

El sistema penal salvadoreño

*Atilio Ramírez Amaya h.
Josefa Noya Novais*

Resumen

Este artículo hace un análisis sobre el sistema penal salvadoreño, el cual tiene como base un nuevo proceso penal, diseñado como formalidad legitimante, dentro del cual la policía, la fiscalía y los medios de comunicación escogen y determinan quiénes serán imputados y condenados como delincuentes. El señalamiento criminalizador lo efectúa la policía y la fiscalía, y se realiza diferencialmente sobre grupos vulnerables, calificados en general por su pobreza o por falta de protección política. La administración de justicia no pende de los jueces; estos están situados al final del camino que conduce a la prisión. El señalamiento criminalizador es producto de la policía-fiscalía; y se ejecuta de manera diferencial en las asociaciones vulnerables.

1. El poder del Estado y los administradores de justicia

En El Salvador, al igual que en el resto de América Latina, el poder punitivo no es ejercido, ni nunca lo ha sido, por los jueces, sino por las agencias del órgano ejecutivo (en nuestro caso la policía y la fiscalía). Ese poder ha sido otorgado con anuencia del legislativo y a requerimiento de las agencias del ejecutivo, pero ha sido dirigido y publicitado por empresarios de todo tipo. El poder jurídico, representado y manejado, en el último tramo, por el órgano judicial, no puede contener la avalan-

cha punitiva desbordada por el legislador. Este sabe que la ley penal no modifica los problemas sociales pero, presionado por el grupo hegemónico de sus electores derechistas, produce leyes inoperantes.

El poder de que disponen los jueces, mínimo por la distribución que hace el legislativo, hecho a imagen y semejanza del ejecutivo, dentro de una cerrada competencia desarticulada sobre el origen del poder, es casi sólo de reducción o contención. Sin ella, el poder punitivo quedaría en manos de las agencias ejecutivas y políticas, con lo cual el Estado de derecho desaparecería. Por este motivo, la parti-

cipación de los jueces debe ser democrática y responder a la brutalidad, originada en la legislación. Esta intervención de los jueces es apremiante. Recordemos que el legislador no actúa como un ente malvado, más bien es ingenuo y torpe —un aprendiz de brujo—, por falta de conocimientos de la ciencia penal. De ello se aprovechan los titulares del poder efectivo, quienes también saben que la ley no resuelve los problemas sociales.

Hace poco tiempo, en El Salvador, los jueces de algunos tribunales de sentencia de la capital han rechazado la imposición de sanciones de hasta 75 años de prisión. Estas sanciones fueron autorizadas por reformas impulsadas por la empresa privada, las cuales tuvieron el apoyo del poder ejecutivo. Cualquier contención y reducción del poder punitivo, por parte de los jueces, contribuye al Estado de derecho y genera expectativas de cambio democrático.

Es indudable que el Estado de derecho somete a todos los habitantes a la ley y se opone al Estado policía, en el cual la población está subordinada al poder de quien manda —en nuestro caso, “la empresa privada”, vía el presidencialismo. Durante décadas, el pueblo salvadoreño estuvo sometido al poder militar de los grandes empresarios agrícolas, industriales y banqueros, quienes constituyeron un bloque con intercambio de posiciones. Esta dura experiencia se agudizó durante la guerra civil. Los militares regentaron la agencia que hizo los mandados a ese “bloque”, de lo cual sacaron un buen beneficio económico. Por eso, ahora, sobre todo a partir de las reformas impulsadas por la Asociación Nacional de la Empresa Privada, la contención debe ejercitarse en contra del aparato del poder político, que se encuentra al servicio de la clase política, enroscada en el árbol de los acaparadores del capital criollo hegemónico. En estos momentos, septiembre de 2003, el poder ejecutivo ha propuesto al poder legislativo un anteproyecto de una ley, llamada antimaras, que pretende someter a juicio penal a los menores hasta los doce años y crear un delito por pertenecer a la “mara” o pandilla.

En el análisis del bloque hegemónico salvadoreño, Carlos Paniagua analiza un bloque empresarial de veintitrés grupos familiares, los cuales controlan el sistema financiero, modelan y dirigen, unidos al capital internacional, la existencia de los habitantes de El Salvador. Este análisis no se mantiene en la generalidad, sino que identifica, con nombres y apellidos, quiénes son los miembros de

esas veintitrés familias, qué cargos ocupan en las diferentes empresas, qué relaciones han establecido entre ellas, así como también quiénes forman parte de su personal de confianza y quiénes son sus socios menores y “gatos”. La descripción no se limita al núcleo familiar, sino que también comprende la red empresarial, construida a lo largo de casi un siglo. El poder económico y social que este grupo ha acumulado, a lo largo de los gobiernos militares y de las últimas décadas, con gobiernos de derecha, y su ejercicio efectivo (voraz) permiten hablar de un bloque empresarial hegemónico, el cual, en la actualidad, decide la calidad de vida y la salud de los salvadoreños. Esos grupos familiares-empresariales controlan los sistemas financiero y bancario y una gran variedad de empresas, relacionadas con éste: la exportación del café, la distribución de fertilizantes, la producción de cemento, cerveza, bebidas gaseosas, agua purificada, zapatos, siderurgia, productos metálicos, harina, autos nuevos, ferretería, transporte aéreo, almacenamiento, centros comerciales y hoteles (“El bloque empresarial hegemónico salvadoreño”, *ECA* 594-595, julio-agosto, 2002, p. 1).

Este bloque detenta un enorme poder, que se expande a las empresas del grupo, y recibe, además, apoyo del gobierno. Con ese apoyo las empresas del bloque, al final, se imponen a su competencia, en los diferentes mercados, muchas veces a través de medios ilícitos e, incluso, ilegales. Es frecuente que los ministros de economía asignen cuotas compensatorias e impongan normas fitosanitarias, tal como ha ocurrido con las llamadas salvaguardias, para favorecer a determinadas empresas del bloque. Se recurre a la competencia desleal y a la corrupción, volviéndose invulnerables —de “cuello blanco”— (*ibíd.*).

El informe de la Comisión de la Verdad, denominado “De la locura a la esperanza” hace una serie de planteamientos y recomendaciones sobre la administración de justicia. La Comisión enfatiza que, durante el período de la guerra, hubo impunidad y falta de voluntad política para enfrentar “la impunidad genérica e institucionalizada”. Por este motivo, la Comisión pretende “conocer la verdad, fortalecer y templar las voluntades para encontrarla; poner fin a la impunidad y al encubrimiento; dirimir las discrepancias políticas y sociales mediante el acuerdo y no mediante acciones violentas”. Los acuerdos de paz fueron claros, en su Artículo 2, en cuanto al mandato y al ámbito de acción de la Comisión de la Verdad —“tendrá a su

cargo la investigación de graves hechos de violencia ocurridos desde 1980, cuya huella sobre la sociedad reclama con mayor urgencia el conocimiento público de la verdad". En el Artículo 5, mandan a la Comisión "esclarecer y superar todo señalamiento de impunidad de oficiales de la Fuerza Armada", porque "hechos de esa naturaleza, independientemente del sector a que pertenecieron sus autores, deben ser objeto de la actuación ejemplarizante de los tribunales de justicia, a fin de que se aplique, a quienes resulten responsables, las sanciones contempladas por la ley".

Además de identificar a los responsables, el informe recuerda a los más de 50 mil muertos, asesinados y desaparecidos durante el conflicto. Luego se refiere, específicamente, al asesinato de Mons. Romero y de los jesuitas. Pero a diez años de ese informe, la impunidad es la misma. El gobierno se aferró a una ley de amnistía —la cual no cubre estos casos—, similar a la "ley de punto final" argentina, recientemente derogada. No existe voluntad política de completar las investigaciones de esos dos casos ilustrativos, a pesar de que las personas e instituciones, gubernamentales y militares, que intervinieron en esos asesinatos son del dominio público, puesto que el mismo informe los proporciona, en sus páginas 52 y 149. Lo mismo se lee en el llamado "informe Mockley", llamado así por ser el resultado de la investigación del congresista estadounidense, Joe Mockley (Informe de la Comisión de la Verdad para El Salvador, Naciones Unidas, San Salvador-Nueva York, 1992-1993, pp. 2, 3, 4, 52, 149).

2. La criminalización y administración de justicia

El Estado, por medio de sus aparatos de poder, selecciona a un reducido grupo de personas, a quienes coacciona y les impone una pena individual. Esa selección es conocida como *criminalización* y no se lleva a cabo al azar, sino que es el resultado de la gestión de un conjunto de agencias, aquellas que conforman el llamado *sistema penal*. El proceso selectivo de criminalización se desarrolla en dos etapas, la *primaria* y la *secundaria*. La

criminalización primaria es el acto y el efecto de sancionar una ley penal material, que incrimina o permite la punición de ciertas personas, en casos que la misma ley indica. Este es un acto puramente formal, pues cuando se establece que una acción debe ser penada, se enuncia "un programa", el cual debe ser cumplido por agencias diferentes a las que lo formulan.

Por lo general, esta criminalización la lleva a cabo el poder legislativo. Es común que éste esté sometido al poder ejecutivo y a los grupos de poder económico, pero *el programa* lo deben llevar a cabo las agencias de *criminalización secundaria*, es decir, policías, fiscales, jueces, funcionarios penitenciarios, quienes, además, son *presidencialistas*.

La criminalización primaria (hacer las leyes penales) es una declaración abstracta que, por lo común, se refiere a conductas o actos; pero, la criminalización secundaria recae sobre personas concretas, cuando las agencias de la fiscalía-policía detectan y se apropian de la persona a quien se atribuye determinado acto,

criminalizado primariamente. Una vez identificado el sujeto por la policía-fiscalía, éste es sometido, y sólo hasta entonces, a la agencia judicial competente. Ésta funciona como *estación de paso*, ve al encausado breves momentos —el día de la audiencia inicial. Por falta de conocimiento y por presiones de la fiscalía y los medios de comunicación, legitima lo actuado y es común que ordene pasar a la etapa de investigación, a cargo de un juez de instrucción. Más tarde, ante un tribunal de sentencia, se discute, oral y públicamente, la posibilidad del hecho. El tribunal de sentencia impone una pena, la cual es ejecutada por otro juez —el juez de vigilancia. Cuando la pena es privación de libertad ambulatoria, ésta se cumple en una agencia penitenciaria, la cual es administrada por el órgano ejecutivo. De lo anterior es fácilmente entendible que nadie nace delincuente.

Las agencias de criminalización secundaria, en primer lugar, el órgano jurisdiccional, tienen limitada capacidad operativa —en particular, los jueces que se encuentran al final del túnel. No obstante, a ellos incumbe decidir quiénes serán eti-

quetados y facturados como criminalizados. Por lo general, se trata de personas vulnerables, presentadas por la policía-fiscalía. A los jueces corresponde decidir, por decisión selectiva, quiénes son las víctimas potenciales de las que se ocupará, pues la selección comprende a los criminalizados y a los victimizados.

