

**Miguel Alberto
Trejo Escobar**

CURSO DE DERECHO PENAL SALVADOREÑO

**Parte general
VOLUMEN II**

TEORÍAS DE LA PENA

**LA FUNCIÓN PUNITIVA DEL
ESTADO**



COLECCIÓN JURÍDICA
Universidad Tecnológica de El Salvador

**MIGUEL ALBERTO
TREJO ESCOBAR**

TEORÍAS DE LA PENA
(LA FUNCIÓN PUNITIVA DEL ESTADO)

**CURSO DE DERECHO
PENAL SALVADOREÑO
(PARTE GENERAL)**

VOLUMEN II

MIGUEL ALBERTO TREJO ESCOBAR es Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad de El Salvador (1985) y Especialista en Ciencias Penales por la Universidad de Costa Rica (1987).

En la actualidad se desempeña como Magistrado de Segunda Instancia en la Cámara de Menores de la Primera Sección del Centro y es Docente Universitario en el área de las Ciencias Penales.

Estuvo becado por el Instituto de Cooperación Iberoamericana como investigador en la Universidad de Salamanca, España (1992); en donde amplió estudios de Derecho Penal.

Es autor, en el campo de las Ciencias Penales, de varios libros y numerosos artículos, entre los primeros se destacan: La Protección Penal del Medio Ambiente: El Delito Ecológico (1994). El Derecho Penal Salvadoreño: Antecedentes y Movimientos de Reforma (1995). Reflexiones Sobre Derecho de Menores (1996).

Ha escrito, además, una serie de monografías sobre temas relevantes que presenta la nueva normativa penal (ver recuadro paralelo). Esta obra es otro avance del Curso de Parte General de Derecho Penal Salvadoreño, que preparara desde el año 2000.

OBRAS DEL AUTOR

LOS RECURSOS Y OTROS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN EN LA JURISDICCIÓN PENAL, (1998).

INTRODUCCIÓN A LA TEORÍA GENERAL DEL DELITO: Evolución del Sistema, (1999).

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN DERECHO PENAL, (2000).

CURSO DE DERECHO PENAL SALVADOREÑO (Parte General), Nociones Fundamentales, Volumen I, (2002).

TEORÍAS DE LA PENA (La Función Punitiva del Estado), CURSO DE DERECHO PENAL SALVADOREÑO (Parte General), Volumen II, (2006).

En proceso de elaboración:

Teoría de la Ley Penal (Volumen III); Teoría del Hecho Punible (Volumen IV) y Consecuencias Jurídicas del Hecho Punible (Volumen V). Con los cuales se completará el CURSO DE PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL SALVADOREÑO.

**MIGUEL ALBERTO
TREJO ESCOBAR**

Especialista en Ciencias Penales

TEORÍAS DE LA PENA
(LA FUNCIÓN PUNITIVA DEL ESTADO)

**CURSO DE DERECHO
PENAL SALVADOREÑO
(PARTE GENERAL)**

VOLUMEN II

343.2

1787c Trejo Escobar, Miguel Alberto

Teoría de la Pena (La Función Punitiva del Estado) /

slv Miguel Alberto Trejo Escobar. -- 1a. ed. -- San Salvador, El Salvador : Tecnoimpresos, S.A. de C.V., 2006.

165 p. : 22 cm. -- (Colección jurídica : V. 4)

Contenido: V.2. Teorías de la Pena (La Función Punitiva del Estado)

ISBN 99923-807-3-X (V.2)

1. Derecho Penal - Legislación - El Salvador. I. Título.

BINA:jmh

TEORÍAS DE LA PENA (LA FUNCIÓN PUNITIVA DEL ESTADO)

Primera edición 2006

Quedan rigurosamente prohibidas, sin autorización escrita de los titulares del "Copyright", bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción parcial o total de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático

© UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA DE EL SALVADOR

© Tecnoimpresos, S.A. de C.V.

19 Avenida Norte # 125,

San Salvador, El Salvador, C.A.

Tel.: (503) 2275-8861 • E-mail: gcomercial@utec.edu.sv

ISBN: 99923-807-3-X (V2)

Impreso en El Salvador, Printed in El Salvador
Tecnoimpresos, S.A. de C.V.

ÍNDICE

Prólogo	13
Presentación	17

TEORÍAS DE LA PENA (LA FUNCIÓN PUNITIVA DEL ESTADO)

I. ASPECTOS BÁSICOS DE LA PENA	19
INTRODUCCIÓN	19
A. CONCEPTO DE LA PENA	20
1. La Pena en Sentido Estricto	20
2. La Pena en Sentido Amplio	22
B. ORIGEN DE LA PENA	23
1. Concepción Iusprivatista de la Pena	24
2. Concepción Teológica de la Pena	24
3. Concepción Pública de la Pena	24
C. JUSTIFICACIÓN DE LA PENA	25
1. Justificación Jurídico–Política	25
2. Justificación Psico–Sociológica	26
3. Justificación Ético–Individual	26
D. NATURALEZA JURÍDICA DE LA PENA	26
E. SENTIDOS DE LA PENA	28
1. Sentido Retributivo	29
2. Sentido Preventivo	30
3. Sentido Mixto o Dialéctico	31
F. RESUMEN	33
MATERIALES PARA EL TRABAJO PRÁCTICO	34

II. TEORÍAS DE LA PENA	39
INTRODUCCIÓN	39
A. TEORÍAS ABSOLUTAS	40
1. Fundamento de las Teorías Absolutas	41
a. Fundamento Ético: La Formulación de Kant	41
b. Fundamento Jurídico: La Formulación de Hegel	43
c. Fundamento Religioso	44
2. El Aporte de las Teorías Absolutas	45
3. Crítica a las Teorías Absolutas	45
4. Resumen	46
B. TEORÍAS RELATIVAS	47
1. Fundamentos Ideológicos	48
2. Clasificación de las Teorías Relativas	51
a. Teoría de la Prevención General	51
a1) Prevención General Negativa	53
a2) Prevención General Positiva	54
b. Teoría de la Prevención Especial	56
c. Críticas a la Prevención Especial	59
d. Resumen	60
C. TEORÍAS ECLÉCTICAS	61
1. Direcciones de las Teorías Eclécticas	61
a. Directriz "Conservadora"	62
b. Directriz "Progresista"	62
c. Directriz "Integral"	62
2. La Dialéctica como Método de las Teorías Eclécticas	63
a. La Fase Legislativa	66
b. La Fase Judicial	66
c. La Fase Ejecutiva	67
D. LOS FINES DE LA PENA EN EL DERECHO PENAL	
SALVADOREÑO	68
E. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD	71
1. Introducción	71
2. Aspectos Básicos de las Medidas de Seguridad	72

a. Concepto	72
b. Justificación	73
c. Fundamento	73
d. Finalidad	73
e. Sistemas	74
e1) Sistema Monista	74
e2) Sistema Dualista	74
e3) Sistema Vicarial	75
3. Las Medidas de Seguridad y su Regulación Legal	75
MATERIALES PARA EL TRABAJO PRÁCTICO	78
III. MOMENTOS FUNDAMENTALES DE LA PENA Y CARACTERÍSTICAS DE LA FUNCIÓN PUNITIVA DEL ESTADO	85
INTRODUCCIÓN	85
A. MOMENTOS FUNDAMENTALES DE LA PENA	85
1. El Momento Abstracto: La Amenaza	87
2. El Momento Concreto: Aplicación	87
3. El Momento Ejecutivo: La Ejecución	89
B. CARÁCTERÍSTICAS DE LA FUNCIÓN PUNITIVA DEL ESTADO	90
1. Función Privativa Del Estado	90
2. Función Autolimitativa del Poder Punitivo del Estado	91
MATERIALES PARA EL TRABAJO PRÁCTICO	94
IV. PRINCIPIOS LIMITADORES DEL <i>IUS PUNIENDI</i> (LA POTESTAD PUNITIVA DEL ESTADO)	99
INTRODUCCIÓN	99
A. PRINCIPIO DE LEGALIDAD	100
1. Noción	100
2. Consagraciones en el Ordenamiento Positivo	101
3. Garantías del Principio de Legalidad	103
a. Garantía Criminal	103
b. Garantía Penal	104

c. Garantía Judicial y de Ejecución	104
4. Origen del Principio de Legalidad	104
5. Fundamento del Principio de Legalidad	106
a. Fundamento Democrático–Representativo	107
b. Fundamento Político–Criminal	108
c. Garantía de los Derechos Institucionales	108
6. Consecuencias del Principio de Legalidad	108
a. La Prohibición del Derecho Consuetudinario para Fundamentar o para Agravar la Pena: Exigencia de Ley Escrita (nullum crimen, nulla poena sine lege scripta)	109
b. La Prohibición de Retroactividad: Exigencia de Ley Previa (nullum crimen, nulla poena sine lege praevia)	111
c. La Prohibición de Leyes Penales y Penas Indeterminadas: Principio de Determinación, de Certeza o de Taxatividad (nullum crimen, nulla poena sine lege certa)	113
d. Prohibición de la Analogía: Exigencia de ley estricta (nullum crimen, nulla poena sine lege stricta)	116
 B. PRINCIPIO DE LA DIGNIDAD HUMANA	116
1. Noción	118
2. Regulación Legal	119
3. Aspectos que Comprende	121
 C. PRINCIPIO DE LESIVIDAD DEL BIEN JURÍDICO	123
1. Noción	124
2. Regulación Legal	125
3. Norma Penal y Juicios Valorativos	127
 D. PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD (CULPABILIDAD)	127
1. El Principio de Culpabilidad como Fundamento de la Pena	128
2. El Principio de Culpabilidad como Elemento para la Determinación o Medición de la Pena	129
3. El Principio de Culpabilidad como lo Contrario a la Responsabilidad Objetiva	129
a. Subprincipio de Exigencia de Dolo o Culpa	130
b. Subprincipio de Personalidad de las Penas	131
4. Regulación Legal	131

5. Excurso: El Derecho Penal del Acto y el Derecho Penal de Autor	132
a. Derecho Penal de Acto o del Hecho	133
b. Derecho Penal de Autor	133
c. Las Posturas Doctrinales	134
d. Toma de Postura del Legislador Salvadoreño	134
e. Importancia de la Distinción Doctrinal y Efectos Prácticos	136
E. PRINCIPIO DE NECESIDAD Y DE PROPORCIONALIDAD	137
1. Principio de Necesidad	137
a. El Derecho Penal como Última Ratio	138
b. El Carácter Fragmentario del Derecho Penal	138
2. Principio de Proporcionalidad	138
a. Proporcionalidad en la Conminación Penal Abstracta	139
b. Proporcionalidad de la Pena en su Aplicación Judicial	140
F. PRINCIPIO DE APLICACIÓN GENERAL DEL CÓDIGO PENAL	142
G. OTROS PRINCIPIOS	145
1. Principio de Resocialización	145
MATERIALES PARA EL TRABAJO PRÁCTICO	147
BIBLIOGRAFÍA	154

PRÓLOGO

Este es el prólogo al volumen II de la obra de Miguel Alberto Trejo Escobar, titulado «TEORÍA DE LA PENA: LA FUNCIÓN PUNITIVA DEL ESTADO, del CURSO DE DERECHO PENAL SALVADOREÑO», entendiendo el término «DE LA PENA» en su sentido amplio, es decir, contentivo de las medidas de seguridad, dentro del sistema dualista que asume el Código Penal de El Salvador.

Sobre el Autor, en breves palabras, por entender que TREJO ESCOBAR, principal —y para algunos único— referente nacional de las obras de la materia que ahora se conocen sobre nuestra legislación Penal —particularmente Autores extranjeros— es, no lo dudamos amplia y positivamente señalado por quienes son lectores asiduos de esta materia. Dejaré entonces que la obra nos muestre a su Autor y quien la lea, sienta con beneplácito la significativa sensación de estar abordando las opiniones, el conocimiento y el ya reconocido pensamiento de un Cientista nuestro.

