aportará cambios en los análisis y en las iniciativas del Banco. Pero después de mi larga experiencia en el Grupo de Trabajo,

prefiero abandonarlo antes de haber cumplido el plazo, fijado, porque no quiero seguir siendo cómplice.

Mis deseos para el Banco en este fin de año son simples: ya basta con 50 años. Ustedes son uno de los principales enemigos de los pobres y de los derechos que ellos defienden en el marco de las Naciones Unidas. Ustedes son la maquinaria más extraordinaria y sofisticada de relaciones públicas que existe hoy en el mundo para imponer a todos un angustioso sentimiento de fatalidad que les resigne a aceptar que el desarrollo está reservado a unos pocos y a todos los demás, a los que no son considerados ni suficientemente competitivos ni domesticables, solo les espera una inevitable pobreza.

El relanzamiento de una economía de desarrollo, que promueva la justicia social a través del acceso al mayor número de personas a un salario justo, nos fuerza a buscar con urgencia otra institución. Una institución que reemplace al Banco Mundial debe permitir a los seres humanos participar y beneficiarse de acciones que les devuelvan su dignidad, que les permitan alimentarse y que les garanticen el derecho a la diversidad en un marco de desarrollo compartido.

Al renunciar al Grupo de Trabajo, saludo a los colegas a los que aún respeto y expreso mi aprecio, a los numerosos empleados de esa institución.

Solamente con una reorganización y una nueva lucha por la transformación de las Naciones Unidas y de las instituciones nacidas del acuerdo de Bretton Woods seremos capaces de crear nuevas condiciones para emprender la guerra contra el hambre y a favor de la solidaridad del desarrollo compartido entre todos los seres humanos.

Sinceramente,

**Pierre Galand**

Secretario General de OXFAM-Bélgica.

### *50 años bastan*

En julio de 1944, en Bretton Woods, EE. UU., y cuando ya se vislumbraba la victoria en la II Guerra Mundial, se reunieron los ministros de finanzas, economistas y banqueros de los países aliados para diseñar las instituciones que regirían el nuevo orden económico mundial. La II Guerra Mundial fue un gran negocio para los monopolios estadounidenses, que entonces se encontraban con enormes masas de capital y con la necesidad, siempre creciente, de mayores ganancias. Era necesario ampliar y globalizar el sistema capitalista a escala planetaria. A esta necesidad se respondió con:

— El FMI: Ha sido el organismo para mantener estables las relaciones entre las monedas para facilitar la penetración de mercancías y la ampliación del mercado Mundial; dotando, al mismo tiempo, de liquidez a los intercambios internacionales con préstamos sujetos a la adopción de duras medidas de "ajuste" económico.

- El BM: Desempeñó el papel de facilitar la financiación internacional de los grandes proyectos -de infraestructura de transporte, hidráulicas, energética... impulsando un modelo de "desarrollo" que favorece la concentración de riqueza en los sectores monopolistas y financieros del centro y las élites" de la periferia.
- El GATT: Estableció las nuevas reglas del comercio mundial obligando a abrir progresivamente los mercados nacionales de la periferia con la consiguiente ruina' del pequeño productor local y su reemplazo por los productos de las empresas transnacionales de los países del centro; y orientando la producción de estos países hacia la exportación en beneficio del "Norte".\*

---

\* El GATT está por desaparecer y será sustituido en el presente año (1995) por la ORGANIZACION MUNDIAL DEL COMERCIO - OMC., una especie de organismo multinacional que regulará las normativas internacionales del "Mercado Internacional".

En los siglos XV y XVI, con la circunnavegación de África y el “descubrimiento” de América, se inician las relaciones “centroperiferia”, que se caracterizan por el sometimiento, esclavitud y exterminio de los pueblos y las culturas de la “periferia” y el saqueo de los recursos naturales, todo gracias a la superioridad militar y de transporte de los colonizadores del “centro”.

Hasta mediados de este siglo, y a pesar del proceso de descolonización que se inicia en el siglo XIX, esta configuración del mundo cambia poco, profundizándose las desigualdades y las relaciones de explotación y saqueo. Desde entonces, con el advenimiento de las instituciones de Bretton Woods, se agudizan, desatando todo tipo de desequilibrios que llevan a la humanidad a una crisis sin precedentes:

- Agotamiento de los recursos del planeta —erosión, desertificación de tierras fértiles, creciente escasez de agua—, acumulación de residuos tóxicos y radioactivos, contaminación del aire y de las aguas, cambio climático y progresiva desaparición de la capa de ozono, despilfarro energético de las sociedades del centro, frente a la penuria energética de la periferia que debe talar sus bosques en busca de leña.
- Creciente deuda externa de los países de la periferia, a los que el FMI y el BM impone sus planes de ajuste que implican devaluación monetaria, congelación salarial y liberación de precios, apertura de sus mercados, recortes de gastos en salud y educación —aunque no en defensa—, privatización de las mejores empresas públicas, vendiéndolas a las multinacionales. Y para salir de esta diabólica trampa sólo ofrecen más prestamos y más planes de ajuste, cuando la única solución posible pasa por la

anulación de la deuda externa y la concesión inmediata de, al menos, el 0.7% del PIB de los países del centro en carácter de una verdadera ayuda a los países periféricos.