3. El proceso como formalidad

Por mandato constitucional, después de una reforma legislativa, el Fiscal General de la República investiga el delito y promueve la acción pública. Las modalidades de la acción penal son: la acción pública, la acción pública, previa instancia particular, y la acción privada (Art. 19 del Código Procesal Penal). Por consiguiente, la fiscalía decide quiénes serán criminalizados y victimizados. En esta decisión puede haber manipulación política, con el propósito de desviar la clientela, pero para ello debe encubrir. Esta práctica ha restado credibilidad, no sólo a la fiscalía-policía, sino también al sistema procesal, a cargo de la acción penal. Pero en el ámbito internacional, en particular la embajada estadounidense, y entre sectores de la derecha con pretensiones políticas, el órgano judicial es el responsable de las fallas de la fiscalía-policía. Pretenden que sin prueba o violando las garantías fundamentales, con sólo el señalamiento fiscal y la prueba presentada por esa institución, se condene, en especial, a los delincuentes de secuestro y drogas.

El Artículo 193 de la Constitución establece que corresponde al Fiscal General de la República defender los intereses del Estado y de la sociedad, promover, de oficio o a petición de parte, la acción de la justicia, en defensa de la legalidad, dirigir la investigación del delito con la colaboración de la Policía Nacional Civil, en la forma que la ley determine, promover la acción penal, también de oficio o a petición de parte. Según el Código Procesal Penal, la acción penal se ejercitará de los siguientes modos: acción pública, acción pública, previa instancia particular, y acción privada (Art. 194).

En El Salvador, al igual que en el resto de América Latina, el sistema procesal de administración de justicia penal estaba montado sobre la ficción de creer que el proceso era mixto. Pero, en realidad, la fase de instrucción dominaba todo el proceso penal y anulaba el juicio. No había juicio, sino trámites escritos, con un final hablado, para absolver o condenar. La instrucción era escrita e inquisitoria. No obstante, la Constitución de 1983 estableció el mo-

delo de proceso y juicio — “Toda persona a quien se impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en el que se le aseguren todas las garantías para su defensa” (Art. 12).

Pese a ello, en El Salvador no había juicio. En la fase de instrucción se recolectaba toda la prueba. En el plenario no se discutía, ni siquiera se usaba un espacio conocido como *término probatorio*, porque todos los elementos de prueba ya habían sido recogidos por la policía y un juez investigador. El Ministerio Público no tenía ningún protagonismo, en la instrucción. Para eso estaba el juez instructor super-poderoso. Y con actas, cuya lectura era ininteligible, y forzosa, el jurado popular, cinco legos no pares, luego de escuchar ejercicios de oratoria, resolvía sobre la culpabilidad. Y eso, en el mejor de los casos, cuando los delitos eran de la competencia del jurado. Pero otros delitos, como el secuestro y las conductas referidas a drogas, eran conocidos por el juez de instrucción, quien hacía las veces de juez de derecho, sin jurado. Era el mismo juez que había recolectado la prueba, ordenado de oficio la pesquisa y, probablemente, tenía criterio formado sobre la culpabilidad del investigado, anticipadamente.

Los resultados del paso del modelo inquisitivo al acusatorio son milagrosos. En esto, El Salvador se encuentra en la misma situación que Guatemala. Un proceso acusatorio con el de Alemania, Portugal, Austria e Italia se fundamenta en un desarrollo cultural del cual El Salvador carece. Tal vez con el tiempo, tanto El Salvador como Guatemala puedan contar con él. El primero ya cuenta con un nuevo derecho penal, según el cual, el proceso se fundamenta en la inmediatez, la oralidad y la publicidad. Hay tres audiencias principales: la inicial, a cargo de un juez de paz, quien decide si el proceso entra en la fase de instrucción; la preliminar, donde se critica la instrucción y se decide, entre otras salidas, si pasa a juicio; y, finalmente, la del juicio, en vista pública o audiencia, que resuelve la cuestión principal: la culpabilidad o la inocencia.

El juez de paz conoce las diligencias iniciales de la investigación, preside la audiencia inicial y las faltas o contravenciones. La policía está obligada a avisar de cualquier detención, en ocho horas, y a poner al detenido a la orden de la fiscalía de inmediato. Esta, a su vez, está obligada a presentar el requerimiento fiscal al juez de paz, en 72 horas o a poner libre al detenido. Este plazo comprende tam-

bién las horas que el imputado ha estado detenido en la policía. Si este plazo no es cumplido, tanto la policía como la fiscalía cometen delito. Por eso, en El Salvador, la detención ya no es un medio para recabar prueba. La detención es una medida cautelar para garantizar la presencia del imputado, en su juicio. Y este, aún con ciertas imperfecciones, es uno de los logros penales más grandes del país.

En la audiencia inicial, la cual debe tener lugar en un plazo de 72, si el imputado está detenido, el juez de paz debe cumplir con lo que, históricamente, se conoce como *el término para inquirir* —una disposición constitucional. Si no hay detenidos, el juez de paz debe citar al imputado, en un plazo de cinco días, después de haber recibido el requerimiento de la Fiscalía. El juez puede decretar la detención o sustituirla por otra medida, sobreeser de forma provisional o definitiva, suspender de manera condicional el procedimiento (*probation*), resolver conforme al procedimiento abreviado, autorizar la conciliación, resolver aplicar un criterio de oportunidad. Ahora bien, si estima que el imputado pudo haber cometido un delito, ordena la instrucción. Y esto sin mayores probanzas, ya que de lo que se trata es tener conciencia de la existencia de un hecho probablemente delictivo y de la posible participación del encausado. Esta audiencia inicial es oral. Cinco años después de haber entrado en vigencia, estos plazos han sido respetados.

Veinticuatro horas después de celebrada la audiencia inicial, el juez debe remitir las diligencias al juez de instrucción, para preparar la vista pública con la recolección de elementos que permitan fundamentar la acusación y la defensa. La *prueba* que implica culpabilidad es presentada o desahogada en el juicio o vista pública, en forma oral. Esto no quiere decir que no existan anticipos de prueba, cuando es necesario practicar diligencias tales como registros, pericias, inspecciones, etc., que, por su naturaleza y sus características, sean considerados definitivos y únicos, o cuando debe recibirse una declaración que, por alguna razón, se

presume que no será posible incorporar al proceso, durante la vista pública. Los anticipos pueden ser pedidos por alguna de las partes, el juez califica las peticiones y éstas son ejecutadas en presencia de todos los interesados.

Una vez recibidas las diligencias, el juez de instrucción, en un plazo de tres días, ordena *auto de instrucción* y conoce de la audiencia preliminar. Analiza, critica y depura la investigación previa y la realizada durante la instrucción. Esta tiene una duración máxima de seis meses, a partir del auto. En casos complejos y mediante orden de un tribunal de segunda instancia, ese plazo puede ser prorrogado otros seis meses. Pero esto no es muy frecuente, se trata de hechos de excepcional complejidad. La detención provisional no es la regla. Está prevista sólo para delitos graves, cuya pena es superior a los tres años, y en los delitos graves,

nunca podrá exceder los veinticuatro meses. Este último caso todavía no se ha dado, pero los jueces saben que, sin importar el delito, si el plazo vence, el imputado debe ser puesto en libertad y ser juzgado, según esa modalidad. En la audiencia preliminar, el juez de instrucción se enfrenta a situaciones similares a las que se encuentra el juez de paz, excepto que sólo puede admitir la acusación fiscal y ordenar abrir el juicio. Llegado a este punto, remite el proceso al tribunal de

El Fiscal General de la República investiga el delito y promueve la acción pública. [...] Por consiguiente, la fiscalía decide quiénes serán criminalizados y victimizados. En esta decisión puede haber manipulación política, con el propósito de desviar la clientela, pero para ello debe encubrir. Esta práctica ha restado credibilidad, no solo a la fiscalía-policía, sino también al sistema procesal, a cargo de la acción penal.

sentencia y pone a su disposición al detenido.

El tribunal de sentencia celebra el juicio. Los jueces de paz e instrucción son unipersonales. En cambio, el tribunal de sentencia es colegiado, pues lo integran tres jueces. Cabe advertir que el sistema salvadoreño, en algunos casos, admite el jurado popular, integrado por cinco ciudadanos legos. Algunos delitos son conocidos de forma colegiada por el tribunal, otros de forma unipersonal y otros con jurado popular, dirigido por un juez del tribunal. La ley determina qué delitos son conocidos en cada una de estas formas.

El tribunal de sentencia, en cualquiera de sus formalidades, decide el juicio. La prueba es pre-

quetados y facturados como criminalizados. Por lo general, se trata de personas vulnerables, presentadas por la policía-fiscalía. A los jueces corresponde decidir, por decisión selectiva, quiénes son las víctimas potenciales de las que se ocupará, pues la selección comprende a los criminalizados y a los victimizados.

3. El proceso como formalidad

Por mandato constitucional, después de una reforma legislativa, el Fiscal General de la República investiga el delito y promueve la acción pública. Las modalidades de la acción penal son: la acción pública, la acción pública, previa instancia particular, y la acción privada (Art. 19 del Código Procesal Penal). Por consiguiente, la fiscalía decide quiénes serán criminalizados y victimizados. En esta decisión puede haber manipulación política, con el propósito de desviar la clientela, pero para ello debe encubrir. Esta práctica ha restado credibilidad, no sólo a la fiscalía-policía, sino también al sistema procesal, a cargo de la acción penal. Pero en el ámbito internacional, en particular la embajada estadounidense, y entre sectores de la derecha con pretensiones políticas, el órgano judicial es el responsable de las fallas de la fiscalía-policía. Pretenden que sin prueba o violando las garantías fundamentales, con sólo el señalamiento fiscal y la prueba presentada por esa institución, se condene, en especial, a los delinquentes de secuestro y drogas.

El Artículo 193 de la Constitución establece que corresponde al Fiscal General de la República defender los intereses del Estado y de la sociedad, promover, de oficio o a petición de parte, la acción de la justicia, en defensa de la legalidad, dirigir la investigación del delito con la colaboración de la Policía Nacional Civil, en la forma que la ley determine, promover la acción penal, también de oficio o a petición de parte. Según el Código Procesal Penal, la acción penal se ejercitará de los siguientes modos: acción pública, acción pública, previa instancia particular, y acción privada (Art. 194).

En El Salvador, al igual que en el resto de América Latina, el sistema procesal de administración de justicia penal estaba montado sobre la ficción de creer que el proceso era mixto. Pero, en realidad, la fase de instrucción dominaba todo el proceso penal y anulaba el juicio. No había juicio, sino trámites escritos, con un final hablado, para absolver o condenar. La instrucción era escrita e inquisitoria. No obstante, la Constitución de 1983 estableció el mo-

delo de proceso y juicio — “Toda persona a quien se impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en el que se le aseguren todas las garantías para su defensa” (Art. 12).

Pese a ello, en El Salvador no había *juicio*. En la fase de instrucción se recolectaba toda la prueba. En el plenario no se discutía, ni siquiera se usaba un espacio conocido como *término probatorio*, porque todos los elementos de prueba ya habían sido recogidos por la policía y un juez *investigador*. El Ministerio Público no tenía ningún protagonismo, en la instrucción. Para eso estaba el juez *instructor* super-poderoso. Y con actas, cuya lectura era ininteligible, y forzosa, el jurado popular, cinco legos no pares, luego de escuchar ejercicios de oratoria, resolvía sobre la culpabilidad. Y eso, en el mejor de los casos, cuando los delitos eran de la competencia del jurado. Pero otros delitos, como el secuestro y las conductas referidas a drogas, eran conocidos por el juez de instrucción, quien hacían las veces de juez de derecho, sin jurado. Era el mismo juez que había recolectado la prueba, ordenado de oficio la pesquisa y, probablemente, tenía criterio formado sobre la culpabilidad del investigado, anticipadamente.