Miguel Alberto Trejo Escobar es un destacado jurista que está ahora, ciertamente, en pleno desarrollo para bien de la incipiente Ciencia Penal en El Salvador. Es tan joven que cuesta descubrir que, es ya por hoy, Autor de muchas obras, tan buenas como variadas, en la temática Jurídica General. Excelencia profesional que ya ha sido reconocida —diez años atrás— cuando Trejo Escobar recibe el Premio al segundo lugar en el Certamen Nacional de Investigación Jurídica Dr. José Simeón Cañas, con el pseudónimo de MATEO. Trejo brilló entonces y se destaca después con importantes obras, pero lo válido es que, tiene mucho por decir sobre Ciencias Penales.

La Obra nos advierte, es especialmente para alumnos. Es cierto, no cabe duda que el alumno estudioso tendrá aquí un nuevo y oportuno auxilio, pero, podemos acaso afirmar que lo es también, útil digo, para docentes y Abogados de la práctica jurídica?, Si lo es, y con mejores notas que algunos de los que

por ahora se utilizan. Especialmente si consideramos lo actualizado de sus conocimientos.

La TEORÍA DE LA PENA, que como se ha afirmado es junto a la Teoría del Delito, la parte esencial del estudio de la Dogmática Jurídica Penal presenta en la obra de Trejo Escobar, tantas virtudes al lector ávido, quien debe concluir que la obra es, por supuesto, oportuna y necesaria en su presentación en tiempo; pero además descubre que es amplia y suficiente en la temática que ofrece; también es fundamentada por la utilización válida y reconocida de todos los Autores que necesita citar; es novedosa, útil, muy asequible, pero ante todo es totalmente adaptada a nuestra propia, vigente y moderna legislación Penal.

Esa adecuación frontal, permanente y clara al Código Penal Salvadoreño en la Obra, no olvida en momento alguno, la obligada referencia y sobre todo, la necesaria supeditación y desarrollo a la normativa constitucional, en todos sus aspectos, pero especialmente, a la dogmática como se confirma cuando nos complacemos con el trato inigualable, —por su amplitud y suficiencia— del contenido del Título IV de Los Principios limitadores del Jus Puniendi. Este apartado de la obra, debería producir el efecto de suplir necesarias consultas de los estudiosos del tema de las garantías penales.

La Teoría de la Pena, además, en el orden señalado antes, también relaciona la Norma Penal Secundaria y su trato en la Doctrina moderna, con la norma de Derecho Internacional Público que se contiene, en especial, en los Tratados y Convenciones que son normas obligatorias para El Salvador, en su tarea de administrar justicia. Y, lo hace siempre en forma amplia, detenida, agotada y también práctica, señalando, y tratando los más importantes Instrumentos de Derecho Internacional que debe conocer el operador de justicia cuando se aplica la normativa penal.

En cuanto al aporte personal de Trejo Escobar, en el sentido de no rehuir la postura personal del autor, sobre la temática expuesta y que admite discusión, no hay ninguna duda que la obra representa justamente una esperada contribución al planteamiento y desarrollo de cada tema, primero, porque Trejo Escobar muestra nítido un vocabulario que siendo científico, contiene al mismo tiempo, sus individuales orígenes.

Es decir, el Autor conduce la obra y en el momento que es necesario, explica en sus propios términos, aquello que antes no era asequible y a veces ni siquiera perceptible. Por ello, la obra es destinada sobre todo, para el alumno en la cátedra universitaria.

Es claro y honesto en el trato de cada tema, y así no tiene problema alguno en acudir a la síntesis y la brevedad, como limitar el valor de la prohibición de la Analogía en materia penal al uso de ella «para crear el derecho» y cuando también referido al principio de dignidad, —citando la fuente— explica como parte del desarrollo del principio y su nacimiento - «Se pasó de un Sistema Penal que giraba en torno de la Pena de Muerte y las Penas corporales» para dejar sentado, de entrada, el verdadero significado de la Garantía citada. Oportuno es después, cuando amplía ese significado al logro de la resocialización del individuo.

Es cierto y meritorio que en El Salvador, en el momento presente, una joven generación de estudiosos de las Ciencias del Derecho, particularmente de las Ciencias Penales, y entre éstas de la Dogmática referida a la parte general del Código Penal, está en pleno desarrollo. Lo antes señalado es ahora una prístina realidad.

Pero lo más ilusionante es reconocer que hay, allí en el medio de la clase intelectual jurídica, destacadamente jóvenes, esfuerzos, aspiraciones y logros que son hechos por salvadoreños. Es decir, ahora se lee sobre Dogmática Jurídica Penal y no solo es literatura escrita por penalistas foráneos.

Allí es donde radica lo brillante del momento ahora, y lo mejor es que los aportes nacionales son muchos, variados y también de verdadera calidad académica. En esa realidad que ahora, más que ilusionar como fe en llegar a metas, satisface ya por los logros obtenidos, está Miguel Alberto Trejo Escobar como el abanderado nacional. Es así, un honor inmerecido, dedicar estas sinceras ideas sobre un nuevo y meritorio esfuerzo académico del Autor, en la forma de una obra que lleva el destino de trascender lo que pudo ciertamente ser concebido al inicio, como dedicado al alumno y docente, para ser recibido con beneplácito por la comunidad jurídica toda, en nuestro país.

Tengo el honor, el privilegio de enseñar la cátedra de Derecho Penal I, parte general con Trejo Escobar y comparto con él, eso sí, la ilusión y el esfuerzo de brindar al joven estudiante de leyes de la Universidad Tecnológica, nuestro apoyo en el logro de sus aspiraciones profesionales.

Dr. Jaime Alberto López Nuila
Director de la Escuela de Derecho y
Catedrático de Derecho Penal
y Procesal Penal
Universidad Tecnológica de El Salvador

San Salvador, abril de 2006.

PRESENTACIÓN

La función punitiva del Estado se ejerce a través del Derecho Penal. Este está compuesto de todos aquellos preceptos que regulan los presupuestos de una conducta sancionada con una pena o con una medida de seguridad. De ahí que tanto la pena como la medida de seguridad sean parte del arsenal que utiliza el Estado en la intervención punitiva.

Ambas consecuencias jurídicas —penas y medidas de seguridad— constituyen el punto de referencia común a todos los preceptos jurídicopenales, lo cual significa que el Derecho Penal en sentido formal es definido por sus sanciones. Por tanto, para saber si un precepto pertenece al Derecho Penal no basta que regule normativamente la infracción de prohibiciones o mandatos —pues eso lo hacen también varios preceptos civiles o administrativos—, sino que se requiere que esa infracción esté sancionada con penas o medidas de seguridad.

El Derecho Penal se sirve entonces, tanto de la pena como de las medidas de seguridad («Sistema dualista»), para cumplir con su doble misión: asegurar la convivencia humana en la sociedad y proteger bienes jurídicos personales o colectivos.

La pena, arma fundamental y medio tradicional que caracteriza al Derecho Penal, se basa en la culpabilidad del autor, y presupone la comisión de un delito. Las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad, y presuponen la comisión de un hecho típico y antijurídico (injusto o ilícito penal al que hace falta la culpabilidad para que sea delito). La culpabilidad y la peligrosidad, aparecen como el fundamento de la pena y de la medida de seguridad, respectivamente. Ambos fundamentos constituyen el motivo y límite de la intervención punitiva del Estado.

El libro que en esta ocasión presento trata precisamente de las **TEORÍAS DE LA PENA Y DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD**, y constituye, por lo

demás, el volumen II del **Curso de Parte General de Derecho Penal Salvadoreño**. Con tal título abarco cuatro importantes apartados sobre la Función Punitiva del Estado, así: (1º) Los Aspectos Básicos y Teóricos de la Pena y de las Medidas de Seguridad, (2º) Las Teorías de la Pena, (3º) Los Momentos Fundamentales y Características de la Función Punitiva del Estado; y (4º) Los Principios Limitadores de la Potestad Punitiva Estatal.

La obra está destinada a servir de texto de estudio para estudiantes. Pero, también puede ser útil a los juristas que alternan la docencia con el ejercicio profesional. Finalidad didáctica por la cual contiene al final de cada tema, bajo la rúbrica **Materiales para el Trabajo Práctico**, lecturas seleccionadas, guías de autoevaluación, actividades prácticas y planteamientos temáticos para discusión. El propósito de ello es poner a prueba el conocimiento adquirido por el lector

Lo aquí tratado puede ser profundizado, y así se recomienda, en la relación bibliográfica que aparece al final.

Miguel Alberto Trejo Escobar

San Salvador, abril de 2006.

I

ASPECTOS BÁSICOS DE LA PENA

INTRODUCCIÓN

La función punitiva del Derecho Penal está vinculada y depende de la función que se le asigne a las principales consecuencias jurídicas del hecho punible: *penas* Art. 44 CP y *medidas de seguridad* Art. 93 CP; pues ambas son los medios más característicos de la intervención punitiva estatal¹. Por consiguiente, en este apartado, para una clara inteligencia del tema, empezaremos por examinar los aspectos básicos de la pena, entre ellos, el *concepto, origen, justificación, naturaleza y sentidos de la pena*. Debe aclararse anticipadamente que esta exposición se contrae a los aspectos esenciales de la función punitiva del Estado, por tanto, la parte que se refiere a la *determinación de la pena* no se incluye aquí, sino en su lugar correspondiente, es decir, el que abarcará *las consecuencias jurídicas del hecho punible*.

La necesidad de este plan obedece a que uno de los grandes problemas que se presenta en el estudio de la pena es el de precisar, antes que nada, su *justificación, esencia o naturaleza y sentidos*². Por ello, al empezar este apartado lo hacemos con aquellas nociones generales que habrá que tener presente cuando describamos las *teorías de la pena*³.

También resulta oportuno indicar en esta introducción que la temática de las consecuencias jurídicas propias del Derecho Penal se puede caracterizar

¹ Según Roxin: «Pena y medida son por tanto el punto de referencia común a todos los preceptos jurídico-penales, lo que significa que el Derecho penal en sentido formal es definido por sus sanciones. Si un precepto pertenece al Derecho penal no es porque regule normativamente la infracción de mandatos o prohibiciones —pues eso lo hacen también múltiples preceptos civiles o administrativos—, sino porque esa infracción es sancionada mediante penas o medidas de seguridad». Así, ROXIN, Claus: «*Derecho Penal*», (Parte General), Tomo I, Traducción de la segunda edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, España, 1997, p. 41.

² BAUMANN, Jürgen: «*Derecho Penal*», (Conceptos Fundamentales y Sistema), Traducción de la 4ª edición alemana (1972) por el Dr. Conrado A. Finzi, primera edición 1973, Buenos Aires, Argentina, 1981, p. 14.

³ «Durante un tiempo, relativamente largo los penalistas han estudiado separadamente el delito, institución jurídica central en el Derecho penal, y la pena. Así ha sucedido durante buena parte del pasado siglo...», QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: «*Derecho Penal*», (Parte General), Reedición de la segunda edición, Marcial Pons, Madrid, España, 1992, p. 90.

como la teorización en esta rama del Derecho de los puntos de vista que consideran al Derecho Penal como un instrumento al servicio del *valor justicia* frente a los que lo entienden como un instrumento que debe servir prioritariamente al *valor utilidad*. La primera concepción guarda una mayor relación con la *moral*⁴, mientras que la segunda se vincula más con la *política social*⁵.

A. CONCEPTO DE LA PENA

La pena es la más importante consecuencia jurídica del hecho delictivo, la sanción tradicional del delito⁶, y hoy sigue siendo la principal forma de reacción jurídica frente al mismo. En la actualidad, el concepto de la pena lo podemos abordar distinguiendo dos alcances posibles: uno *estricto* y otro *amplio*.

1. La Pena en Sentido Estricto

Para BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE⁷ y otros: «La pena es una privación de bienes jurídicos prevista por la ley que se impone por los órganos jurisdiccionales competentes al responsable de un hecho delictivo».