- Destrucción de las pequeñas economías de subsistencia, reemplazándolas por grandes monocultivos para la exportación, erradicando ecosistemas y provocando la emigración de millones de pequeños agricultores hacia barrios marginales de las ciudades o hacia tierras vírgenes. Además han financiado proyectos que significan el desplazamiento de millones de personas, destruyendo su forma de vida y sin garantizarles los recursos mínimos para vivir.
- Agravamiento de la ya de por sí penosa situación de las mujeres y los niños de la periferia. Ante la caída de los ingresos familiares se han visto obligadas a trabajar en la “economía en negro”, a emigrar hacia los países del centro para limpiar casas, o a ejercer la prostitución. Muchos campesinos pobres han vendido a sus hijas a redes de prostitución o han abandonado a sus niños en las calles de las grandes ciudades. Los niños se han convertido en una fuerza de trabajo en condiciones de semiesclavitud (según UNICEF los niños constituyen el 10% de la fuerza laboral en Asia y el 20% en África).

Ante este desolador panorama, las instituciones de Bretton Woods han comenzado un lavado de imagen. Por un lado se jactan del avance de los países del Sudeste Asiático, claro está, omitiendo factores como los salarios de miseria y la inexistencia de medidas de protección social o ambiental. También ocultan el consiguiente aumento del paro y la marginación que implica el libre mercado mundial para los países del centro,



achacándolo a la "rigidez" de sus mercados laborales. Y también en la Cumbre de Río, el Banco se ha erigido como abanderado del medio ambiente mundial, aunque sin abandonar su modelo de desarrollo.

Además, estas instituciones siguen adoleciendo de los mismos defectos que manifestaron al crearse: enorme y costosísima burocracia, secretismos y falta de transparencia en sus decisiones, desigual distribución de votos en las reuniones, favorables a los países más "ricos", y falta de responsabilidad financiera, ya que sus fracasos y pérdidas son pagados por los contribuyentes de los países miembros.

A principios de octubre de 1994, se celebrará en Madrid la Asamblea General del FMI y el BM. A ella irán miles de grandes banqueros, ejecutivos de multinacionales y políticos, los mismos que detentan la riqueza en este injusto sistema económico mundial.

Y en ella pedirán dotar aún de más poder a estas instituciones, para seguir ahondando el abismo entre los ricos y los pobres de este planeta. Pero podemos preguntarnos: ¿Para qué más poder? ¿Para aumentar los 1.200 millones de personas del planeta en la miseria absoluta (según datos de la ONU)? ¿Para incrementar las 800.000 niñas prostitutas menores de 16 años que había, sólo en Tailandia, en 1990? ¿Para que a los pobres sólo les queden las rebeliones populares, salvajemente reprimidas, como en Santiago del Estero (Argentina) o en Chiapas (México)? Y tantas y tantas preguntas más...

Pero ya podemos oír algunas respuestas. Porque organizaciones no gubernamentales de desarrollo, de derechos humanos, ecologistas y movimientos sociales de todo el mundo están diciendo ¡BASTA! Desde los EE.UU. hasta la India, desde Europa hasta América Latina, desde el Japón hasta África, se escucha cada vez más fuerte: ¡YA BASTA!

Esta Revista consta de 1,000 ejemplares.  
Se terminó de imprimir en junio de 1995,  
en los talleres de la Imprenta Universi-  
taria, bajo la jefatura del Sr. Pedro Rojas.

**La BIBLIOTECA CENTRAL DE LA UNIVERSIDAD  
DE EL SALVADOR necesita enriquecer sus existencias  
bibliográficas,**

**USTED PUEDE CONTRIBUIR**

- a) Donando libros, revistas científicas y otras publicaciones.
- b) Intercambiando publicaciones y servicios con la Biblioteca Central.

Será un placer compartir ideas con usted, y recibir sus donativos en la biblioteca Central de la Ciudad Universitaria, o bien comunicarnos por medio del Apartado Postal 2923, Fax: 225-8826, San Salvador, El Salvador, C. A.



# DERECHO