Los resultados del paso del modelo inquisitivo al acusatorio son milagrosos. En esto, El Salvador se encuentra en la misma situación que Guatemala. Un proceso acusatorio con el de Alemania, Portugal, Austria e Italia se fundamenta en un desarrollo cultural del cual El Salvador carece. Tal vez con el tiempo, tanto El Salvador como Guatemala puedan contar con él. El primero ya cuenta con un nuevo derecho penal, según el cual, el proceso se fundamenta en la inmediatez, la oralidad y la publicidad. Hay tres audiencias principales: la inicial, a cargo de un juez de paz, quien decide si el proceso entra en la fase de instrucción; la preliminar, donde se critica la instrucción y se decide, entre otras salidas, si pasa a juicio; y, finalmente, la del juicio, en vista pública o audiencia, que resuelve la cuestión principal: la culpabilidad o la inocencia.

El juez de paz conoce las diligencias iniciales de la investigación, preside la audiencia inicial y las faltas o contravenciones. La policía está obligada a avisar de cualquier detención, en ocho horas, y a poner al detenido a la orden de la fiscalía de inmediato. Esta, a su vez, está obligada a presentar el requerimiento fiscal al juez de paz, en 72 horas o a poner libre al detenido. Este plazo comprende tam-

bién las horas que el imputado ha estado detenido en la policía. Si este plazo no es cumplido, tanto la policía como la fiscalía cometen delito. Por eso, en El Salvador, la detención ya no es un medio para recabar prueba. La detención es una medida cautelar para garantizar la presencia del imputado, en su juicio. Y este, aún con ciertas imperfecciones, es uno de los logros penales más grandes del país.

En la audiencia inicial, la cual debe tener lugar en un plazo de 72, si el imputado está detenido, el juez de paz debe cumplir con lo que, históricamente, se conoce como *el término para inquirir* —una disposición constitucional. Si no hay detenidos, el juez de paz debe citar al imputado, en un plazo de cinco días, después de haber recibido el requerimiento de la Fiscalía. El juez puede decretar la detención o sustituirla por otra medida, sobreeser de forma provisional o definitiva, suspender de manera condicional el procedimiento (*probation*), resolver conforme al procedimiento abreviado, autorizar la conciliación, resolver aplicar un criterio de oportunidad. Ahora bien, si estima que el imputado pudo haber cometido un delito, ordena la instrucción. Y esto sin mayores probanzas, ya que de lo que se trata es tener conciencia de la existencia de un hecho probablemente delictivo y de la posible participación del encausado. Esta audiencia inicial es oral. Cinco años después de haber entrado en vigencia, estos plazos han sido respetados.

Veinticuatro horas después de celebrada la audiencia inicial, el juez debe remitir las diligencias al juez de instrucción, para preparar la vista pública con la recolección de elementos que permitan fundamentar la acusación y la defensa. La *prueba* que implica culpabilidad es presentada o desahogada en el juicio o vista pública, en forma oral. Esto no quiere decir que no existan anticipos de prueba, cuando es necesario practicar diligencias tales como registros, pericias, inspecciones, etc., que, por su naturaleza y sus características, sean considerados definitivos y únicos, o cuando debe recibirse una declaración que, por alguna razón, se

presume que no será posible incorporar al proceso, durante la vista pública. Los anticipos pueden ser pedidos por alguna de las partes, el juez califica las peticiones y éstas son ejecutadas en presencia de todos los interesados.

Una vez recibidas las diligencias, el juez de instrucción, en un plazo de tres días, ordena *auto de instrucción* y conoce de la audiencia preliminar. Analiza, critica y depura la investigación previa y la realizada durante la instrucción. Esta tiene una duración máxima de seis meses, a partir del auto. En casos complejos y mediante orden de un tribunal de segunda instancia, ese plazo puede ser prorrogado otros seis meses. Pero esto no es muy frecuente, se trata de hechos de excepcional complejidad. La detención provisional no es la regla. Está prevista sólo para delitos graves, cuya pena es superior a los tres años, y en los delitos graves,

El Fiscal General de la República investiga el delito y promueve la acción pública. [...] Por consiguiente, la fiscalía decide quiénes serán criminalizados y victimizados. En esta decisión puede haber manipulación política, con el propósito de desviar la clientela, pero para ello debe encubrir. Esta práctica ha restado credibilidad, no solo a la fiscalía-policía, sino también al sistema procesal, a cargo de la acción penal.

nunca podrá exceder los veinticuatro meses. Este último caso todavía no se ha dado, pero los jueces saben que, sin importar el delito, si el plazo vence, el imputado debe ser puesto en libertad y ser juzgado, según esa modalidad. En la audiencia preliminar, el juez de instrucción se enfrenta a situaciones similares a las que se encuentra el juez de paz, excepto que sólo puede admitir la acusación fiscal y ordenar abrir el juicio. Llegado a este punto, remite el proceso al tribunal de

sentencia y pone a su disposición al detenido.

El tribunal de sentencia celebra el juicio. Los jueces de paz e instrucción son unipersonales. En cambio, el tribunal de sentencia es colegiado, pues lo integran tres jueces. Cabe advertir que el sistema salvadoreño, en algunos casos, admite el jurado popular, integrado por cinco ciudadanos legos. Algunos delitos son conocidos de forma colegiada por el tribunal, otros de forma unipersonal y otros con jurado popular, dirigido por un juez del tribunal. La ley determina qué delitos son conocidos en cada una de estas formas.

El tribunal de sentencia, en cualquiera de sus formalidades, decide el juicio. La prueba es pre-

sentada en la audiencia de la vista pública, ante los jueces y las partes, de una forma pública y oral. Sólo los anticipos de prueba se incorporan por lectura, pero los técnicos o quienes los suscriben pueden ser citados para ampliar o contestar preguntas de los abogados y del tribunal. Cerrados los debates, los jueces pasan de inmediato a deliberar, pues este acto no puede diferirse o suspenderse, excepto por fuerza mayor. En cualquier caso, la suspensión no podrá ser superior a tres días. Si el jurado ha conocido, la sentencia condenatoria se notificará por lectura, entre el tercero y quinto día, después de concluir la vista pública. En caso contrario, se realizará un nuevo juicio.

Este sistema penal entró en vigencia, en abril de 1998. Los procesos iniciados con anterioridad a esa fecha, serían depurados y sentenciados por los mismos jueces. La burocracia y la enorme cantidad de actas escritas que lastra estos procesos antiguos impidieron que fueran resueltos de forma inmediata. El legislador, por recomendación de la Corte Suprema de Justicia, decidió que los procesos ya iniciados fueran concluidos de acuerdo con el Código Procesal Penal derogado, vigente, para este efecto, hasta el 31 de diciembre de 1999. Como el plazo se venció y esos procesos no estaban concluidos, volvió a prorrogar su vigencia un año más, hasta diciembre de 2000 (Decreto Legislativo 792). Así, las prórrogas se fueron acumulando, hasta la fecha. Cuando por fin se decida no ampliar más el plazo, todavía habrá procesos no concluidos, pues el mismo juez decide y firma resoluciones, de acuerdo a ambos códigos, el derogado y el nuevo. El juez actual debe desdoblarse, puesto que, al mismo tiempo, hace las veces de investigador y sentenciador de

un proceso inquisitivo, en juicios escritos, basados en pruebas recogidas en actas, y de juez instructor, en audiencias públicas, en las cuales se presenta prueba oral, según las reformas introducidas. El juez actual se mueve entre una ideología penal y otra. En no pocos casos carece de conocimiento y práctica, en las dos. En unos procesos cabe la reincidencia, pero en otros no. En algunas situaciones no se puede alegar error de prohibición, por estar derogado, pero en otras similares sí, porque el nuevo Código lo contempla. Los jueces utilizan esta duplicidad de funciones para justificar el atraso laboral. No es tampoco aventurado afirmar que juegan a “Dios justiciero”, pues se vengan de los reos, en los procesos escritos, donde la defensa no puede actuar, sino esperar la resolución última — cuando el proceso no es visto por un jurado — o suplicar que el proceso sea visto por éste, si el Código lo admite.

Entretanto, la policía ha adquirido poderes políticos que, en el pasado, fueron patrimonio oligárquico. En efecto, la policía y los empresarios, por medio de sus voceros legales del ministerio público, han introducido reformas en el proceso, las cuales permiten a la policía y a la fiscalía reducir la estructura acusatoria, lo cual da lugar a corrupción policial. La policía de investigación del delito debería depender del Órgano Judicial. Con esto se hubieran evitado muchos males. Dentro de poco, la policía de investigación será la que más viole los derechos humanos y la población se verá acosada por una policía instructora y acusadora, inevitablemente corrupta, con un poder sin control. La misma Fiscalía terminará digerida por la policía.

A esto hay que agregar casos que la Fiscalía presentó como *famosos* (la niña Katia Miranda y “la tormenta tóxica”), pero la acción judicial no progresó, por violaciones graves de la policía a las garantías fundamentales o porque los hechos no eran delito o porque no los autores o el delito no fueron identificados o, lo más grave, porque, a criterio de los jueces de instrucción, la prueba presentada por la Fiscalía no demostraba la participación en el hecho, a pesar de la campaña propagandística. El Fiscal General, empujado por el director de la Policía Nacional Civil, quien recibió órdenes de la Presidencia de la República, hizo una publicidad exagerada de la muerte de la niña Katia Mi-



randa. Montó una investigación, capturó al padre y al abuelo paterno de la menor y a varios empleados de la familia, a quienes acusó de violación y asesinato. El manoseo de la prueba, por fiscales y policías, llevó a un juzgado de instrucción a decretar el sobreseimiento definitivo de los imputados, por no haber participado en el hecho y por no poder probar su conducta delictiva. El caso sigue abierto y sin solución aunque, en la sociedad salvadoreña, a *soto-voce*, se vincula a parientes y a altos funcionarios del Órgano Ejecutivo. En *la tormenta tóxica*, la Fiscalía y la policía, con gran publicidad, allanaron una residencia, en la playa, capturaron a medio centenar de personas, quienes fueron acusadas de narcotráfico y drogadicción. Insólito también es el caso de la muerte de un menor secuestrado. Su muerte fue atribuida a sus secuestradores, cuando era evidente que el niño era la carta de vida de éstos. No obstante el juez de paz, en el primer acto jurisdiccional, sobreseyó a los policías de la muerte del menor.