⁴ «El derecho penal debe limitarse a la protección de bienes jurídicos. La preservación de la norma moral como tal no es misión del derecho penal». Así, ROXIN, Claus: «*El Desarrollo de la Política Criminal desde el Proyecto Alternativo*», en Política Criminal y Reforma del Derecho Penal, Temis, Bogotá, Colombia, 1982, p. 5. En igual sentido se ha dicho: «*Al Derecho Penal no le compete la consagración de jerarquías axiológicas ni la decisión de controversias éticas*». Así, SERRANO-PIEDRECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón: «*Conocimiento Científico y Fundamentos del Derecho Penal*», Gráfica Horizonte, Lima, Perú, 1999, p. 16.

⁵ El enfrentamiento radical de estos puntos de vista dio lugar a la llamada «*lucha de escuelas*». Mientras la Escuela Clásica mantuvo el criterio legitimante de la justicia a través de las «*teorías absolutas de la pena*», la Escuela Positiva proponía como único criterio el de utilidad expresándolo por medio de las «*teorías relativas de la pena*». En la actualidad, existe un intento de sintetizar los dos puntos de vista opuestos. Así, BACIGALUPO, Enrique: «*Manual de Derecho Penal*», (Parte General), Temis-ILANUD, Bogotá, Colombia, 1984, p. 11.

⁶ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: «*Derecho Penal*», (Parte General), Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1994, p. 92.

⁷ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio/ARROYO ZAPATERO, Luis/FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos/SERRANO-PIEDRECASAS, José Ramón/GARCÍA RIVAS, Nicolás: «*Lecciones de Derecho Penal*», (Parte General), Praxis, Barcelona, España, 1996, p. 21. En igual sentido SERRANO-PIEDRECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón: «*Conocimiento...*», Op. Cit., Pgs. 49 y 55. En forma muy similar al concepto transcrito indica RODRÍGUEZ DEVESA: «*La pena es una privación o restricción de bienes jurídicos establecida por la ley e impuesta por el órgano jurisdiccional competente al que ha cometido un delito*», RODRÍGUEZ DEVESA, José María: «*Derecho...*», Op. Cit., p. 878. De igual forma MUÑOZ POPE, Carlos Enrique: «*Lecciones de Derecho Penal*», (Parte General), Volumen I, Publicaciones del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá, Panamá, 1985, p. 15.

Para LUZÓN PEÑA⁸, la pena consiste: «*en una privación o restricción de derechos, de bienes jurídicos, aplicada obligatoria y, si es preciso, coercitivamente al delincuente*».

Para VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ⁹ la pena «*es la privación o restricción de bienes jurídicos impuesta por el órgano jurisdiccional competente a la persona que ha realizado un hecho punible, acorde a las pautas legales correspondientes*».

La pena en sentido *estricto* se infiere de la ley, y corresponde al que se utiliza en el texto. De ahí que, analizando los diversos conceptos de la pena expuestos, se puede caracterizar ésta por la concurrencia de cuatro notas, a saber¹⁰:

a) La pena implica la inflicción de un mal: *priva o restringe bienes jurídicos y derechos*, pues supone que se coarten derechos personales, por ejemplo: la libertad, con la pena de prisión (Art. 47 CP), el patrimonio, con la pena de multa (Art. 52 CP), los derechos de ciudadano (Art. 58 N° 1 CP), la suspensión del ejercicio de una profesión, arte, oficio o actividad estén o no reglamentadas (Art. 59 N° 1 CP), etc.;

b) La pena como «*consecuencia*» supone la existencia de un hecho punible (*nulla poena sine lege*). Por tanto, sólo debe imponerse a causa de una infracción de la ley: *previsión legal de la conducta punible* (Art. 1 CP), que puede consistir en un delito o una falta (especies del hecho punible, Art. 18 Inc. 1° CP);

c) La pena es el trasunto del ejercicio del Derecho Penal y de la autoridad jurisdiccional. Por ello, debe ser impuesta por autoridades legalmente constituidas¹¹: Jueces de Sentencia y controlada por Jueces

⁸ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: «*Curso de Derecho Penal*», (Parte General), Tomo I, Editorial Hispaner, Bogotá, Colombia, 1995, p. 54.

⁹ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: «*Derecho...*», Op. Cit., p. 595.

¹⁰ COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S.: «*Derecho Penal*», (Parte General), 3ª Edición corregida y actualizada, Tirant lo blanch, Valencia, España, 1991, Pgs. 615 y 616.

¹¹ Eventualmente, en el procedimiento abreviado la pena puede ser impuesta por los Jueces de Paz y de Instrucción (Arts. 55 N° 3, 248 N° 6, 256 N° 7, 54 N° 3, 320 y 379 CPP); y en las faltas por los primeros (Arts. 55 N° 1 y 391 CPP).

Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena (Art. 62 Inc. 2º y 47 Inc. 2º CP; y 6 y 37 L. Pen.); y,

d) Debe ser impuesta a la persona que inexcusablemente aparezca como responsable penalmente de un hecho punible (Art. 32 CP): a título de autor (directo, mediato o coautor, Arts. 33 y 34 CP) o de partícipe (instigador o cómplice, Arts. 35 y 36 CP).

Sin embargo, las nociones de pena antes apuntadas no dicen nada sobre la naturaleza de ese mal, ni por qué ni con qué fin se impone, pues está planteado en una *concepción formal*; ahora bien, cuando en el estudio de la pena se pretende dar respuesta a interrogantes, tales como: por qué se impone una pena, cuál es la esencia de ella, cuál es el sentido, es decir, el por qué o el para qué de la pena, entonces, aludimos al *concepto material* de pena que nos permite abordar su contenido¹², aspectos que corresponde analizarlos en la *justificación, naturaleza y sentidos de la pena*.

2. La Pena en Sentido Amplio

Obsérvese que en los conceptos de la pena en sentido estricto se destaca que se trata de una privación o restricción de bienes jurídicos y de derechos que alcanza al autor o partícipe con motivo de su participación criminal y en la medida del hecho punible cometido¹³ (Arts. 65 y 66 CP).

Pero, la pena no es la única consecuencia jurídica que se deriva de un hecho punible, aunque sí es la más importante¹⁴. No es la única porque existen otras consecuencias, tales como:

a) Las *medidas de seguridad*, que pueden ser: de internación, de tratamiento médico ambulatorio y de vigilancia (Art. 93 y Sgts. CP);

¹² LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: «Curso...», Op. Cit. p. 5.

¹³ «En tal sentido es, de acuerdo a su esencia, una retribución por el mal que se ha cometido, sin que con ello quede decidido si y hasta qué punto debe servir exclusivamente a este fin de retribución». Así, MEZGER, Edmund: «*Derecho Penal*», (Parte General), Traducción por Ricardo C. Nuñez, Cárdenas Editor, Tijuana, México, 1985, p. 353.

¹⁴ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: «Curso...», Op. Cit. p. 5.

b) Las *consecuencias civiles del delito*, por ejemplo: la restitución de las cosas, la reparación del daño, la indemnización a la víctima y las costas procesales (Art. 114 y Sgts. CP); y,

c) Las *consecuencias accesorias*, verbigracia: la pérdida del producto, de las ganancias y de las ventajas obtenidas con motivo del hecho; así como, el comiso de los objetos o instrumentos para cometer el delito (Art. 126 y Sgts. CP).

Por consiguiente, cuando se alude a la totalidad de las consecuencias jurídicas que dimanar de un delito, entonces, hablamos de la *pena en sentido amplio*. En tal sentido, pena equivale a «*todo mal que se impone por la autoridad judicial como sanción por un hecho*»¹⁵. En efecto, las consecuencias jurídicas del delito en el Derecho Penal moderno son las penas y las medidas de seguridad¹⁶. Pero la pena en *sentido amplio* abarca todas las consecuencias jurídico-penales del hecho punible¹⁷, esto es, la totalidad de consecuencias reguladas por el Código Penal, a las que en la parte final del párrafo anterior hemos hecho referencia. Salvo, desde luego, las medidas de seguridad que se originan de la comisión de un ilícito o injusto penal atribuido a un sujeto inimputable (Art. 27 N° 4 y 93 CP).

B. ORIGEN DE LA PENA

Pese a que el origen de la pena se pierde en una época oscura dominada por el pensamiento mágico, según lo indica JESCHECK¹⁸, es posible señalar de la génesis de la pena tres concepciones que gravitan en su aparición, tales son: la concepción *iusprivatista*, la *teológica* y la *pública*.

¹⁵ En tal sentido RODRÍGUEZ DEVESA, José María: «*Derecho Penal Español*», (Parte General), 9ª edición, revisada y puesta al día por Alfonso Serrano Gómez, Dikynson, Madrid, España, 1985, p. 878.

¹⁶ CERESO MIR, José: «*Curso de Derecho Penal*», (Parte General), 3ª edición actualizada y considerablemente ampliada, Tecnos, Madrid, España, 1993, p. 21.

¹⁷ MEZGER, Edmund: «*Derecho...*», Op. Cit., p. 353.

¹⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich: «*Tratado de Derecho Penal*», (Parte General), Traducciones y adiciones de Derecho español por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, España, 1981, p. 89.

1. Concepción Iusprivatista de la Pena

El origen de la pena aparece en la época en la que la *vengeza privada* (concepción *iusprivatista* del Derecho Penal¹⁹) se presenta como la primera forma de reacción por la comisión de un hecho punible.

La venganza privada es, pues, la primigenia forma punitiva que se conoce; y en atención al sujeto que tomaba la iniciativa se bifurca en *vengeza privada* y *vengeza de la sangre*. Cuando la reacción proviene personalmente de la víctima, se habla de venganza privada; cuando procede de los parientes, de venganza de la sangre o familiar²⁰. El paso del tiempo dio origen a una tercera forma: la *vengeza colectiva*, reacción punitiva que pone ya no al individuo a título personal ni a la familia consanguínea a que procure la venganza, sino a la tribu a que pertenece la víctima.

2. Concepción Teológica de la Pena

Esta concepción entrecruzaba la venganza privada con los actos simbólicos divinos para aplacar la ira de los Dioses ofendidos por el delito²¹ (concepción *teológica* o de la venganza divina del Derecho Penal).

Las manifestaciones punitivas de los antiguos pueblos, y aún la de algunos en la actualidad, aparecen mezcladas con aspectos religiosos. La justicia punitiva se ejercita en el nombre de Dios, representando una *justicia teocrática*. Conforme a ella la pena tiene una finalidad: evitar los rigores de la venganza divina²².

3. Concepción Pública de la Pena

Finalmente, cuando se traslada la reacción punitiva al poder público (concepción *pública* del Derecho Penal), aparece la pena pública o estatal. Constituyendo la pena, desde los comienzos de la cultura humana, uno de

¹⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich: «Tratado...», Op. Cit., p. 128.

²⁰ WESSELS, Johannes: «*Derecho Penal*», (Parte General), Traducción de la 6ª edición alemana de 1976 por el Dr. Conrado A. Finzi, Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1980, p. 22. MEZGER, Edmund: «Derecho...», Op. Cit., p. 32.

²¹ DE LEÓN VELASCO, Héctor Anibal y DE MATA VELA, José Francisco: «*Curso de Derecho Penal Guatemalteco*», (Parte General y Especial), S.M.D., Guatemala, 1989, p. 235.

²² MEZGER, Edmund: «Derecho...», Op. Cit., p. 31.

los medios de poder estatal más importantes. De esa manera, el poder público representado por el Estado, ejerce la función punitiva en nombre de la colectividad.

C. JUSTIFICACIÓN DE LA PENA

A la pena –según lo indica y explica JESCHECK²³– se le otorga una triple justificación, a saber: (1ª) la justificación jurídico-política; (2ª) la justificación psico-sociológica; y, (3ª) la justificación ético-individual. Veamos cada una de ellas.

1. La Justificación Jurídico-Política

La justificación jurídico-política reside en su necesidad para mantener el Orden Jurídico entendido como condición fundamental para la convivencia humana en la comunidad²⁴. La pena, como expresión de la coacción jurídica, forma parte de toda comunidad basada en normas jurídicas. De lo contrario, el poder del Estado se aniquilaría por sí mismo, si no tuviera fuerza suficiente para sancionar las infracciones jurídicas más intolerables; pues, sin la pena el Ordenamiento Jurídico dejaría de ser coactivo y rebajado a una simple recomendación no vinculante.