4. Cultura del estereotipo

La teoría del estereotipo tiene dos rasgos. El primero es la difusión amplia de una descripción hostil de algunas personas o clases, a quienes se les atribuyen intenciones malas y actos desastrosos, así como la selección, a través del sistema administrativo, de personas, por lo general, débiles y pobres, a quienes se les endilga dicha descripción. Luego, una vez que la persona ha sido identificada y etiquetada, se justifica más discriminación y así sucesivamente, en un movimiento circular. La persona señalada como delincuente por la policía y la fiscalía, algunas veces, coincide con el estereotipo. El pobre, por lo general, no conoce sus derechos; pero sí las personas de clase media y alta. El pobre no tiene abogado que lo conozca y se encargue de sus asuntos; mientras que la clase media y alta suele mantener una relación permanente con su abogado. La debilidad del pobre lo hace susceptible de mendigar justicia. El proceso discriminatorio, después del juicio, se lleva a cabo según la clase social. Para un mismo delito, una persona de clase media tiene mayor probabilidad de ser castigada con una multa que por sentencia de prisión y, además, es muy probable que le consideren circunstancias atenuantes. Los poderosos ni siquiera van a juicio.

Los delitos de los pobres están asociados al estereotipo, a la etiqueta o al estigma, pero los delitos de la clase media y alta, de igual gravedad, juzgados por sus efectos económicos y sociales,

no lo son. Muchas de sus acciones de igual gravedad no son siquiera consideradas como delitos. El sistema de políticas y de administración de justicia, cibernéticamente supervisado por la policía y la fiscalía, normalmente identifica al pobre y al no educado. Este es el que tiene la mayor probabilidad de ser señalado y enviado a prisión.

La prisión es crucial para identificar a la persona como *el delincuente del estereotipo*, para socializarla como delincuente (criminalización secundaria) y para desconectarla de la sociedad normal. La existencia de las prisiones es uno de los fenómenos sociales más sorprendentes. En ellas se refuerza el estereotipo criminal. La ley —en realidad, la policía y la fiscalía— selecciona a las personas que serán desaprobadas y castigadas. Selecciona de ciertos grupos y no de otros. (Denis Chapman, “El estereotipo del delincuente y sus consecuencias sociales”, en Rosa del Olmo, *Estigmatización y conducta desviada*, Venezuela, 1976, pp. 174, 175, 176.)

El delincuente, según el estereotipo, posee características que corresponden a personas con una posición social desventajosa, cuyos eventuales delitos, por lo general, son obras toscas, *delitos de tontos*, lo que no hace más que reforzar los prejuicios clasistas, en la medida en que la comunicación oculta el resto de ilícitos, cometidos por otras personas, en forma menos grosera, pero astuta y sofisticada. El estereotipo refuerza la mala conciencia: nosotros, *los de afuera*, somos lo buenos; *aquellos, los presos*, los de adentro, son los malos. Podemos, pues, dormir tranquilos.

En El Salvador, la televisión y la prensa escrita muestran los delitos de *los criminales tontos* —jóvenes tatuados, mal vestidos, con pelo largo, de barriada, pertenecientes a “maras”. Exhiben sus obras más rudas y vulgares como los únicos delitos y ellos, como los únicos delincuentes. Así, crean conciencia pública de que la delincuencia es sólo atributo de los sectores sociales subalternos. Esto mismo lleva a sociólogos y trabajadores sociales estatales, a predicadores cristianos de pacotilla, a psicólogos a sueldo, a “*técnicos*” en derecho de menores, a abogados que asesoran ministerios de Estado y a grandes empresarios a afirmar que la causa del delito es la pobreza, la educación deficiente, la falta de fe cristiana, la carencia de “*valores morales*” y otras ideas erradas pseudo-humanistas. En realidad, esas causas son, junto con el propio sistema penal, factores condicionantes de los ilícitos pero, sobre todo, de la criminalización de esos sectores. Estos nada

mentada en la audiencia de la vista pública, ante los jueces y las partes, de una forma pública y oral. Sólo los anticipos de prueba se incorporan por lectura, pero los técnicos o quienes los suscriben pueden ser citadas para ampliar o contestar preguntas de los abogados y del tribunal. Cerrados los debates, los jueces pasan de inmediato a deliberar, pues este acto no puede diferirse o suspenderse, excepto por fuerza mayor. En cualquier caso, la suspensión no podrá ser superior a tres días. Si el jurado ha conocido, la sentencia condenatoria se notificará por lectura, entre el tercero y quinto día, después de concluir la vista pública. En caso contrario, se realizará un nuevo juicio.

Este sistema penal entró en vigencia, en abril de 1998. Los procesos iniciados con anterioridad a esa fecha, serían depurados y sentenciados por los mismos jueces. La burocracia y la enorme cantidad de actas escritas que lastra estos procesos antiguos impidieron que fueran resueltos de forma inmediata. El legislador, por recomendación de la Corte Suprema de Justicia, decidió que los procesos ya iniciados fueran concluidos de acuerdo con el Código Procesal Penal derogado, vigente, para este efecto, hasta el 31 de diciembre de 1999. Como el plazo se venció y esos procesos no estaban concluidos, volvió a prorrogar su vigencia un año más, hasta diciembre de 2000 (Decreto Legislativo 792). Así, las prórrogas se fueron acumulando, hasta la fecha. Cuando por fin se decida no ampliar más el plazo, todavía habrá procesos no concluidos, pues el mismo juez decide y firma resoluciones, de acuerdo a ambos códigos, el derogado y el nuevo. El juez actual debe desdoblarse, puesto que, al mismo tiempo, hace las veces de investigador y sentenciador de

un proceso inquisitivo, en juicios escritos, basados en pruebas recogidas en actas, y de juez instructor, en audiencias públicas, en las cuales se presenta prueba oral, según las reformas introducidas. El juez actual se mueve entre una ideología penal y otra. En no pocos casos carece de conocimiento y práctica, en las dos. En unos procesos cabe la reincidencia, pero en otros no. En algunas situaciones no se puede alegar error de prohibición, por estar derogado, pero en otras similares sí, porque el nuevo Código lo contempla. Los jueces utilizan esta duplicidad de funciones para justificar el atraso laboral. No es tampoco aventurado afirmar que juegan a "Dios justiciero", pues se vengan de los reos, en los procesos escritos, donde la defensa no puede actuar, sino esperar la resolución última —cuando el proceso no es visto por un jurado— o suplicar que el proceso sea visto por éste, si el Código lo admite.

Entretanto, la policía ha adquirido poderes políticos que, en el pasado, fueron patrimonio oligárquico. En efecto, la policía y los empresarios, por medio de sus voceros legales del ministerio público, han introducido reformas en el proceso, las cuales permiten a la policía y a la fiscalía reducir la estructura acusatoria, lo cual da lugar a corrupción policial. La policía de investigación del delito debería depender del Órgano Judicial. Con esto se hubieran evitado muchos males. Dentro de poco, la policía de investigación será la que más viole los derechos humanos y la población se verá acosada por una policía instructora y acusadora, inevitablemente corrupta, con un poder sin control. La misma Fiscalía terminará digerida por la policía.

A esto hay que agregar casos que la Fiscalía presentó como *famosos* (la niña Katia Miranda y "la tormenta tóxica"), pero la acción judicial no progresó, por violaciones graves de la policía a las garantías fundamentales o porque los hechos no eran delito o porque no los autores o el delito no fueron identificados o, lo más grave, porque, a criterio de los jueces de instrucción, la prueba presentada por la Fiscalía no demostraba la participación en el hecho, a pesar de la campaña propagandística. El Fiscal General, empujado por el director de la Policía Nacional Civil, quien recibió órdenes de la Presidencia de la República, hizo una publicidad exagerada de la muerte de la niña Katia Mi-



randa. Montó una investigación, capturó al padre y al abuelo paterno de la menor y a varios empleados de la familia, a quienes acusó de violación y asesinato. El manoseo de la prueba, por fiscales y policías, llevó a un juzgado de instrucción a decretar el sobreseimiento definitivo de los imputados, por no haber participado en el hecho y por no poder probar su conducta delictiva. El caso sigue abierto y sin solución aunque, en la sociedad salvadoreña, a *soto-voce*, se vincula a parientes y a altos funcionarios del Órgano Ejecutivo. En *la tormenta tóxica*, la Fiscalía y la policía, con gran publicidad, allanaron una residencia, en la playa, capturaron a medio centenar de personas, quienes fueron acusadas de narcotráfico y drogadicción. Insólito también es el caso de la muerte de un menor secuestrado. Su muerte fue atribuida a sus secuestradores, cuando era evidente que el niño era la carta de vida de éstos. No obstante el juez de paz, en el primer acto jurisdiccional, sobreseyó a los policías de la muerte del menor.

4. Cultura del estereotipo

La teoría del estereotipo tiene dos rasgos. El primero es la difusión amplia de una descripción hostil de algunas personas o clases, a quienes se les atribuyen intenciones malas y actos desastrosos, así como la selección, a través del sistema administrativo, de personas, por lo general, débiles y pobres, a quienes se les endilga dicha descripción. Luego, una vez que la persona ha sido identificada y etiquetada, se justifica más discriminación y así sucesivamente, en un movimiento circular. La persona señalada como delincuente por la policía y la fiscalía, algunas veces, coincide con el estereotipo. El pobre, por lo general, no conoce sus derechos; pero sí las personas de clase media y alta. El pobre no tiene abogado que lo conozca y se encargue de sus asuntos; mientras que la clase media y alta suele mantener una relación permanente con su abogado. La debilidad del pobre lo hace susceptible de mendigar justicia. El proceso discriminatorio, después del juicio, se lleva a cabo según la clase social. Para un mismo delito, una persona de clase media tiene mayor probabilidad de ser castigada con una multa que por sentencia de prisión y, además, es muy probable que le consideren circunstancias atenuantes. Los poderosos ni siquiera van a juicio.

Los delitos de los pobres están asociados al estereotipo, a la etiqueta o al estigma, pero los delitos de la clase media y alta, de igual gravedad, juzgados por sus efectos económicos y sociales,

no lo son. Muchas de sus acciones de igual gravedad no son siquiera consideradas como delitos. El sistema de políticas y de administración de justicia, cibernéticamente supervisado por la policía y la fiscalía, normalmente identifica al pobre y al no educado. Este es el que tiene la mayor probabilidad de ser señalado y enviado a prisión.

La prisión es crucial para identificar a la persona como *el delincuente del estereotipo*, para socializarla como delincuente (criminalización secundaria) y para desconectarla de la sociedad normal. La existencia de las prisiones es uno de los fenómenos sociales más sorprendentes. En ellas se refuerza el estereotipo criminal. La ley —en realidad, la policía y la fiscalía— selecciona a las personas que serán desaprobadas y castigadas. Selecciona de ciertos grupos y no de otros. (Denis Chapman, “El estereotipo del delincuente y sus consecuencias sociales”, en Rosa del Olmo, *Estigmatización y conducta desviada*, Venezuela, 1976, pp. 174, 175, 176.)

El delincuente, según el estereotipo, posee características que corresponden a personas con una posición social desventajosa, cuyos eventuales delitos, por lo general, son obras toscas, *delitos de tontos*, lo que no hace más que reforzar los prejuicios clasistas, en la medida en que la comunicación oculta el resto de ilícitos, cometidos por otras personas, en forma menos grosera, pero astuta y sofisticada. El estereotipo refuerza la mala conciencia: nosotros, *los de afuera*, somos los buenos; *aquellos, los presos*, los de adentro, son los malos. Podemos, pues, dormir tranquilos.