En otras palabras, la pena se justifica por su necesidad como medio de represión indispensable para mantener las condiciones de vida fundamentales. Si no hubiese pena la convivencia humana social sería imposible. Su justificación no es, en consecuencia, una cuestión religiosa ni filosófica, sino una «*amarga necesidad*»²⁵.

²³ JESCHECK, Hans-Heinrich: «Tratado...», Op. Cit., p. 90. En igual sentido VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: «Derecho...», Op. Cit., p. 92. Algunos autores suelen agregar una cuarta justificación de índole religiosa. Cfr. MIR PUIG, Santiago: «*Derecho Penal*», (Parte General), PPU, Barcelona, España, 1990, p. 51.

²⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco: «*Introducción al Estudio del Derecho Penal*», Bosch, Barcelona, España, 1975, p. 33.

²⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes: «*Derecho Penal*», (Parte General), Tirant lo blanch, Valencia, España, 1993, p. 44.

2. La Justificación Psico–Sociológica

La *justificación psico–sociológica* está en que la pena es, además, *necesaria para satisfacer la sed de justicia de la comunidad*. Una convivencia humana pacífica sería imposible, si el Estado se limitara simplemente a defenderse de los delitos cuya comisión fuera inminente y pretendiera, tanto de la víctima como de la generalidad, que aceptaran el delito cometido y vivieran con el delincuente como si no hubiera pasado nada. Las consecuencias de una tal actitud llevarían a que cada uno se tomara la justicia por su propia mano y, por consiguiente, al regreso de la venganza o pena privada.

3. La Justificación Ético–Individual

La *justificación ético–individual* se asienta en que la pena también es *necesaria en consideración al delincuente mismo*. La necesidad de librarse de la culpabilidad a través de la expiación es una experiencia fundamental de la persona como ente moral. Según JESCHECK²⁶, posibilitar la expiación como actividad moral autónoma, aunque la mayoría de los delincuentes no lo hagan, es, por tanto, una tarea legítima del Estado.

Pero, más allá de esas justificaciones, es evidente que la pena se justifica en aquellos eventos en los cuales el comportamiento prohibido perjudica de manera insoportable la coexistencia libre y pacífica de los ciudadanos y no resultan adecuadas para impedirlo otras medidas jurídico–criminales menos radicales²⁷.

D. NATURALEZA JURÍDICA DE LA PENA

La pena –según su naturaleza– es un *juicio de desvalor ético–social de carácter público*²⁸ que recae sobre el delincuente por haber cometido un hecho

²⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich: «Tratado...», Op. Cit., p. 90.

²⁷ En tal sentido VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: «Derecho...», Op. Cit., p. 92.

²⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich: «Tratado...», Op. Cit., p. 91.

punible²⁹. La pena tiene un acento negativo y por ello siempre el carácter de mal³⁰.

El mal que toda pena supone consiste en una injerencia en la esfera jurídica del condenado³¹ que puede afectar bienes jurídicos, por ejemplo, la vida, con la pena de muerte, Art. 27 Inc. 1º Cn.; la libertad, con la pena de prisión, Art. 47 CP, el arresto de fin de semana, Art. 49 CP o el arresto domiciliario, Art. 50 CP; el patrimonio, con la pena de multa, Arts. 51 y Sgts. CP; derechos de la persona, con las inhabilitaciones, Art. 46 CP. Negarle el carácter de mal a la pena equivaldría a negar el concepto mismo de pena³².

Hasta el momento no ha podido ningún Estado renunciar a la pena como imposición de un mal para garantizar el Orden Jurídico³³. En un Estado de

²⁹ STRATENWERTH, Günter: «*Derecho Penal*», (Parte General), traducción de la 2ª edición alemana (1976) por Gladys Romero, EDESA, Madrid, España, 1982, p. 10.

³⁰ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: «Curso...», Op. Cit. p. 5. FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos: «*Consecuencias Jurídicas del Delito*», en Ciencias Penales, Monografías, CNJ, San Salvador, El Salvador, 2002, p. 166.

³¹ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: «Derecho...», Op. Cit., p. 92.

³² «La concepción dominante sobre la naturaleza de la pena sostiene que ésta «según su naturaleza, es retribución»: un mal que se ocasiona al delincuente de una falta culpable y que está establecido por el derecho». Así, STRATENWERTH, Günter: «Derecho...», Op. Cit. p. 10.

³³ Sin embargo, explica FERNÁNDEZ CARRASQUILLA: «La necesidad del mal de la pena ha sido puesta en tela de juicio por el abolicionismo, pero este no tiene en realidad una respuesta satisfactoria a lo que pasaría en la vida social sin el derecho penal, sino a lo sumo una serie de «sustitutivos» de carácter privado o administrativo que distan mucho de resultar satisfactorios desde el triple punto de vista del control de la agresión, las debidas garantías para el agresor y las deseables seguridades para los agredidos potenciales, al menos mientras no cambie la naturaleza humana o no se domestiquen definitivamente sus instintos agresivos y sus pasiones posesivas». FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan: «*Derecho Penal Fundamental*», Tomo II (Teoría general del delito y punibilidad), Reimpresión de la segunda edición, Temis, Bogotá, Colombia, 1989, p. 443. En sentido similar expone Serrano-Piedecascas Fernández: «Como complemento a la problemática del Derecho Penal como instrumento de control social, debemos también preguntarnos si en el momento actual se justifica la propia existencia del Derecho Penal, o al menos si el Derecho Penal debe mantener su estructura actual. No se trata de una pregunta superflua o innecesaria, pues no se puede ignorar que el sistema penal está siendo objeto de profundas críticas por el abolicionismo, movimiento radical que rechaza la existencia del Derecho Penal y propone su sustitución por otros mecanismos de resolución de los conflictos sociales. Este movimiento, en el que han influido profundamente las obras de MICHEL FOUCAULT (Vigilar y Castigar) y de LOUK HUISMAN (Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: hacia una alternativa), toma como punto de partida la crítica al Derecho Penal contemporáneo, buscando la humanización del sistema en base a la desaparición del Derecho Penal, y deja en manos de la sociedad la resolución de los conflictos. La crítica que formulan al sistema penal es en gran medida acertada, pero las alternativas que proponen al sistema son utópicas». Agrega: «Una posible línea de cambio y

Derecho libre, en el que los ciudadanos también participan en el poder estatal, la coacción jurídica sólo puede existir por la vía de la pena, porque sólo ella se dirige a las personas como «entes racionales».

E. SENTIDOS DE LA PENA

El sentido de la pena debe distinguirse del problema de su justificación y su naturaleza, antes expresados. Aquí se trata de saber el significado que puede y debe tener el acto de castigar frente al condenado y a la sociedad.

Las ideas básicas del sentido de la pena son dos³⁴: a) la *retribución* (Teorías Absolutas); y, b) la *prevención* (Teorías Relativas). Sin embargo, la mixtificación de las dos ideas básicas no sólo es posible, sino que ha originado un tercer significado denominado *mixto* o *dialéctico* que, por lo demás, goza en la actualidad de gran aceptación en la doctrina.

Con la primera idea –*retribución*– se mira al pasado (al delito ya cometido³⁵) y se procura conseguir con la imposición de la pena una reparación de la infracción realizada. Se prescinde totalmente, bajo este sentido, de la idea del fin que se busca con la pena. El sentido retributivo radica en la imposición de un mal por el mal cometido. En esto se agota y determina el sentido de la pena.

evolución del Derecho Penal puede ir encaminada hacia lo que FERRAJOLI (Derecho y Razón) llama «Derecho Penal mínimo», esto es, una nueva técnica de tutela de Derechos fundamentales. Se basa en un planteamiento utilitarista, donde se señala un doble fin del Derecho penal. Por una parte, la ya tradicional prevención de los delitos. Pero a esa finalidad se le añade un segundo parámetro, consistente en la prevención de las penas informales. No se busca la mayor prevención posible, sino el mínimo de prevención imprescindible. El Derecho Penal solo puede actuar hasta el punto en el que la ausencia de pena haría reaccionar al ofendido por el delito, provocando un mal para el delincuente. Ello llevaría a la minimización de la violencia en la sociedad. En este sentido, puede afirmarse que el Derecho penal debe reducir al mínimo el grado de violencia que se produzca en una sociedad, ya sea generado por la propia sociedad o por el Estado, respetando siempre las garantías individuales». Así, SERRANO-PIEDRECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón: «Conocimiento...», Op. Cit., Pgs. 7 a 9.

³⁴ WELZEL, Hans: «*Derecho Penal Alemán*», (Parte General), 11ª edición castellana, traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1975, p 328.

³⁵ CUELLO CONTRERAS, Joaquín: «*El Derecho Penal Español*. Curso de Iniciación», (Parte General), Volumen I, Nociones Introdutorias, Primera edición, Civitas, Madrid, España, 1993, p. 64.

Con la segunda idea –*prevención*– se mira al futuro (al peligro de que se cometan nuevos delitos por el mismo delincuente o por otros³⁶) y se pretende intervenir sobre el delincuente –de manera individual o especial– y sobre la comunidad –en forma general– para evitar futuros hechos punibles, con lo que la intervención en la situación jurídica del condenado no es querida, sino sólo un «*mal necesario*».

El punto de referencia de la *retribución* es la *culpabilidad*, el de la *prevención* la *peligrosidad*. Pasemos, entonces, por medio de los sentidos que se le asignan a la pena, por una parte, a ampliar esos aspectos referenciales para una comprensión conceptual de los mismos, y por otra, a esbozar el sentido mixto o dialéctico de la pena.

1. Sentido Retributivo

El *sentido tradicional* de la pena es la idea de la *retribución*: una reacción cargada de fuertes connotaciones emotivas y puramente negativa hacia el delito. Pero, hoy en día, el concepto de retribución ha cambiado. Retribución quiere decir que la pena sea *proporcional* al delito.

La retribución, por lo tanto, no tiene nada que ver con la venganza: es un principio proporcional (Art. 5 CP). De acuerdo con esa idea, el delito cometido es *causa* y *medida* de la pena (Art. 63 CP).

Ahora bien, la idea de retribución se apoya en tres presupuestos:

a) El primero es que la facultad del Estado de dar al culpable con la pena aquello que se merece, sólo se justifica, si se reconoce la *superioridad moral de la comunidad sobre el delincuente* y, por consiguiente, la necesidad social de la pena³⁷ (Arts. 246 Inc. 2º y 14 Cn);

b) El segundo es que exista *culpabilidad* y que ésta pueda ser *graduada* de acuerdo con su gravedad³⁸ (Arts. 12 Inc. 1º Cn, 4 y 5 CP); y,

³⁶ CUELLO CONTRERAS, Joaquín: «El Derecho...», Op. Cit., p. 65.

³⁷ CUELLO CONTRERAS, Joaquín: «El Derecho...», Op. Cit., p. 92.

³⁸ CUELLO CONTRERAS, Joaquín: «El Derecho...», Op. Cit., p. 92.

c) En tercer lugar *concordar la gravedad de la culpabilidad y la magnitud de la pena* de tal forma que la condena se sienta como merecida, tanto por el autor como por la comunidad (Art. 63 CP).

2. Sentido Preventivo

El sentido tradicional de la idea de prevención pone interés en la *peligrosidad del autor* y la *disposición criminal* latente en la comunidad. El delincuente no recibe lo que merece por su culpabilidad, sino lo que necesita para su resocialización. Según la idea de prevención, la pena es un medio para prevenir futuros delitos (Art. 27 Inc. 3° Cn).

La prevención parte también de tres supuestos:

a) El primero es la posibilidad de poder hacer, con la suficiente seguridad, *un pronóstico del comportamiento humano futuro*;

b) El segundo es que *la pena se adecue a la peligrosidad* con tal exactitud que pueda aparecer por lo menos como probable el resultado preventivo; y,

c) El tercero es que a través de los elementos de intimidación que hay en la pena y especialmente a través de la labor socio-pedagógica durante la ejecución de la misma, puede ser combatida eficazmente la *tendencia a la criminalidad* que hay no sólo en los jóvenes³⁹, sino también en los adultos.

Desde el punto de vista de la prevención, *la eficacia de la pena puede ser doble*:

a) Cuando el resultado de la prevención incide en la totalidad de los ciudadanos, se habla de *prevención general*. A través de la *condenación penal abstracta* contenida en la ley y de la *condena concreta* del

³⁹ Debe tenerse presente que en nuestro país es de reciente data la discusión que ocasionó el Proyecto Legislativo conocido como «Ley Antimaras», el cual fue presentado a la Asamblea Legislativa, con la correspondiente iniciativa de ley otorgada por el Presidente de la República, por el Ministro de Gobernación en julio de 2003.

culpable, que demuestra que el Estado pretende aplicar en serio la amenaza penal, debe impedirse la legitimación del delito y conseguirse esa aversión moral hacia él que por sí misma se hace sentir y que en gran medida ayuda a mantener dentro de ciertos límites la criminalidad latente generalizada. No puede decirse en absoluto que todo hecho punible cometido demuestre la ineficacia de la prevención general del Derecho Penal, pues, si no se castigaran los delitos, se cometerían, sin duda, muchos más de los que se cometen.

b) Mientras que la prevención general aspira a prevenir el delito en la comunidad, la *prevención especial o individual* se dirige al condenado mismo, que, a través de la lección que recibe con la pena, debe ser apartado de futuros yerros y educado para que se adapte a las ideas sociales dominantes en la comunidad. Si la pena privativa de libertad llega a ejecutarse, su cumplimiento debe estar inspirado por la imagen rectora de la *resocialización*.

3. Sentido Mixto o Dialéctico

Tras el sentido retributivo y preventivo de la pena, aparentemente irreconciliables, existe también la posibilidad de una postura intermedia que pretende unir ambos extremos, partiendo de la idea de retribución como base, pero añadiéndole también el cumplimiento de fines preventivos tanto generales como especiales.

Aparece así el tercer sentido de la pena, nueva postura que ha sido denominada como *teoría de la unión*⁴⁰, porque ha dado lugar a planteamientos eclécticos o mixtos. En este sentido, la pena sirve para evitar acciones punibles en el futuro a través de la justa retribución de la infracción cometida en el pasado.

Retribución y prevención no son, pues, desde este punto de vista, polos opuestos irreconciliables. Es posible una unificación de manera que la pena

⁴⁰ «Las teorías de la «unión» aparecen en la historia del Derecho penal como una solución de compromiso en la lucha de Escuelas que dividió a los penalistas en dos bandos irreconciliables, los partidarios de la retribución y los partidarios de la prevención general y especial». Así, MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes: «Derecho...», Op. Cit., p. 46.

no se agote en sí misma, sino que conmine y aplique con el fin de proteger a la sociedad de futuros delitos⁴¹. Con este nuevo planteamiento, ya no se puede hablar de un sentido único de la pena, ni mucho menos asignar a la pena un fin exclusivo.

La pena, bajo el sentido mixto, es más bien un fenómeno pluridimensional que cumple diferentes fines en cada uno de los momentos en que aparece⁴². Así, tenemos:

a) El momento de la *amenaza* penal, cuando el legislador prohíbe la conducta amenazándola con una pena en abstracto, aquí es decisiva la idea de prevención general, pues la amenaza recae en todos los miembros de la comunidad, para que se abstengan de cometer la conducta prohibida;

b) El momento de su *aplicación*, cuando a pesar de esa amenaza se comete el hecho prohibido, entonces al autor se le aplica la pena prevista por ese hecho, pero de manera concreta, predomina aquí, en este momento, la idea de retribución; y,

c) Por último, el momento de la *ejecución*, es decir, durante la ejecución de la pena impuesta, prevalece, sobre todo si se trata de una pena privativa de libertad, la idea de prevención especial, por lo que en este momento debe perseguirse la reeducación y socialización del delincuente.

⁴¹ «Retribución y prevención son dos polos opuestos de una misma realidad que no pueden subordinarse el uno al otro, sino coordinarse mutuamente. Las teorías de la unión tienen, sin embargo, el mérito de haber superado el excesivo parcialismo que late tanto en las teorías absolutas como en las relativas». Así, MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes: «Derecho...», Op. Cit., p. 46.

⁴² Así, MIR PUIG, Santiago: «Derecho...», Op. Cit., p. 65.

⁴³ ROXIN, Claus: «Derecho...», Op. Cit., p. 81.

⁴⁴ ROXIN, Claus: «Derecho...», Op. Cit., p. 81.

F. RESUMEN

La pena es una privación de bienes jurídicos y de derechos prevista en la ley que se impone por los órganos jurisdiccionales competentes al responsable de un hecho delictivo.

El que tenga que estar prevista en la ley, y el que su imposición se efectúe por la jurisdicción competente, no son sino garantías derivadas del Estado de Derecho en cuyo marco debe ser considerada.

La justificación (por qué se castiga) y sentido de la pena (para qué se castiga), es una cuestión que desde la antigüedad ha merecido diferentes respuestas que se han sistematizado en tres grupos⁴³: las *teorías absolutas*, que consideran únicamente el delito cometido como parámetro retributivo (*punitur, quia peccatum est* = *se pena porque se ha delinquido*), las *teorías relativas*, que miran en la imposición de una pena la finalidad de prevenir delitos futuros (*punitur ne peccetur* = *se pena para que no se delinca*) y las *teorías eclécticas* o *mixtas*, que combinan y armonizan la antinomia entre pena no dirigida al fin (principio de justicia) y pena con miras al fin (principio de utilidad).

A los posibles sentidos de la pena se les denomina teorías penales⁴⁴ o, simplemente, teorías de la pena. A ellas nos referiremos más detenidamente enseguida.

MATERIALES PARA EL TRABAJO PRÁCTICO

1. Lecturas Seleccionadas

A) LA PENA CRIMINAL. CONCEPTO E IMPLICACIONES. «La pena acarrea sin duda sufrimiento porque, por su medio, el Estado impone al individuo la privación total o parcial, transitoria o definitiva de ciertos bienes jurídicos que le son muy caros (vida, libertad, patrimonio, honor, cargos públicos, capacidad política formal, etc.). Empero, no todo sufrimiento o privación inferida por el Estado es una pena, pues esta supone la previa comisión (y debida comprobación procesal) de un hecho punible, del que precisamente aparece como su consecuencia jurídica. La pena en realidad no es sufrimiento sino que este le es inseparable desde el punto de vista psicosocial. Es sin duda necesario que infligir dolor no sea el fin de la pena –solo pudo serlo para el expiacionismo– y que todos sus efectos dolorosos se reduzcan al mínimo posible, pero estos últimos han de suponerse forzosamente inevitables. Si las amenazas penales no contuvieran algo desagradable o temible, irrisoria sería por definición la función de prevención general negativa; y si la privación de bienes en que la pena consiste no produjera de algún modo sufrimiento y dolor, la pena misma carecería de importancia para el control social. Todo esto se basa en el viejo principio de que los hombres buscan con denuedo huir del dolor y obtener el placer». FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan: «**Derecho Penal Fundamental**», Vol. I, Reimpresión de la Segunda Edición, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1989, p. 446.

B) ORIGEN DE LA PENA. «El origen de la pena es uno de los problemas históricos más oscuros. A la afirmación de que «desde los tiempos más remotos hasta nuestros días todas las sociedades han poseído un sistema de penas», hay que oponer que las características que hoy se consideran esenciales a la pena no se encuentran sino en épocas relativamente recientes. Las reglas de una sociedad primitiva se imponían por sí mismas. La divinidad hacía justicia directamente. No había policías, tribunales, ni verdugos. La «pena» surgía automáticamente, como una consecuencia natural y esperada del pecado. Hay otras largas etapas en que el castigo de los actos criminales es un asunto privado, o bien, cuando interviene la colectividad, se trata de aplacar a un Dios que se

supone ofendido. Las «penas» del mundo antiguo están cargadas de un sentido mágico y sacral». RODRÍGUEZ DEVESA, José María: **«Derecho Penal Español»**, (Parte General), Novena Edición, Dikynson, Madrid, España, 1985, p. 879.

C) JUSTIFICACIÓN DE LA PENA. (I) *«Para explicar el porqué de la pena se suelen dar razones de tipo juridicopolítico: se impone para mantener el orden jurídico, condición fundamental para asegurar la convivencia en comunidad, pues sin ella el ordenamiento jurídico dejaría de ser coactivo para convertirse en una simple recomendación no vinculante; o argumentos de índole sicosociológica, según los cuales es necesaria para «satisfacer la sed de venganza de la comunidad»; o eticoindividuales, para posibilitar «la expiación como actividad moral autónoma». Sin embargo, más allá de esas explicaciones, es evidente que la pena se justifica en aquellos eventos en los cuales el comportamiento prohibido perjudica de manera insoportable la coexistencia libre y pacífica de los ciudadanos y no resultan adecuadas para impedirlo otras medidas juridicocriminales menos radicales, dependiendo del sistema socioeconómico y de la forma de Estado imperante. La pena, pues se justifica por su necesidad para el mantenimiento de la convivencia social, lo cual es constatable empíricamente».* VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: **«Derecho Penal»**, (Parte General), Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1994, p. 93. **(II)**. *«La justificación de la pena estatal resulta en primer término de la demostración de que la pena constituye un medio indispensable para la conservación de una comunidad social humana. Como «negación de la negación del derecho» (HEGEL), es, de tal manera, hasta el presente, un instrumento indispensable de la AFIRMACIÓN DEL DERECHO. No es éste un problema jurídico, sino metajurídico. La pena es un mal y precisamente no sólo para la persona que la sufre, sino también para el que la impone y para el que la hace cumplir. El que, a pesar de ello, sea justificada, se puede deducir solamente de la circunstancia de que tiende a evitar un mal aún mayor que el mal que la propia pena encierra en sí; con otras palabras, que represente un medio idóneo para alcanzar un fin más elevado. Este fin más elevado consiste en la conservación de una comunidad social humana y en el fortalecimiento del ordenamiento jurídico indispensable para tal comunidad. El que la pena sea un medio indispensable, es el resultado de la experiencia histórica: sin una justa*

retribución del mal que ha sido cometido en una comunidad ordenada, la propia comunidad y su ordenamiento jurídico se desmoronan. La pena resulta ser, para la existencia de la comunidad y del ordenamiento jurídico, sin más, indispensable y, por consiguiente, adecuada al fin de conservación de la una y del otro». MEZGER, Edmund: «Derecho Penal», (Parte General), traducción de Ricardo C. Nuñez, Cárdenas Editor, México, 1985, p. 379.