En El Salvador, la televisión y la prensa escrita muestran los delitos de *los criminales tontos* —jóvenes tatuados, mal vestidos, con pelo largo, de barriada, pertenecientes a “maras”. Exhiben sus obras más rudas y vulgares como los únicos delitos y ellos, como los únicos delincuentes. Así, crean conciencia pública de que la delincuencia es sólo atributo de los sectores sociales subalternos. Esto mismo lleva a sociólogos y trabajadores sociales estatales, a predicadores cristianos de pacotilla, a psicólogos a sueldo, a “*técnicos*” en derecho de menores, a abogados que asesoran ministerios de Estado y a grandes empresarios a afirmar que la causa del delito es la pobreza, la educación deficiente, la falta de fe cristiana, la carencia de “*valores morales*” y otras ideas erradas pseudo-humanistas. En realidad, esas causas son, junto con el propio sistema penal, factores condicionantes de los ilícitos pero, sobre todo, de la criminalización de esos sectores. Estos nada

tienen que ver con la inmensidad de ilícitos que los otros sectores sociales cometen con refinamiento y casi con absoluta impunidad. Basta recordar los casos de la "arrocera San Francisco", del proyecto "río Lempa" y ANDA. En todos ellos, asesores presidenciales y hombres de su entera confianza han sido autores de tales fraudes, sin que la ley los alcance. Cabe también recordar los casos del "coche bomba" y del "super-trueno", cuyo protagonista es un "honrado comerciante" que envasó alcohol industrial barato y lo distribuyó como bebida embriagante. Esa bebida causó, en el año 2000, en menos de cuarenta días, la muerte de 117 personas, pertenecientes a sectores vulnerables, casi todas ellas enfermas alcohólicas. La policía y la fiscalía no investigaron estas muertes, pero concluyeron —¡aunque Ud. no lo crea!— con un requerimiento judicial para el propietario del negocio, por el delito de "violación de distintivos comerciales". El honrado industrial se encuentra emparentado con un alto funcionario del poder ejecutivo.

Existen personas intocables para la ley penal, por su pertenencia a los grupos hegemónicos o por formar parte de los aparatos represivos del Estado. La organización social determina cuáles son los tipos de conducta desviada y qué será considerado delito, en el momento oportuno. El delito varía en el tiempo y el espacio.

Lo mismo ocurre con la llamada *cifra negra*, o delincuencia oculta. Las mediciones estadísticas hablan de una criminalidad legal, de una aparente y de una real. La primera es la que aparece registrada en las estadísticas oficiales. La segunda es la conocida por los órganos de control social —policía, fiscalía, jueces, etc. Por eso, entre más personas detienen, con o sin motivo, más inflan las estadísticas y aparentan una delincuencia mayor. La criminalidad real es la cantidad de delitos cometidos, de hecho, en el país. Hay, pues, una gran diferencia en el volumen de estas tres criminalidades. La real, sin embargo, no se conoce en toda su extensión. Basta considerar la cantidad de cheques sin fondo, que se emiten a diario, pero que no son denunciados. Además, la Dirección General de Centros penales, institución encargada de las estadísticas criminales, falsea sus informes. Entre la criminalidad real y la aparente hay una enorme cantidad de hecho que jamás son conocidos por la policía. Esa diferencia es la llamada *cifra negra* (Lola Aniyar, *Criminología de la reacción social*, Venezuela, 1976, pp. 67, 72, 73).

En 1949, Edwin Sutherland definió el concepto de *delito de cuello blanco*, en un discurso, pronunciado en la Sociedad Americana de Criminología. Según su definición, es un delito cometido por una persona respetable, cuyo status social es alto, en el ejercicio de su ocupación. Desde entonces, este concepto se opone a todos los otros delitos, llamados *convencionales*. Luego, planteó como tesis positiva, que las personas que pertenecen a la clase alta participan bastante en conductas delictivas, la cual difiere de la conducta delictiva de la clase baja, sobre todo en los procedimientos administrativos utilizados para tratar a los delincuentes. La variación en los procedimientos administrativos, sin embargo, no es significativa, desde el punto de vista de la causación del delito. Hoy en día, la tuberculosis se trata con estreptomicina, pero sus causas no eran diferentes cuando se trataban con cataplasmas (Edwin H. Sutherland, *El delito de cuello blanco*, Venezuela, 1961 p. 13).

El delito de cuello blanco no puede explicarse por la pobreza, ni por poca educación, ni por inestabilidad emocional. Su cifra negra es enorme —basta pensar en los delitos fiscales, sobre todo en la evasión de impuestos y en los fraudes del ejecutivo. Son los delitos de los económicamente poderosos. Es decir, el sujeto activo es una persona con un estatus socioeconómico alto, que delinque en el ejercicio de su actividad económica, pero, por eso mismo, es inmune. Los autores y cómplices de estos delitos dirigen la vida económica del país.

Si el aparato del poder beneficia a algunos sectores, esto no quiere decir que los beneficiados lo organicen y manejen. El sistema penal opera en forma parcializada y fragmentada. Cada agencia posee intereses sectoriales y, a veces, corporativos y, en consecuencia, sus criterios de calidad, sus discursos externos e internos, y sus mecanismos de reclutamiento y entrenamiento. Son agencias que disputan poder. Sin embargo, el poder punitivo criminaliza a algunas personas vulnerables, aquellas que coinciden con el estereotipo. Con mucha menor frecuencia criminaliza a quienes, sin encajar en el estereotipo, han actuado con brutalidad y por eso se toman vulnerables —homicidios familiares, violación de menores. Y muy excepcionalmente, criminaliza a alguien que, hallándose en una posición protegida, la cual lo hace invulnerable al poder punitivo, pierde en la pugna de poder hegemónico, que lo vuelve vulnerable —el caso de las financieras *Insepro* y *Finsepro*.

5. Policía, Fiscalía y medios de comunicación

Nadie es alcanzado por el poder punitivo sólo por su estado de vulnerabilidad, sino por colocarse en esa situación. Es una posición de riesgo criminalizante. La selección responde a estereotipos. Por lo tanto, la persona que encaja en alguno de ellos sólo debe hacer un pequeño esfuerzo para colocarse en posición de riesgo criminalizante. Entonces, su estado de vulnerabilidad es alto. Contrariamente, quien no encaja en un estereotipo, debe hacer un esfuerzo considerable para colocarse en esa situación, pues se encuentra en un estado de vulnerabilidad relativamente bajo. Así, pues, la criminalización responde sólo de manera secundaria a la gravedad del delito —el contenido injusto del hecho. La gravedad del delito es determinante sólo cuando, por realizar un hecho grotesco, la vulnerabilidad del candidato sube.

En la realidad, el poder punitivo opera de modo inverso al discurso jurídico, que pretende colocar en primer lugar al legislador, en segundo lugar al juez y casi ignora a la policía y a la Fiscalía. En la práctica, estas dos ejercen el poder selectivo, mientras que los jueces sólo deciden si lo aplican o lo reducen. El legislador abre un espacio para seleccionar sin saber contra quien será ejercido ese poder punitivo.

La criminalización secundaria es casi un pretexto para que las agencias policiales y fiscales ejerzan un control formidable para configurar la vida social. Esta configuración, en ningún momento, pasa por las agencias judiciales. Aunque, a veces, la policía, por cumplir una formalidad, da participación a los fiscales en su rutina operacional. Hasta ahora, la investigación de los “grandes casos” ha dependido de la policía —detención de sospechosos, de cualquier persona para identificarla o porque llama la atención; la detención por supuestas faltas; el registro de personas identificadas y detenidas; la vigilancia de lugares de reunión y de espectáculos populares; los “retenes”, en las carreteras, dirigidos contra el transporte interurbano de pasajeros para hacer una requisita personal indignante a la ciudadanía; la investigación privada de las personas; la información sobre cuentas bancarias, patri-

monio, conversaciones privadas y comunicaciones telefónicas, telegráficas, postales, electrónicas, etc. Todas estas acciones son pretextos para prevenir la delincuencia, para vigilar y así dar seguridad o para investigar la criminalización. Estas intromisiones constituyen un conjunto de atribuciones arbitrarias, que proporcionan a la policía y a la Fiscalía un poder muchísimo mayor y más significativo que toda la otra criminalización secundaria. Ese es el verdadero poder político del sistema penal, el cual nunca es ejercido por los jueces, ni es controlado por el Órgano Judicial. Se genera dentro de los aparatos del poder ejecutivo, pero es ejecutado por la policía y la Fiscalía. No obstante, los medios de comunicación —propiedad de grandes empresarios— y la embajada estadounidense, aun a sabiendas de cómo operan estos mecanismos, filan sus armas contra “los jueces”.

Parece que lo que le interesa al Estado es el modo de ejercer el poder y no la prevención y la sanción del delito. Este poder que configura el sistema penal es ejercido por las agencias policiales de una forma amplia, e incluye a la Fiscalía, la cual ha involucionado y se ha politizado. El llamado “Informe Zaffaroni-Carranza” (1991) hace advertencias oportunas sobre la investigación policial. Señala que la nueva policía se organizó con el personal y los equipos de la llamada

Existen personas intocables para la ley penal, por su pertenencia a los grupos hegemónicos o por formar parte de los aparatos represivos del Estado [...]

El sistema penal opera en forma parcializada y fragmentada.

Comisión investigadora del delito —manejada por la embajada estadounidense—, la cual dependía del Viceministerio de Seguridad Pública —militarizado.

La propuesta era que la policía judicial o de investigación, por lógica democrática, estuviera jerárquicamente subordinada al Órgano Judicial. Cuando una policía depende de la autoridad administrativa, el cumplimiento de las órdenes judiciales no está garantizado. La Comisión de investigación del delito —en la actualidad, una sección de la Policía Nacional Civil— fue integrada por el mismo personal que investigó los grandes crímenes cometidos durante el conflicto armado. En esas investigaciones se llegó a identificar a los autores y cómplices, pero nunca se procedió judicialmente. Es notorio el aparato montado en la investigación del homicidio de Monseñor Romero, el cual

nunca fue resuelto, aun cuando algunos de los jefes que investigaban cenaban con sus asesinos, a sabiendas de que eran los responsables del delito. Cuando nació la Policía Nacional Civil, con los acuerdos de Chapultepec, recibió este legado de corrupción, que aún se conserva.

El informe Zaffaroni-Carranza observaba que, por diversas circunstancias, por tratarse de situaciones difíciles, donde no es sencillo aportar soluciones efectivas a los problemas presentados por el delito, los políticos —y, precisamente, los más irresponsables, los voceros de la derecha— apelan, por lo general, a la penalización para vender imagen de “eficiencia”. Este clientelismo competitivo es normal, pero puede cobrar límites inadmisibles, en situaciones excepcionales y dramáticas. Esta actitud precipita al sistema penal en el centro de la tormenta política.

En la prensa escrita se leía (durante la guerra) y se lee todavía una serie de síntomas, cuyo objetivo es crear alarma ante “el auge delincencial”. Las respuestas de las autoridades siguen siendo las mismas: “la delincuencia común ha adoptado tácticas guerrilleras y han ablandado a los jueces; la policía detiene y los jueces sueltan”. Los servicios televisivos escandalosos y alarmistas (*Telecorporación Salvadoreña*) contribuyen lo suyo al presentar cadáveres y truculencias (cabezas separadas de cuerpos). Se eligen diputados con la sola bandera de la solución a la delincuencia (la pena de muerte). Desgraciadamente, la publicidad crea el clima artificial de alarma, el cual hace que la opinión pública apruebe la tortura policial (sobre todo en los integrantes de “las maras”) y la pena de muerte.