D) NATURALEZA DE LA PENA. *«A no dudarlo, ella es una manifestación del Estado, es expresión del poder estatal traducida en una injerencia directa sobre el condenado, a quien se priva de determinados bienes jurídicos (la libertad, el patrimonio, el honor, etc.), con miras a asegurar la protección eficaz de los intereses tutelados por la ley. Históricamente, la pena ha envuelto siempre despliegue de poder, coacción, lo cual posibilita la supervivencia del derecho penal como suprema herramienta de control social». VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: «Derecho Penal», (Parte General), Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1994, p. 92.*

E) SENTIDOS DE LA PENA. (I) *«Función y fines de la pena. Por regla general, cuando se habla de la función de la pena se hace referencia a sus distintas finalidades, distinguiéndose entre una finalidad retributiva (de realización de la Justicia por medio del castigo), otra de prevención general (de evitación de la comisión de nuevos delitos por parte de la generalidad de los ciudadanos), y otra de prevención especial (de evitación de la comisión de nuevos delitos por parte del infractor). En la presente exposición distinguiremos, en cambio, entre función y fines de la pena, llamando función a la finalidad última e ideal para la que la pena se impone y denominando fines a los objetivos empíricos e inmediatos a los que la pena, para cumplir su función, ha de hallarse dirigida (...) La función de la pena no es la realización de la justicia por medio del castigo. Esto sentado, cabe afirmar (...) que la función primordial de la pena es la tutela jurídica, esto es la protección de bienes e intereses cuyo pacífico disfrute ha de garantizar el Derecho en virtud de su propia naturaleza de orden de la coexistencia (...) Según lo expuesto, los fines de la pena, a través de los cuales puede ésta cumplir su función de tutela jurídica, se hallan constituidos por la prevención general y especial». COBO DEL ROSAL,*

M. y VIVES ANTÓN, T. S.: «**Derecho Penal**», (Parte General), Tirant lo blanch, Valencia, España, 1991, Pgs. 617 a 619. (II) *«El problema de los fines de la pena puede hacerse en dos niveles fundamentales de razonamiento totalmente distintos y que conviene aclarar desde el principio: el nivel del «ser» que corresponderá a los análisis empíricos sobre las funciones sociales que el Derecho Penal cumple realmente, y el nivel del «deber ser», es decir, el análisis de los fines que la pena y el Derecho Penal deben cumplir a la luz del derecho positivo y los principios que lo informan (...) Una cosa es, por tanto, el fin de la pena y otra las funciones de la misma. La primera cuestión responde a la pregunta «para qué sirve la pena», condicionando el fundamento y legitimación de la pena, y también el tipo y medida de la pena concreta a imponer al sujeto particular que ha cometido un delito. La segunda cuestión atañe al análisis empírico-social descriptivo acerca de «los efectos de la pena en la sociedad», junto al efecto necesario para la supervivencia del sistema de referencia (...) En la actualidad siguen siendo tres las teorías que tratan de dar una respuesta a la cuestión de los fines de la pena: la teoría de la retribución, la teoría de la prevención general y la teoría de la resocialización».* SERRANO-PIEDRECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón: «**Conocimiento Científico y Fundamentos del Derecho Penal**», Gráfica Horizonte, Lima, Perú, 1999, Pgs. 56 y 57.

2. Cuestionario

- A) ¿Qué entiende por pena en sentido estricto y en sentido amplio?
- B) ¿Cuál es la diferencia entre pena en sentido formal y en sentido material?
- C) Mencione, sobre el origen de la pena, las distintas concepciones.
- D) ¿Por qué se dice que la justificación de la pena es triple?
- E) Mencione cuál es la naturaleza de la pena. Explique.
- F) ¿Qué entiende por sentido o fines de la pena?
- G) La idea de retribución se apoya en tres presupuestos. ¿Cuáles son?
- H) La idea de prevención se apoya en tres presupuestos. ¿Cuáles son?

3. Actividades Prácticas

- A) Elabore un esquema que comprenda los aspectos básicos de la pena.
- B) Elabore un cuadro sinóptico del Capítulo I (DE LAS PENAS, SUS CLASES Y EFECTOS), que contiene el Título III (PENAS), del Libro Primero del Código Penal, que comprenda únicamente las clases de penas (principales y accesorias) que existen y asocie a cada una de ellas el artículo correspondiente que las define.
- C) Analice el Art. 45 CP y seleccione de la Parte Especial del Código dos hechos punibles (delitos o faltas) que sean sancionados con cada una de las penas principales analizadas. Así, por ejemplo, dos delitos sancionados con pena de prisión, son: (1) Homicidio Simple, tipificado en el Art. 128 CP, pena principal: prisión de 10 a 20 años; (2) Robo, tipificado en el Art. 212, pena principal: prisión de 6 a 10 años.

4. Temas para Discusión

- A) Si el Derecho Penal tiene que servir al mantenimiento del orden social y a la protección de bienes jurídicos ¿De qué manera debería surtir efecto la pena para cumplir con la misión del Derecho Penal?
- B) ¿Cuál es la diferencia entre el planteamiento retributivo y preventivo de la pena?

II

TEORÍAS DE LA PENA

INTRODUCCIÓN

Mientras poco se ha discutido acerca de la necesidad de que exista Derecho Penal y pena¹, siempre ha habido controversias acerca de la *finalidad* y *justificación* de este sector jurídico y especialmente de su consecuencia jurídica principal, la pena². Dar respuesta a los interrogantes del porqué y para qué se impone una pena con la que se castiga cada hecho punible en particular, tanto en el momento de su previsión en la ley, como en el de su concreta determinación y ejecución cuando es impuesta por el juez³, es una cuestión que atañe a esos aspectos polémicos⁴.

Al respecto se enfrentan desde siempre tres grandes concepciones⁵: a) las *teorías absolutas* o de justicia que no tienen en cuenta el fin de la pena, es decir, se castiga porque se ha errado; b) las *teorías relativas* o del fin que pretenden lograr algo, concretamente, que no se cometan hechos punibles intimidando a los posibles autores (prevención general), o bien corrigiendo y resocializando a los que ya delinquieron (prevención especial); y, c) las teorías *conciliadoras*⁶, denominadas también: unitarias o eclécticas⁷, mixtas o de la unión⁸, etc., que pretenden armonizar la antinomia entre pena no dirigida al fin y pena con miras al fin. Veamos algunos aspectos importantes de cada una de ellas.

¹ La necesidad del mal de la pena ha sido puesta en tela de juicio por la corriente doctrinal denominada abolicionismo. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan: «Derecho...», Op. Cit., p. 443.

² BAUMANN, Jürgen: «Derecho...», Op. Cit., Pgs. 14 a 16.

³ ROXIN, Claus/ARZT, Günter/TIEDEMANN, Klaus: «*Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal*», versión española, notas y comentarios de los profesores Luis Arroyo Zapatero y Juan-Luis Gómez Colomer, Ariel, Barcelona, España, 1989, p. 24.

⁴ «La polémica sobre el fundamento y los fines de la pena sigue aún abierta». Así, CEREZO MIR, José: «Curso...», Op. Cit., p. 21.

⁵ Así, CEREZO MIR, José: «Curso...», Op. Cit., p. 21.

⁶ Así, BAUMANN, Jürgen: «Derecho...», Op. Cit., p. 16.

⁷ Así, CEREZO MIR, José: «Curso...», Op. Cit., p. 21.

⁸ RODRIGUEZ DEVESA, José María: «Derecho...», Op. Cit., p. 885.

A. TEORÍAS ABSOLUTAS

Como se anticipó, la teorías absolutas de la pena ven el fundamento jurídico y el sentido de ésta únicamente en la idea de la *retribución*⁹. Desde este punto de vista, la teoría de la retribución no encuentra el sentido de la pena en la persecución de fin alguno socialmente útil, sino en que mediante la imposición de un mal merecidamente se retribuye, equilibra y expía la culpabilidad del autor por el hecho cometido¹⁰. *A través de la retribución se hace justicia* al culpable de un delito¹¹, de allí que se le denomine también *teoría de la justicia* o *de la expiación*¹². *La pena se libera de toda finalidad* y se presenta únicamente como la imposición de un mal para compensar la lesión jurídica cometida culpablemente¹³.

Las teorías retribucionistas reciben el nombre de «*teorías absolutas*» —en contraposición a las teorías relativas—, por atribuirle a la pena la función de realización de la Justicia y ésta no puede depender de conveniencias utilitarias relativas de cada momento, sino que se impone con carácter absoluto¹⁴. Se habla, por tanto, con base en la idea de retribución de una teoría «*absoluta*» (lat. *absolutus* = desvinculado)¹⁵ porque para ella el fin de la pena es independiente, «*desvinculado*» de su efecto social («*poena absoluta ab effectu*»)¹⁶.

⁹ «En definitiva para las teorías absolutas, considerando especialmente su expresión retribucionista, por ser la más moderna, la pena es un mal que recae sobre un sujeto que ha cometido un mal desde el punto de vista del derecho». Así, BUSTOS RAMÍREZ, Juan: «Manual...», Op. Cit., p. 22. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan: «Derecho...», Op. Cit., p. 84.

¹⁰ ROXIN, Claus: «Derecho...», Op. Cit. p. 81. En igual sentido: MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes: «Derecho...», Op. Cit., p. 45.

¹¹ JESCHECK, Hans-Heinrich: «Tratado...», Op. Cit., p. 96.

¹² «Con la expiación se piensa a menudo que el autor acepta interiormente la pena como justa compensación de la culpabilidad, que asimila moralmente su comportamiento delictivo, se purifica y recobra por dicha expiación su integridad humana y social». Así, ROXIN, Claus: «Derecho...», Op. Cit. Pgs. 81 y 85. «El mal del delito, podría decirse, se compensa con el bien de la pena. De ahí la denominación, a veces usada, de teorías de la expiación». Así, CUELLO CONTRERAS, Joaquín: «El Derecho...», Op. Cit., p. 64.

¹³ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, et al: «Lecciones...», Op. Cit., p. 21.

¹⁴ Así, MIR PUIG, Santiago: «Derecho...», Op. Cit., p. 52. Por su parte Velásquez Velásquez, expresa: «Se les da tal denominación, pues solo atienden al sentido prescindiendo de la idea de «fin». Para ellas el sentido de la pena es la retribución justa, es someter al delincuente a un mal que se corresponda con el grado del culpabilidad; o bien, imponer una pena es una condición indispensable para que reine la justicia en la tierra». VELÁSQUEZ VELÁZQUEZ, Fernando: «Derecho...», Op. Cit., p. 93.

¹⁵ ROXIN, Claus: «Derecho...», Op. Cit. p. 82.

¹⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich: «Tratado...», Op. Cit., p. 96.

A menudo se designa la pena retributiva como «libre de fin»¹⁷ y sólo se ve su «sentido» o «esencia» en la compensación de la culpabilidad; pero, el concepto de fin no es sólo aplicable a fines sociales sino también a la realización de una idea (justicia). En ese sentido, *la teoría absoluta ve el fin de la pena en la retribución justa*¹⁸.

Las bases ideológicas de las teorías absolutas radican en el reconocimiento del Estado como guardián de la justicia y en la capacidad del hombre para autodeterminarse¹⁹.

1. Fundamento de las Teorías Absolutas

La teoría retribucionista de la pena se fundamenta en razones *éticas, jurídicas y religiosas*²⁰, sin tomar en consideración el fin que con ella se persigue. La paternidad, sobre el fundamento de las dos primeras razones, suele ser atribuida a KANT y a HEGEL²¹, respectivamente.

a. Fundamento Ético: La Formulación de Kant

Desde el *punto de vista ético*, la retribución, compensación del *mal del delito por el mal de la pena*²², exige que el delincuente sea castigado por el solo hecho de haber delinquido, sin consideración a ninguna finalidad ulterior de la pena. La pena es un fin en sí misma. Este fundamento ético de la retribución proviene del filósofo alemán EMMANUEL KANT (1724–1804) en su obra *«Metafísica de las Costumbres»* (1797)²³. Como, según este autor, el hombre es un «fin en sí mismo» que no es lícito instrumentalizar en beneficio

¹⁷ VELÁSQUEZ VELÁZQUEZ, Fernando: «Derecho...», Op. Cit., p. 93.

¹⁸ ROXIN, Claus: «Derecho...», Op. Cit., p. 82.

¹⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich: «Tratado...», Op. Cit., p. 96.

²⁰ En este aspecto seguimos el planteamiento de MIR PUIG, Santiago: «Derecho...», Op. Cit., p. 51. Sobre el mismo y similar planteamiento también se ha dicho: «Entre las teorías absolutas están: a) las teorías de la *retribución divina*; las teorías de la *retribución ética*; c) teorías de la *retribución jurídica*». Así, RODRÍGUEZ DEVESA, José María: «Derecho...», Op. Cit., p. 885.

²¹ Por todos QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: «Derecho...», Op. Cit., p. 91.

²² DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal y DE MATA VELA, José Francisco: «Curso...», Op. Cit., p. 235.

²³ Así, citador por BAUMANN, Jürgen: «Derecho...», Op. Cit., p. 14.

de la sociedad, no sería éticamente admisible fundar el castigo del delincuente en razones de utilidad social²⁴.

KANT sostiene: «La *pena judicial* (*poena forensis*), distinta de la *natural* (*poena naturalis*), por la que el vicio se castiga a sí mismo y que el legislador no tiene en cuenta en absoluto, no puede nunca servir como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo sea para la sociedad civil, sino que ha de imponérsele sólo *porque ha delinquido*»²⁵.