En El Salvador y también en los países latinoamericanos donde hubo conflicto armado, a medida que la situación bélica perdió significación, las noticias de violencia político-criminal fueron reemplazadas por otras acerca de la violencia de la delincuencia común, es decir, la conflictividad no bélica, aunque presentada con lenguaje claramente bélico. La imagen de la guerra política ha sido reemplazada por la imagen de la guerra contra la delincuencia, la seguridad nacional ha sido reemplazada por la seguridad urbana y la defensa contra la subversión ha sido reemplazada por la defensa “social”. La nota roja de la prensa ha alcanzado espacios desproporcionados. Los políticos son urgidos a tomar medidas “drásticas” para librar esa “guerra” y son tentados por la demagogia fácil y el clientelismo. La posición de las autoridades de

seguridad y justicia se vuelve incómoda, incluso los propios jueces se dejan llevar por el temor a la “opinión pública” (o al Consejo Nacional de la Judicatura o a la Corte Suprema de Justicia) y cometen arbitrariedades, que publicitan para no cargar con el sambenito de “debilidad”.

Esa situación no la produce ningún acuerdo conspirador, sino un conjunto de motivaciones heterogéneas, las cuales responden a diferentes intereses sectoriales, aunque producen el mismo efecto: la competencia política entre y dentro de los partidos, el desprestigio del sistema democrático, las ventas y el *rating*, la conservación de fuentes de corrupción, la defensa de imágenes corporativas, la ignorancia y la falta de formación, la carencia de bases científicas elementales, cuestiones de vanidad y prestigio personal, etc.

En El Salvador, el panorama se ha complicado porque, como secuela de la guerra, se han cometido delitos comunes sofisticados y de gran violencia (tipo comando), se han recrudecido los secuestros, los asaltos a bancos, a pagadores, etc. El riesgo de esta “segunda guerra” se traduce en el peligro de violaciones a las garantías fundamentales por la policía y fiscalía, y en provocar un altísimo número de ejecuciones sin proceso (pequeños rateos y miembros de “maras”, los cuerpos descuartizados). Al variar de forma brusca el sentido de la represión, la cual ahora está dirigida contra sectores vulnerables y empobrecidos y contra personas estigmatizadas como delincuentes, las organizaciones sociales pierden su capacidad para reaccionar por falta de entrenamiento y temen perder prestigio al asumir la defensa de los vulnerables, porque la solidaridad con la víctima de esta represión ilimitada es contaminante (Eugenio Raúl Zaffaroni y Elías Carranza, *Informe de la misión científica para la creación de una nueva policía civil en El Salvador*).

6. Sistema y control social

Los sistemas normativos, como la religión, la ética, las costumbres, los usos, la terapéutica y el derecho, en la medida en que ejerce control reproductor, pero en especial su rama penal, tanto en sus contenidos tanto como en sus “no contenidos”, ejercen el control social. A través de procesos selectivos (estereotipia y criminalización) y estrategias de socialización (primaria y secundaria o sustitutiva), ese conjunto de normas establece una red de contenciones para garantizar la fidelidad (o el sometimiento) de las masas a los valores del siste-

ma de dominación. El control social previene la conducta discordante al dirigirse a destinatarios sociales, identificados por su pertenencia a una clase (Lola Aniyar, edit., *Conocimiento y orden social: criminología como legitimación y criminología de la liberación*, Instituto de Criminología, Universidad del Zulia, 1981, pp. 27 y 28).

En El Salvador, los valores esenciales del sistema son aquellos que garantizan la estabilidad del sistema de dominación, es decir, el mantenimiento de las clases sociales y su función, dialécticamente necesaria, para la acumulación de capital, por el grupo hegemónico. La función reproductora del control social parte de su tendencia a declarar ilegal los intereses de la clase subalterna y a convertir en cuestión de orden público la afirmación de estos intereses. No hay duda que el control social, para mantener y reproducir un orden cualquiera, puede valerse de muchos medios — la planificación urbana, la política migratoria, los programas de nutrición, la asistencia social, la alfabetización, la vivienda, la manipulación del mercado de trabajo y, evidentemente, la política comunicacional (*ibíd.*, pp. 29, 30).

El sistema penal está constituido por el conjunto de agencias que ejecutan la criminalización, primaria y secundaria, y la producen, es decir, las políticas (legislatura, ministerios, poder ejecutivo, partidos políticos); las judiciales (jueces, abogados, organizaciones profesionales); las policiales (Policía Nacional Civil, diversos organismos de investigación del Estado y del Ministerio de Defensa, la fiscalía y sus agentes y, en general, toda agencia pública y privada con funciones de vigilancia); las penitenciarias y los centros de detención (directores y administradores, personal de prisiones y vigilancia para ejecución de la pena); las de comunicación social (radiotelefonía, televisión y prensa); las de reproducción ideológica (universidades, academias, institutos de investigación jurídica y criminológica); las internacionales (Naciones Unidas, Organización de Estados Americanos, etc.); las transnacionales (cooperaciones de países centrales, fundaciones, entes que proporcionan becas, subsidios) (Zaffaroni, *op. cit.*, p. 1811).

Las agencias del sistema penal se rigen por relaciones de competencia entre sí y dentro de sus propias estructuras, lo cual abre la puerta a los dis-



cursos clientelistas, aun sabiendo que son falsos. El más común de estos discursos es *el reclamo de la represión para resolver los problemas sociales*. Al amparo de ese afán competitivo, toma cuerpo un discurso simplista y reiterativo, de cuya difusión se encargan los medios de comunicación. Así, el mensaje comunicativo se asemeja al publicitario por su brevedad, simplicidad, emotividad, impacto, etc. La reiteración refuerza la falsa imagen del sistema penal y del poder punitivo como medio eficaz para resolver los problemas sociales más complejos. La creación de imágenes falsas por parte de las emisoras de la Telecorporación Salvadoreña sobre la pobreza, la pertenencia a las “maras” y la falta de educación como determinantes del delito es de sobra conocida.

Los operadores judiciales (los jueces) deben sufrir presiones verticales, debido a su inseguridad o al miedo de caer en desgracia con la cúpula judicial o con el Consejo Nacional de la Judicatura. También sufren a diario presiones horizontales de la prensa y de la policía y la fiscalía, las cuales no les muestran ninguna cortesía. El discurso dominante se refuerza con las llamadas “campañas de ley y orden”, frecuentes desde hace unos ocho años, las cuales divulgan un doble mensaje: reclaman mayor represión y afirman que, por culpa de los jueces, no se reprime, ni se castiga.

Fuera del sistema penal formal del Estado, hay también un enorme poder punitivo, el cual es ejercido por otras agencias, cuya función latente es el control social punitivo, muy similar al penal, desde la perspectiva de las ciencias sociales, aunque formalmente aseguran otra cosa. Se trata de sistemas penales paralelos. Los médicos, en particular los

psiquiatras, por ejemplo, ejercen el poder de institucionalizar en un manicomio a ciertas personas. Es un poder muy parecido al de enviar a prisión. La familia hace algo parecido con la institucionalización de las personas mayores y con los niños, a quienes recluye en establecimientos públicos o privados. Los tribunales de menores y los llamados institutos del niño, incluso fuera del ámbito delictivo, deciden la institucionalización de infantes y adolescentes —la función tutelar no declarada, dentro de un nuevo sistema de derecho penal de minoridad de acto— para *resguardarlos física y mentalmente*.

Asimismo, un sistema penal subterráneo institucionalizó la pena de muerte sin proceso, la desaparición, la tortura, el secuestro, el robo, el tráfico de drogas, armas y personas, que incluye la venta de niños y la prostitución. Durante la guerra existieron de forma simultánea cuatro sistemas penales: el penal común, para los delincuentes comunes, quienes gozaban de garantías constitucionales en los centros de detención; el penal para presos políticos, sin garantías; el penal de los “desaparecidos”, ejecutados sin proceso y el penal de inmunidad para militares y “escuadrones de la muerte” (Atilio Ramírez Amaya, “El sistema y la justicia penal en El Salvador, Tercer encuentro de criminólogos críticos”, Mimeografiado, Nicaragua, 1988).

7. El discurso penal

Algunos teóricos del derecho penal aceptan la naturalidad de la criminalización secundaria, aun cuando saben que parten de datos falsos sobre los hechos sociales. Gracias a Roxin se generalizó la tesis de una función social positiva y racional. El derecho penal asienta sobre esta generalización infundada su estructura teórica. Si está bien construida, es coherente con la función positiva, que se supone invariable, del poder punitivo. De aquí se deducen pautas para decidir sobre los casos concretos. Así, cada decisión es consecuencia directa de la premisa funcional. Por lo tanto, el derecho penal legitima el ejercicio del poder punitivo. En la sociedad inventada por él, ese poder, ejercido por los jueces, quienes han recibido el mandato de los legisladores, alcanza a todos por igual. Sus agencias ejecutivas ejercen la coacción directa, siempre de acuerdo a sus instrucciones. Este planteamiento se olvida del poder de vigilancia positiva, el aspecto más importante del poder punitivo (Zaffaroni, *op. cit.*, pp. 24-25).

El discurso jurídico penal de esta creación arbitraria del mundo no incorpora la limitación del poder jurídico de los operadores, a quienes les propone un programa de acción. De esta manera, planifica el ejercicio del poder punitivo como si se adecuase perfectamente a las propuestas de los teóricos. En consecuencia, el discurso pasa por alto la realidad del poder y legitima un poder no jurídico, sino policial, fiscal, político, comunicacional, paralelo y también subterráneo. Aunque los jueces sólo intervienen al final del proceso, la prensa y la sociedad los hacen responsables de la cuestión penal en su totalidad. Lo más paradójico es que, al legitimar el poder punitivo, el derecho penal contribuye a reducir de forma gradual su propio poder jurídico, o sea, el poder sus propias agencias. Al mismo tiempo que legitima el poder ajeno —sobre todo el policial y fiscal—, reduce el de los juristas. Algunos de ellos, por ignorancia y por falta de sentido humanístico, en la misma prensa presentan proyectos políticos paralelos a los del poder ejecutivo.

El discurso del derecho penal se elabora en los ámbitos de reproducción ideológica (las universidades) del sistema, pero llega, aunque con cierto retraso, a las agencias judiciales. Es paradójico que el sistema penal legitime un poder enorme ajeno, mientras reduce el propio. Esto se explica porque las instancias jurídicas han privilegiado el ejercicio del poder a través del discurso, en detrimento de su ejercicio directo. El poder del discurso o del derecho penal es mucho más importante de lo que se solía reconocer. Todo poder genera un discurso, que condiciona a las personas a que lo conozcan a través de él y de acuerdo a él. Este discurso fue construido a partir de dos generalizaciones falsas. La primera es que la criminalización primaria incluye conflictos sociales inconexos, excepto por estar recogidos en la legislación penal. La eficacia de la pena respecto a alguno de ellos y en algún sentido es ampliada a todos los demás, dando por hecho, sin verificar, que si es eficaz en uno, también debe serlo en todos los otros. Así, pues, y aquí hace la segunda falsa generalización, construye su teoría a partir de un conflicto tipo, el cual, por tradición, es el homicidio. El homicidio es el ejemplo predilecto. Es posible que muchas observaciones tengan asidero en el homicidio, pero el resultado sería diferente si el derecho penal se construyese a partir de otro conflicto, como el hurto (Zaffaroni, *op. cit.*, p. 26).