Es muy expresivo el ejemplo famoso de KANT de una isla cuya población decidiese disolverse y dispersarse por el mundo, y en la que se plantease la cuestión de si hay que mantener el castigo pendiente de los delincuentes, a lo que el autor alemán responde que, aunque resultara del todo inútil para dicha sociedad –puesto que dejaría de existir– debería ejecutarse hasta el último asesino que se hallase en prisión, únicamente «para que todos comprendieran el valor de sus actos». Se advierte aquí claramente una consecuencia fundamental de la concepción retributiva: según ésta, la pena *ha de imponerse* por el delito cometido aunque resulte *innecesaria* para el bien de la sociedad²⁶.

Por tanto para KANT, la ley penal es un «*imperativo categórico*»²⁷, es decir, un mandato de la Justicia libre de toda consideración finalista o utilitaria²⁸. La pena sólo tiene sentido, si es retribución de la culpabilidad: «*la pena judicial... no puede nunca imponerse simplemente como medio para conseguir otro bien para el delincuente mismo o para la sociedad, sino que tiene que imponerse en todo momento contra el delincuente porque ha delinquido*»²⁹. La pena es, pues, la consecuencia justa y necesaria del delito cometido,

²⁴ Así, JESCHECK, Hans-Heinrich: «Tratado...», Op. Cit., p. 96 y MIR PUIG, Santiago: «Derecho...», Op. Cit., p. 51.

²⁵ Así, COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T. S.: «Derecho...», Op. Cit., p. 626. CUELLO CONTRERAS, Joaquín: «El Derecho...», Op. Cit., Pgs. 61 y 62.

²⁶ Así, JESCHECK, Hans-Heinrich: «Tratado...», Op. Cit., p. 96 y MIR PUIG, Santiago: «Derecho...», Op. Cit., p. 51.

²⁷ ROXIN, Claus: «Derecho...», Op. Cit., p. 82. En forma similar: MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes: «Derecho...», Op. Cit., p. 45.

²⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich: «Tratado...», Op. Cit., p. 96.

²⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich: «Tratado...», Op. Cit., p. 96.

entendida bien como una necesidad ética³⁰. En última instancia, detrás de la teoría de la retribución y, en consecuencia, del concepto kantiano de pena se encuentra el viejo principio de la ley del Talión³¹ (*lex talionis*), es decir, una pena que no tuviese en cuenta el daño ocasionado por el delito no sería justa, lo que KANT entiende como la devolución de la misma cantidad de dolor injustamente causado³²: «*ojo por ojo, diente por diente*». Consecuentemente, no es ético fundar el castigo del delincuente en razones de utilidad social³³. Es decir que cuando se impone una pena, es porque quien delinque la merece, como exigencia de la justicia; y no debe constituir una función utilitaria para una determinada sociedad.

b. Fundamento Jurídico: La Formulación de Hegel

El *fundamento jurídico* de la pena se debe a una proposición de FRIEDRICH HEGEL (1770–1831), en su obra «*Líneas fundamentales de la Filosofía del Derecho*» (1821). Para éste el fundamento de la pena está en un principio dialéctico³⁴, según el cual el Ordenamiento Jurídico representa la «*voluntad general*» y niega con la pena la «*voluntad especial*» del delincuente expresada en la lesión jurídica que «*queda anulada*» por la superioridad moral de la comunidad³⁵. Es decir, «*el delito es la negación del derecho y la pena es la negación del delito, o sea, la afirmación del derecho, conforme al principio de que la negación de la negación es la afirmación*»³⁶. En otras palabras, el delito es la negación de la negación del Derecho y la pena es la afirmación del Derecho³⁷. Obsérvese, entonces, cómo se aplica, así, el método dialéctico hegeliano: la voluntad general (orden jurídico) es la «*tesis*», la negación de la misma por el delito es la «*antítesis*», y la negación de esta negación será la

³⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes: «Derecho...», Op. Cit., p. 45.

³¹ ROXIN, Claus: «Derecho...», Op. Cit., p. 82.

³² ZAFFARONI, Eugenio Raúl: «Manual...», Op. Cit., p. 176. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes: «Derecho...», Op. Cit., p. 45.

³³ MIR PUIG, Santiago: «Derecho...», Op. Cit., p. 51.

³⁴ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: «Derecho...», Op. Cit., p. 91.

³⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich: «Tratado...», Op. Cit., p. 97.

³⁶ HEGEL, citado por ZAFFARONI, Eugenio Raúl: «Manual...», Op. Cit., p. 182. Igualmente por BUSTOS RAMÍREZ, Juan: «Manual...», Op. Cit., p. 21.

³⁷ Así, COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T. S.: «Derecho...», Op. Cit., p. 626.

«*síntesis*», que tendrá lugar mediante el castigo del delito³⁸. En este planteamiento la pena se concibe como reacción (negación de la negación) que mira al pasado (al delito y al restablecimiento del orden jurídico) y no como instrumento de fines utilitarios posteriores.

Materialmente, el pensamiento hegeliano se distingue de kantiano en que como el principio del Talión es prácticamente irrealizable, lo sustituye por la idea de la equivalencia del delito y pena. Por otro lado, HEGEL concuerda con KANT en no reconocer tampoco metas preventivas como intimidación y corrección como fines de la pena³⁹.

c. El Fundamento Religioso

Desde el punto de vista *religioso*, la pena se origina en cuestiones propias de lo divino⁴⁰. El cristianismo –como otras religiones– ha dado lugar a fundamentaciones tradicionales de la función retributiva de la pena⁴¹. Así vemos que el mensaje de PÍO XII al Congreso Internacional de Derecho Penal, en uno de sus pasajes dice: «*Pero el juez supremo en su juicio final, aplica únicamente el principio de retribución. Este ha de poseer, pues, un valor que cabe reconocer*». De esa manera, la religión, equipara la función de la justicia humana con la justicia divina⁴².

³⁸ MIR PUIG, Santiago: «Derecho...», Op. Cit., p. 52. Al respecto Polaino Navarrete dice: «La «construcción hegeliana» configuraba el delito como la negación del Derecho, la pena como la negación de la negación del Derecho, doble negación que producía la reafirmación del Derecho.» POLAINO NAVARRETE, Miguel: «*Derecho Penal*» (Parte General), Tomo II, Teoría Jurídica del Delito, Volumen I, Primera Edición, Bosch, Barcelona, España, 2000, p. 42.

³⁹ ROXIN, Claus: «Derecho...», Op. Cit., p. 83.

⁴⁰ La antigua Ética cristiana sostuvo también una teoría absoluta de la pena. Para ello se basaba, por una parte, en la concepción del orden universal como una obra creada por Dios (teoría de los dos reinos) y, por otra, en la idea de la identidad entre el ser divino y el humano. Así, JESCHECK, Hans-Heinrich: «Tratado...», Op. Cit., p. 97.

⁴¹ MIR PUIG, Santiago: «Derecho...», Op. Cit., p. 51.

⁴² ROXIN, Claus: «Derecho...», Op. Cit., p. 83.

2. El Aporte de las Teorías Absolutas

El aporte de la teoría de la retribución radica en los siguientes aspectos⁴³:

a) Su capacidad de impresión psicológico-social, o sea, que la concepción de la pena como retribución compensatoria permanece viva en la conciencia de los profanos con cierta naturalidad;

b) La pena debe corresponder a la magnitud de la culpabilidad, con lo cual proporciona un baremo para la magnitud de la pena, es decir, determina límites precisos y por eso significó un progreso frente a las ideas primitivas de venganza, con ello está prohibido dar un escarmiento mediante una penalización drástica en casos de culpabilidad leve⁴⁴, es decir, debe haber proporcionalidad entre el delito y la pena.

3. Crítica a las Teorías Absolutas

El aspecto positivo de estas teorías absolutas radica en su preocupación por la justicia y, en consecuencia, por una pena justa. Tanto desde el punto de vista del hecho como respecto del sujeto por el hecho realizado, de ahí que ellas han servido para desarrollar el *principio de culpabilidad*, sólo se responde por el hecho y en cuanto el sujeto sea culpable. Por eso estas teorías han sido esencialmente garantistas, es decir, impiden una intervención abusiva del Estado⁴⁵.

En sus aspectos negativos, como crítica de las teorías absolutas —explica JESCHECK⁴⁶— se alega que la realización de la moralidad absoluta en la tierra no es una tarea que incumba al Estado ni corresponde a sus fines y medios. Son muchos más los actos injustos que quedan sin castigar que los que se castigan. Al poder estatal lo único que puede interesarle cuando impone una pena es mantener por medio de la coacción jurídica las bases de una

⁴³ ROXIN, Claus: «Derecho...», Op. Cit., p. 84.

⁴⁴ WELZEL, Hans: «Derecho...», Op. Cit., p. 330.

⁴⁵ Así, BUSTOS RAMÍREZ, Juan: «Manual...», Op. Cit., p. 22.

⁴⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich: «Tratado...», Op. Cit., p. 98.

pacífica y segura convivencia humana. Precisamente por eso no se emplea la pena siempre que la Justicia lo requiera, sino sólo cuando es imprescindible en interés de la comunidad. Debe destacarse además que en las teorías absolutas se desconoce totalmente que el hombre es un ser necesitado de ayuda, que padece y que es débil; se le trata con justicia, pero con extrema frialdad. La permanente verdad de las teorías absolutas radica en decir que sólo de una manera justa puede aspirarse a proteger la sociedad con la pena, cuando ésta es necesaria.

Por su parte ROXIN⁴⁷ indica que la teoría de la retribución ya no se puede sostener hoy científicamente. Entre las razones que expresa para rechazar la retribución como fundamento o rasgo esencial y jurídico de la pena están⁴⁸:

a) La finalidad del Derecho penal consiste en la protección subsidiaria de bienes jurídicos, entonces, para el cumplimiento de este cometido, no está permitido servirse de una pena que de forma expresa prescinda de todos los fines sociales; y,

b) La idea de retribución exige una pena allí, donde sobre la base de la protección de bienes no sería necesaria; pero entonces la pena ya no sirve a los cometidos del Derecho penal y pierde su legitimación social.

4. Resumen

Las teorías absolutas o retributivas rechazan la búsqueda de fines fuera de la propia pena, la pena se agota en sí misma en cuanto mal que se impone por la comisión de un hecho delictivo. La pena es retribución del delito cometido. El imponer una pena al que ha cometido un delito, debe ser entendido como una exigencia de justicia. Desde este punto de vista, pretender lograr fines distintos a la mera retribución del hecho cometido supone una utilización del hombre que contradice el valor que él tiene en sí mismo, al implicar equipararse a una cosa.

⁴⁷ ROXIN, Claus: «Derecho...», Op. Cit. p. 84.

⁴⁸ Así, ROXIN, Claus: «Derecho...», Op. Cit., p. 84.

Las teorías absolutas, en cuanto tales, carecen de vigencia en la actualidad⁴⁹ y, con razón, se estima que aportan exclusivamente una explicación al *porqué se castiga*, al fundamento de la pena, pero no aclaran el contenido de los fines, es decir, *para qué se castiga*⁵⁰.

Desde el punto de vista de nuestro Ordenamiento Jurídico, existen razones para rechazar la consideración de la retribución de la pena como rasgo esencial de ella, pues no se acomoda a prescripciones constitucionales, concretamente, al Art. 27 Inc. 3º Cn.

B. TEORÍAS RELATIVAS

La *teorías relativas* son denominadas así, tomando en cuenta su finalidad de prevención que es relativa, a diferencia de la justicia, considerada como absoluta⁵¹. Por consiguiente, las teorías relativas han sido consideradas como opuestas a las absolutas, pues mediante su formulación se busca una función utilitaria⁵²; lograr fines que estén fuera de la misma pena⁵³. En concreto, la pena es útil para evitar la comisión de nuevos hechos delictivos, se impone para que se abstengan de delinquir, bien los miembros de una determinada comunidad, finalidad conocida como *prevención general*, bien aquel que cometió el hecho delictivo, finalidad conocida como *prevención especial*⁵⁴. Ahora bien, según se acentúe en una u otra finalidad estas teorías se subdividen en teorías relativas de la prevención general y de la prevención especial. Aunque en ambos casos la pena está orientada al futuro, pues con ella se pretende prevenir determinadas conductas y, de este modo, mantener la convivencia social⁵⁵.