El discurso racionaliza la punición de afectaciones muy lejanas e hipotéticas —peligros abs-

tractos, remotos o inexistentes— por simple deducción de la eficacia tutelar y, por lo tanto, preventiva de la ley penal. Sin embargo, también puede racionalizar intervenciones desproporcionadas a la afectación —inventa una gran necesidad tutelar, aun cuando la afectación sea insignificante— e incluso crea bienes jurídicos inexistentes. La idea de bien jurídico tutelado tiende a espiritualizar el bien jurídico hasta que desemboca en un único bien jurídico tutelado: la voluntad del Estado —o de la policía. Esto es así porque el Estado (o la policía) termina siendo el único juez de la necesidad e intensidad de la tutela.

Ninguna teoría puede prescindir del bien jurídico, aunque sí puede minimizar o suprimir la relevancia del sujeto pasivo, con lo cual extrema la confiscación de la víctima. La legislación actual —incluidas las reformas hechas al Código Penal— tiende a minimizar el bien jurídico, mediante la proliferación de tipos del llamado *peligro abstracto*. Por otro lado, el concepto de *actual sociedad de riesgo*, relacionado con la revolución tecnológica, tipifica actos de tentativa e incluso preparatorios. Así, en las reformas hechas al Código Penal, creó “el crimen organizado” (Art. 22-A), un concepto vago e ilógico, desde el punto de vista jurídico. Según esta reforma, “crimen organizado” es “aquella forma de delincuencia que se caracteriza por provenir de un conjunto de personas a mantener una estructura jerarquizada, con el propósito de planificar y ejecutar hechos antijurídicos con la finalidad de lucrar con bienes y servicios ilegales o realizar actividades de terrorismo... También se considera crimen organizado aquellas conductas que por sí o unidas a otras, cometidas por dos o más personas, tienen como fin o resultado cometer los delitos de homicidio, homicidio agravado, privación de libertad, secuestro, robo, robo agravado, extorsión, asociaciones ilícitas, falsificación o alteración de moneda, actos de terrorismo, comercio de personas, contrabando, lavado de dinero y activos, tráfico, fabricación y comercio ilegal de armas de fuego, y los comprendidos en el Capítulo IV de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas”. Se agregó, además, el Artículo 129-A, que dice que “La proposición y conspiración en los casos de homicidio agravado serán sancionadas respectivamente, con igual pena que la establecida en el artículo anterior”, o sea, de 30 a 50 años.

El debilitamiento del bien jurídico implica el deterioro de su objetividad. Este debilitamiento lle-

ga al extremo que, inconforme con la confiscación de la víctima, suprime el bien jurídico con el uso perverso de los intereses difusos y los delitos de peligro común. De allí la necesidad de precisar qué bienes jurídicos son sólo aquellos cuya lesión se concreta en ataques lesivos a una persona. Según Carlos Nino, al menos hay cuatro clases de daños a terceros, los cuales no pueden considerarse como justificación para interferir con la autonomía de una persona: el insignificante, comparado con la centralidad de la acción para el plan de vida del agente; el producido de manera no directa por la acción, en cuestión, sino por otra acción voluntaria; el producido por la intolerancia del Estado y el producido por la interferencia de éste (*Fundamentos de derecho constitucional*, Argentina, 1992, p. 307).

8. Responsabilidad por la culpabilidad

Imputar una lesión o un peligro para un bien jurídico, sin la constatación previa del vínculo subjetivo con el autor, equivale a degradar a éste a una cosa causante. Por consiguiente, la exclusión del caso fortuito —imputación por mera causalidad— es un paso necesario para satisfacer el reconocimiento jurídico penal de la persona. Pero la imputación no puede ser irracional, es decir, exige un momento más específico, cuyo fundamento está en el Artículo 8 de la Constitución, mediante la reserva legal. A nadie pueden imputársele acciones prohibidas si al menos no ha tenido posibilidad de prever el resultado de su conducta o no ha conocido la conminación penal para así adecuar su conducta al derecho, en una determinada circunstancia.

Si bien es irracional pretender imponer una pena por un resultado fortuito, es también irracional pretender penar por un resultado previsto o querido, cuando el agente no pudo conocer la prohibición o no pudo evitar la conducta. El principio de culpabilidad abarca, entonces, dos niveles: excluye la imputación de un resultado accidental, no previsible (caso fortuito), y la punición por no haber podido conocer la conminación o adecuar la conducta al derecho, en la circunstancia concreta.

Los principios de culpabilidad y lesividad marcan los límites dentro de los cuales puede desarrollarse la teoría del delito y la determinación de la pena. La conjunción de ambos determina el objeto que se imputa, en la teoría del injusto, mientras que sólo el de culpabilidad establece el límite máximo de la reacción punitiva y la excluye cuando no

alcanza el mínimo. La exclusión de la imputación en el caso fortuito ha sido violada en todas las épocas, en particular por los estados con tendencias totalitarias o autoritarias. Sin embargo, la violación más grosera de este principio es el *versari in re illicita*, donde se imputa la autoría a quien habiendo hecho algo no permitido, por simple accidente causa un resultado antijurídico. Según el derecho, ese resultado no puede ser considerado causado culposamente. Para esta teoría, el juicio de culpabilidad del homicidio involuntario depende, de forma directa, del carácter moral de la conducta causal y, secundariamente, de que el autor haya puesto el cuidado debido, en tanto que esa valoración sea favorable. Esta máxima, aunque anacrónica, aún se filtra en los criterios jurisprudenciales y doctrinarios (Zaffaroni, *op. cit.*, p. 133).

La Constitución establece que “toda persona se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad” (Art. 12). La Ley del menor infractor declara que éste tiene derecho a un proceso justo, oral, reservado, sin demora y “fundamentado sobre las bases de la responsabilidad por el acto” (Art. 5, c). El sistema penal vigente, tanto para adultos como para menores, sin entrar en mayores explicaciones, es de culpabilidad por el acto. El Código Penal, al tratar de la responsabilidad penal, declara que “La pena o medida de seguridad no se impondrá si la acción no ha sido realizada con dolo o culpa” (Art. 4). La ley sienta como premisa el *nullum crimen sine actione*, así como también que la acción puede ser dolosa o culposa. Por consiguiente, el límite de la responsabilidad penal es la conducta, la única que puede ser dolosa o culposa. Esto es de suma importancia porque clarifica que no se trata de formas de culpabilidad, sino de acciones dolosas o culposas, las cuales, en un caso, pueden ser atribuidas culpablemente a un agente. Ahora bien, el dolo y la culpa no clarifican, en forma alguna, la culpabilidad. El inciso tercero de la disposición citada afirma que “La culpabilidad sólo se determinará por la realización de la acción u omisión”.

En la legislación, el fundamento de la culpabilidad está dado por la responsabilidad de la acción cometida, dolosa o culposamente. No hay, pues, responsabilidad sin acción dolosa o culposa. Por lo tanto, no se puede imputar por el estilo de vida. Para ello debe haber un delito previsto. Toda persona es libre para realizar actos no prohibidos, es decir, para vestirse, peinarse o tatuarse, según su gusto. La Constitución garantiza “la propia imagen” (Art.

2, 3). El Código Penal afirma que “queda prohibida toda forma de responsabilidad objetiva” (Art. 4) e inmediatamente después agrega que “La responsabilidad objetiva es aquella que se atribuye a una persona sin considerar la dirección de su voluntad, sino únicamente el resultado material a la que está unido causal o normativamente el resultado material realizado por el sujeto”.

El *versari in re illicita* es la manifestación, en sede jurídico penal, de la responsabilidad objetiva, que se sigue filtrando aún, en sentencias, doctrina y ley. Dado que el *nullum crimen sine culpa* tiene reconocida jerarquía constitucional (Art. 12) e internacional, cualquier manifestación del *versari*, sea como delito calificado por el resultado o los supuestos de estados de inculpabilidad, provocados por el propio agente, o los estados que, sin ser delitos, se atribuyen a grupos vulnerables por su modo de vida, debe ser rechazado.

El principio de culpabilidad que demanda que el agente haya podido conocer la prohibición —se trata de posibilidad de conocimiento y no de conocimiento efectivo— y adecuar su conducta se expresa de la siguiente forma: *no hay pena sin exigibilidad*. Se trata de un ente con capacidad para decidir, de acuerdo con valores y pautas, es decir, ante un ser con capacidad para autodeterminarse: una persona. Desconocer este principio significaría negar el fundamento del Estado de derecho. Vacía de sentido el principio de que la democracia sólo tiene sentido cuando se presupone que los seres humanos son seres capaces de decidir. La democracia sin personas es un absurdo.

9. Necesidad y proporcionalidad

Cuando la lesión del conflicto es mínima o ínfima o cuando, no siendo así, la afectación de derechos es groseramente desproporcionada a la magnitud de la lesión, entonces, la criminalización es irracional e intolerable. No es posible demostrar la racionalidad de la pena, por lo cual, el Estado debe constatar, al menos, que el costo de los derechos de suspensión guarde una proporcionalidad mínima con el grado de la lesión provocado. En la doctrina, este mecanismo se conoce como el principio de proporcionalidad mínima de la pena con la magnitud de la lesión. Aun así, ni invocando ese principio, la pena podría ser legítima como retribución, puesto que es castigo e intervención selectiva del poder. No resuelve el conflicto, sino que castiga.

El legislador está obligado a jerarquizar las lesiones y a establecer un grado mínimo de coherencia entre la magnitud de las penas asociadas a cada conflicto tipificado. No debe tolerar, por ejemplo, que los ataques a la propiedad o los delitos referidos a las drogas tengan mayor o igual pena que las lesiones a la vida, tal como puede suceder en los casos de concurso real. En efecto, según las reformas del 13 de febrero de 2001, “el conjunto de las penas impuestas, en ningún caso podrá exceder de setenta y cinco años” (Art. 71).

El derecho penal es un instrumento de última ratio, por lo tanto, debe ser utilizado de manera subsidiaria, al faltar otros recursos civiles, administrativos o conciliadores. El derecho penal debe ser considerado sólo a partir de una ofensa cuya gravedad sea intolerable. No hay que olvidar que en el proceso penal hay correctivos para evitar la persecución penal, en casos irrelevantes con poca participación del delito o mínima culpabilidad (Art. 20, Código Procesal Penal).

Las teorías preventivas de la pena desconocen este principio. Suelen invocar efectos preventivos que no pueden ser verificados. Por criterios políticos, el legislador establece penas de manera arbitraria o “ejemplarizante”, desconociendo la jerarquía de los bienes jurídicos afectados. Las teorías preventivas de la pena presentan una idea falsa del bien jurídico “tutelado o protegido” y dejan de lado el concepto de bien jurídico afectado o lesionado, tal como lo establece el concepto ordenador y limitante del Artículo 3. Ejemplo de ello son el secuestro (Art. 149, Código Penal), penado de 30 a 45 años de prisión, sin beneficios de libertad condicional, y la proposición y conspiración de homicidio agravado (Art. 129-A), ambas con penas de 30 a 50 años de prisión.

De acuerdo con el principio, el Código Penal, en su Artículo 5, establece que las penas y medidas de seguridad sólo se impondrán cuando sean necesarias y en forma proporcional a la gravedad del hecho. En la determinación de la pena, el Código indica que “la pena no podrá exceder el desvalor que corresponda al hecho realizado por el autor y será proporcional a su culpabilidad... to-

mando en cuenta: la extensión del daño y del peligro efectivo provocado” (Art. 63). Este criterio de interpretación establece la proporcionalidad entre el fin perseguido y los medios empleados para imputar, al mismo tiempo que afirma que, en tal caso, se sacrificarían los derechos protegidos por la Constitución.

10. Derecho penal de autor y derecho penal de acto

En la actualidad, en el derecho predomina el derecho penal de acto, hecho o culpabilidad. Este principio del Código Penal puede servir para contener la avalancha punitiva, originada por el legislador, quien ha superado los límites racionales de la punición y los antropológicos de la Constitución. El Artículo 12 de ésta establece que a quien se le impute un delito, se le presumirá inocente, *mientras no se pruebe su culpabilidad*, conforme a la ley y en juicio público. De la misma forma, la Ley del menor infractor —el código penal de los jóvenes—, al establecer los derechos y las garantías, afirma “tener un proceso justo, oral, reservado, sin demora, ante el Tribunal de Menores y *fundamentado sobre las bases de la responsabilidad por el acto*” (Art. 5, c).

El llamado *derecho penal de autor* se imagina que el delito es un síntoma de su estado, inferior al del resto de las personas, consideradas normales. Este estado de inferioridad tiene *naturaleza moral* para algunos, por lo tanto, es una versión secular del estado de *pecado jurídico*; pero para otros es de naturaleza mecánica y, por lo tanto, se trataría de un *estado peligroso*. Según los primeros, el ser humano comete delitos (desviaciones) que lo colocan en un estado de *pecado penal*. La caída es elegida con libertad, pero cuanto más se permanece en ella, más difícil es salir y menor libertad se tiene para hacerlo. El delito sería fruto de ese estado, en el cual la persona ya no es libre *en acto*, pero como *fue libre al elegir el estado*, continúa siendo *libre en causa* —al elegir la causa, eligió el efecto, según el principio *versari in re illicita*. En consecuencia, se le reprocha ese estado de *pecado penal* y la pena debe adecuarse al grado de *perver-*

sión pecaminosa que haya alcanzado su conducción de vida. Este derecho penal piensa que el Estado es una escuela autoritaria, en la cual el valor fundamental es la disciplina, cuyas pautas deben ser introyectadas y cumplidas. Las agencias jurídicas son tribunales disciplinarios, que juzgan hasta qué punto las personas han interiorizado las pautas estatales, sin importar lo que haya hecho, excepto como justificación de esta intervención. No se reprocha el acto, sino la existencia: los operadores jurídicos traducen la omnipotencia del Estado omnisciente, que niega la bondad a los disidentes.

Los otros, los que sostienen que el derecho penal está asociado a una divinidad impersonal y mecánica, piensan que el delito es señal de una falla en un aparato complejo, el cual no es más que una pieza de otro aparato mayor, que sería la sociedad. La falla del mecanismo pequeño es un peligro para el mecanismo mayor, indica un estado de peligrosidad. Las agencias jurídicas operan como aparatos dedicados a corregir o neutralizar las piezas falladas, siempre de forma mecánica. Según esta corriente, ni los criminalizados, ni los operadores judiciales son personas, sino cosas complicadas, destinadas, unas, a sufrir la criminalización por sus fallas, y las otras, por su especial composición, a ejercerla (Zaffaroni, *op. cit.*, p. 63).

En ambos planteamientos, el criminalizado es un ser inferior y por ello es penado. Inferioridad moral o estado de pecado, en el primer caso, e inferioridad mecánica o estado peligroso, en el segundo. No sólo se desconoce a la persona, sino que además el discurso del derecho penal de autor propone a los operadores jurídicos negar también su propia condición de personas. En un caso, se le propone percibirse como procurado de una omnipotencia que interviene en las decisiones existenciales de las personas; en el otro, pensarse como una pequeña pieza destinada a eliminar las fallas peligrosas de un mecanismo mayor. No hay diferencia en estas dos propuestas, pues en un planteamiento, el operador es el traductor de la omnipotencia y, en el otro, es un programador de elementos destinados a neutralizar las dolencias de un cuerpo mecánico del cual forma parte.

El derecho penal de autor parece ser producto de un desequilibrio crítico respecto a la dignidad humana, el cual afecta de forma negativa tanto a quienes lo padecen como a quienes lo practican. De ahí que uno de los objetivos del Código vigente fue no permitir ningún atisbo, ni siquiera como

muestra, de un derecho penal de autor, sino de acto o culpabilidad, tal como lo pide la Constitución. Después de más de un año de estar vigente, se reformó lo referente a "las agravantes" del Artículo 30, las de "reincidencia y habitualidad". Un año más tarde, se creó, sin razón alguna, la categoría de "crimen organizado", en la cual se incluyó la mayoría de delitos, entre ellos "el contrabando" y todos los homicidios.

El nuevo derecho penal de autor, conocido como *derecho penal de riesgo*, integra y complementa con una serie de presunciones la formulación tradicional y pura. Esta modalidad anticipa la penalidad a los actos preparatorios y de tentativa, lo cual aumenta la relevancia de los elementos subjetivos y normativos de los tipos penales. Su propósito es controlar la conducta, pero también la lealtad de la persona al ordenamiento establecido. De alguna manera, se orienta a una matriz de intervención moral, similar a la legislación penal de la pena pública, pero con el inconveniente que pretende presumir los datos subjetivos, al afirmar que la responsabilidad surge de procesos de imputación, basados en expectativas y normativas, y no en disposiciones reales intelectuales del individuo que actúa. El proceso culmina con el regreso a la presunción de dolo, mediante la llamada *normativización*, que prescinde de la voluntad real.

Desde la perspectiva doctrinal, el derecho penal de acto concibe el delito como un conflicto que produce una lesión jurídica, provocado por un acto humano de un ente responsable con decisión autónoma. Por lo tanto, se le puede reprochar y retribuirle el mal, en la medida de la culpabilidad. No legitima la pena, porque ignora la selectividad estructural —inevitable— de la criminalización secundaria, por la cual la pena retributiva se convierte en una pena dedicada a los torpes. Por consiguiente no se puede legitimar desde la ética. Sin embargo, su planteamiento de la retribución jusprivatista tiene ventajas sobre el anterior. Requiere que los conflictos se limiten a los provocados por las acciones humanas —*nullum crimen sine conducta*—, una estricta delimitación en la criminalización primaria —*nullum crimen sine culpa*. En el plano procesal, exige un debate de las partes, ceñido a la materia de la acusación. De esta manera, separa las funciones del acusador, del defensor y del juez (acusatorio).

El derecho penal de acto debe reconocer que no hay caracteres ópticos que diferencien los con-

flictos criminalizados de aquellos que son resueltos por otras vías o que no son resueltos, sino que son seleccionados de una forma más o menos arbitraria, por la criminalización primaria, en el plano teórico jurídico, y por la secundaria, en la realidad social. Si el derecho penal de acto otorgara notas pre-jurídicas al delito, debe renunciar a la legalidad. Si los delitos pueden ser conocidos de manera óptica, no sería necesario que la ley los definiera. El *nullum crimen sine lege y el delito natural son incompatibles* (Zaffaroni, *op. cit.*, p. 64).

Cuando se pretende buscar acto pre-jurídicos del delito, el primer argumento suele ser su gravedad. Es cierto que hay delitos atroces y aberrantes, como el genocidio y algunos homicidios. Ambos suelen llamarse crímenes, pero los primeros no siempre han sido reconocidos como tales por la opinión pública, ni siempre provocan la acción del poder punitivo, el cual, con frecuencia, es usado para controlar a los disidentes con el poder que los ejecuta. Casi todas las muertes dolosas del siglo XX fueron causadas por acciones u omisiones de las agencias estatales. Si ese poder fuera legítimo, habría que concluir que la inmensa mayoría de las muertes violentas fueron de derecho público —impunes en El Salvador. Basta con revisar el informe de la Comisión de la Verdad para constatar la impunidad de militares y civiles, que cometieron genocidio (*De la locura a la esperanza, op. cit.*).

Las muertes genocidas atribuidas a particulares son minoría. El poder punitivo sólo a criminalizado a una pequeña parte. Con mayor razón puede afirmarse lo mismo respecto a las acciones lesivas contra el patrimonio. Los despojos patrimoniales mayores han sido cometidos por los estados —tierra arrasada y robo con masacre. Dado que la gravedad objetiva de una lesión no es un dato pre-jurídico diferencial del delito, puede pensarse que éste consiste en la objetivación de un dato subjetivo, referido a la culpabilidad, por ejemplo, el grado de perversidad de la motivación. Sin embargo, un pobre puede sentirse tentado a apoderarse de un bien de escaso valor, pero que no puede comprar y un rico puede omitir el pago de una indemnización por muerte en accidente de trabajo, con lo cual

especula con los intereses percibidos con ese dinero: aunque la motivación del segundo acto es más aberrante, sólo se criminaliza el primero. Cabe concluir, pues, que en un derecho penal de acto puro no existen elementos que permitan distinguir los conflictos criminalizados de los que no lo son, excepto por la misma criminalización. Esto plantea un problema político serio, porque otorga a las agencias políticas la potestad para criminalizar prácticamente cualquier conflicto, lo cual implica que éstas pueden ampliar de manera ilimitada el ámbito de la materia criminalizada. Con ello fortalece de igual modo el poder de las agencias policiales y fiscales para vigilar y seleccionar. Esto implica liquidar al Estado de derecho (Zaffaroni, *op. cit.*, p. 65).

Septiembre de 2003.

Referencias bibliográficas

- Carlos Rodolfo Paniagua, "El bloque empresarial hegemónico salvadoreño", *ECA* 2002, pp. 594-595.
- Informe de la Comisión de la Verdad para El Salvador, Naciones Unidas, San Salvador-Nueva York, 1992-1993.
- Constitución de la República y Código Procesal Penal.
- Denis Chapman, "El estereotipo del delincuente y sus consecuencias sociales", en Rosa del Olmo, *Estigmatización y conducta desviada*, Venezuela, 1976.
- Lola Aniyar, *Criminología de la reacción social*, Universidad del Zulia, Venezuela, 1976.
- Edwin H. Sutherland, *El delito de cuello blanco*, Universidad Central de Caracas, Venezuela, 1961.
- Eugenio Raúl Zaffaroni y Elías Carranza, *Informe de la misión científica para la creación de una nueva policía civil en El Salvador*
- Lola Aniyar, *Conocimiento y orden social: criminología como legitimación y criminología de la liberación*. Instituto de Criminología Universidad del Zulia, Venezuela, 1981.
- Atilio Ramírez Amaya, "El sistema y la justicia penal en El Salvador", Tercer Encuentro de Criminólogos Críticos, Mimeografiado, Nicaragua, 1988.
- Carlos S. Nino, *Fundamentos de derecho constitucional*, Argentina, 1992.