La pena aparece, entonces, no como un *fin* en sí misma, sino como *medio* de prevención. El sentido de la pena consiste únicamente en cumplir

⁴⁹ CUELLO CONTRERAS, Joaquín: «El Derecho...», Op. Cit., p. 64.

⁵⁰ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *et al*: «Lecciones...», Op. Cit., p. 22.

⁵¹ MIR PUIG, Santiago: «Derecho...», Op. Cit., p. 55. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan: «Derecho...», Op. Cit., p. 84.

⁵² MIR PUIG, Santiago: «Derecho...», Op. Cit., p. 55.

⁵³ MORALES BAÑOS, Antonio «Estudios...», Op. Cit., p. 152.

⁵⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl: «Manual...», Op. Cit., Pgs. 35 y 36.

⁵⁵ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *et al*: «Lecciones...», Op. Cit., p. 22.

su tarea de impedir que se cometan en el futuro acciones punibles («*poena relata ad effectum*»)⁵⁶.

1. Fundamentos Ideológicos

Los fundamentos ideológicos de las teorías relativas están constituidos por una variedad de aspectos, sobresaliendo los siguientes⁵⁷:

- a) Las políticas humanitarias de la Ilustración. «La moderna ciencia del Derecho penal arranca del pensamiento ilustrado y, en concreto, de la obra de Beccaria «De los delitos y de las penas», máxima representación del pensamiento de la Ilustración en el campo penal»⁵⁸;
- b) La inclinación a la explicación científica causal del comportamiento humano;
- c) La fe en la posibilidad de educar a las personas, inclusive las adultas, a través de una adecuada intervención socio-pedagógica; y,
- d) Por el escepticismo frente a todos los intentos de explicar metafísicamente los problemas de la vida social.

Obsérvese, a partir de esos aspectos, que en las teorías relativas coinciden, por tanto, ideas humanitarias, sociales, racionales y utilitarias.

Sin embargo, explica JESCHECK⁵⁹, la idea de la prevención como fin de la pena no es algo nuevo, tal sentido se encontraba próximo a la Filosofía antigua orientada al bien común. Así suele citarse a PLATÓN, quien ponía en boca de PROTÁGORAS la fórmula que ha sido considerada clásica de todas las teorías preventivas con las siguientes frases:

«Quien quiera castigar de manera racional, no debe hacerlo por el delito ya cometido..., sino pensando en el futuro, para que en adelante ni el delin-cuente mismo vuelva a delinquir, ni tampoco lo hagan los otros que ven cómo el delincuente es castigado».

⁵⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich: «Tratado...», Op. Cit., p. 98.

⁵⁷ Así, JESCHECK, Hans-Heinrich: «Tratado...», Op. Cit., p. 98.

⁵⁸ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *et al*: «Lecciones...», Op. Cit., p. 64.

⁵⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich: «Tratado...», Op. Cit., p. 98.

Con otras palabras, pero siempre atribuidas al filósofo idealista de la antigua Grecia, se ha dicho:

«Ningún hombre sensato castiga porque se ha pecado, sino para que no se peque...»⁶⁰.

Notése que en ambas citas platonianas hay dos aspectos a destacar: en primer lugar, hace una crítica a la retribución por sí; y, en segundo lugar, define el sentido de la pena de una manera muy precisa, pues está referida a la finalidad tanto preventiva especial como a la preventiva general.

En la literatura francesa de la época de la Ilustración consideraba MONTESQUIEU (1689-1755) que lo más importante era el *fin preventivo* de la pena y para VOLTAIRE (1694-1778) lo principal de la pena debía ser su humanidad, proporcionalidad y *utilidad*.

Por otra parte, en el libro *«Dei delitti e delle pene»* (1764), escrito por CESARE BONESANA (1738-1794), también conocido como el Marqués de Beccaria, este autor italiano desarrollaba un programa completo de reforma al Derecho Penal basado en la idea de *prevención*. Así, en uno de los pasajes de su obra se lee:

«Es evidente que el fin de las penas no es atormentar y afligir a un ente sensible, ni deshacer un delito ya cometido (...) El fin, pues, no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales»⁶¹.

Pero se atribuye al jurista alemán PAUL JOHANN ANSELM VON FEUERBACH (1775-1833), la distinción clara desde el punto de vista teórico entre prevención general y prevención especial⁶². FEUERBACH vinculó la *prevención general* a la *conminación penal abstracta* (la realizada por el legislador en cada tipo penal concreto), haciendo de ella el centro de su sistema. La conminación penal tenía que producir *«prevención general a través de la*

⁶⁰ ROXIN, Claus: «Derecho...», Op. Cit., p. 85.

⁶¹ BECCARIA, Cesare: *«De los Delitos y de las Penas»*, Traducción de Juan Antonio de las Casas, tercera reimpresión, Alianza Editorial, Madrid, España, 1986, Pgs. 45 y 46.

⁶² JESCHECK, Hans-Heinrich: «Tratado...», Op. Cit., p. 98.

coacción psicológica» (antigua teoría de la intimidación)⁶³; la imposición de la pena sólo venía a demostrar que se pensaba realmente llevarla a la práctica.

FEUERBACH decía: «*si de lo que se trata es de impedir que se cometan infracciones jurídicas, debe existir junto a la coacción física otra clase de coacción cuyo efecto sea anterior al de la comisión del delito... Esta otra clase de coacción sólo puede ser una coacción psicológica*»⁶⁴.

Por tal motivo se considera a FEUERBACH como el principal representante de la teoría de la coacción psicológica⁶⁵ o, desde otra perspectiva, como el pionero de la teoría de la prevención general⁶⁶.

Posteriormente, apareció FRANZ VON LISZT (1851–1919), con una nueva teoría la de la *prevención especial*⁶⁷, la cual ha tenido gran repercusión internacional y ha producido una profunda transformación del sistema sancionatorio del Derecho Penal.

LISZT consideró al delincuente como el objeto central del Derecho Penal y a la pena como una institución que se dirige a su corrección, intimidación o aseguramiento⁶⁸. Sus ideas fundamentales son: «*La pena correcta, es decir, la justa es la pena necesaria. Justicia en Derecho Penal es el mantenimiento de la magnitud penal que requiere la idea de fin*»⁶⁹. De acuerdo con ello, es misión del Derecho Penal llamar la atención del delincuente ocasional no necesitado de corrección con una especie de «*advertencia*» para apartarle de futuros delitos, resocializar al delincuente de estado susceptible de corrección a través de la educación durante el tiempo de cumplimiento de la pena e inocuizar al delincuente habitual incorregible con la «*servidumbre penal*» por tiempo indeterminado.

⁶³ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes: «Derecho...», Op. Cit., p. 45.

⁶⁴ FEUERBACH, *Lehrbuch*, citado por JESCHECK, Hans-Heinrich: «Tratado...», Op. Cit., p. 100.

⁶⁵ MIR PUIG, Santiago: «Derecho...», Op. Cit., p. 56. MUÑOZ CONDE, Francisco: «Introducción...», Op. Cit., p. 34. BUSTOS RAMÍREZ, Juan: «Manual...», Op. Cit., 23.

⁶⁶ ROXIN, Claus: «Derecho...», Op. Cit., p. 89.

⁶⁷ BUSTOS RAMÍREZ, Juan: «Manual...», Op. Cit., 28.

⁶⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes: «Derecho...», Op. Cit., p. 45.

⁶⁹ LISZT, citado por JESCHECK, Hans-Heinrich: «Tratado...», Op. Cit., p. 100.

El planteamiento de LISZT traía consigo dos puntos de gran relevancia que, por lo demás, han influido en varios sistemas penales:

- a) Criticaba las penas cortas privativas de libertad por ineficaces y perjudiciales para el condenado, desde el punto de vista educacional; y,
- b) Proponía que se mejorara el sistema penitenciario.

2. Clasificación de las Teorías Relativas

Como lo que se pretende con las teorías relativas de la pena es procurar evitar la comisión de hechos delictivos futuros, es decir, prevenir la actividad delictiva, según si el énfasis, para abstenerse de delinquir, se pone en la comunidad o en el sujeto que ya delinquirió, se habla de *teoría de la prevención general* y *teoría de la prevención especial*, respectivamente⁷⁰.

a. Teoría de la Prevención General

La teoría de la prevención general no ve el fin de la pena en la retribución ni en su influencia sobre el autor del hecho punible, sino en la influencia sobre la comunidad⁷¹, que mediante las amenazas penales y la ejecución de la pena debe ser advertida e instruida sobre las prohibiciones legales y apartada de su violación⁷². En consecuencia, la pena debe actuar no *especialmente* sobre el condenado, sino *generalmente* sobre la comunidad⁷³. Por esta razón se habla de una teoría de la prevención general.

Con la teoría de la prevención general, la pena se dirige a los miembros de la colectividad para que ante la amenaza de ella, se abstengan de delinquir. En tal sentido, la pena actúa sobre la generalidad de la comunidad como amenaza. Y para que esa prevención no se convierta en un terror punitivo, la amenaza está limitada por una serie de principios que restringen el poder penal y hacen que la pena sea razonable y proporcional al delito cometido.

⁷⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes: «Derecho...», Op. Cit., p. 45.

⁷¹ WELZEL, Hans: «Derecho...», Op. Cit., p. 328. STRATENWERTH, Günter: «Derecho...», Op. Cit., p. 16.

⁷² ROXIN, Claus: «Derecho...», Op. Cit., p. 89.

⁷³ DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal y DE MATA VELA, José Francisco: «Curso...», Op. Cit., p. 246.

De no ser así, la prevención general por sí sola produce más perjuicio que beneficio⁷⁴.

La teoría de la prevención general nunca ha sido cuestionada como tal, sino en cuanto presenta un grave problema: su falta de límites⁷⁵. Así, la prevención general, se encuentra siempre ante el peligro de convertirse en terror penal estatal⁷⁶. Objeción que aparece reforzada por la abundancia de ejemplos históricos de utilización del Derecho penal con fines intimidatorios⁷⁷. Lo que lleva a la afirmación de que la prevención general puede conducir al terror penal del Estado. Por ello, en el análisis de la intimidación encaminada a lograr el efecto de prevenir la comisión de hechos delictivos se debe proporcionar, al menos en una aproximación teórica, un primer criterio de limitación de la intimidación ejercida, la proporcionalidad: *«la pena ha de ser proporcional a la gravedad del delito cometido, ha de guardar esta relación con el desvalor de la acción que quiere ser evitada»*⁷⁸.

Actualmente se distingue un aspecto negativo y uno positivo de la prevención general⁷⁹. Veamoslos brevemente.

⁷⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich: «Tratado...», Op. Cit., p. 103.

⁷⁵ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, et al: «Lecciones...», Op. Cit., p. 23. BUSTOS RAMÍREZ, Juan: «Manual...», Op. Cit., p. 24.

⁷⁶ ROXIN, Claus: «Derecho...», Op. Cit., p. 93.

⁷⁷ «A la prevención general», dice Jescheck, *«de falta, sino se limita por el principio de culpabilidad, un criterio proporcional que limite la gravedad de la pena a imponer, pues la misma lógica de la intimidación lleva a considerar que mientras mayor sea la gravedad de las penas que se imponen en atención a la impresión que produce en la generalidad mayor debe ser también su eficacia. Pero realmente no es la pena más grave, sino la pena más justa en relación con lo injusto del hecho y la culpabilidad del autor la que incide en la conciencia jurídica del pueblo como «fuerza configuradora de las costumbres»»*, JESCHECK, Hans-Heinrich: «Tratado...», Op. Cit., Pgs. 102 y 103.

⁷⁸ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, et al: «Lecciones...», Op. Cit., p. 24.

⁷⁹ ROXIN, Claus: «Derecho...», Op. Cit., p. 91. MIR PUIG, Santiago: «Derecho...», Op. Cit., p. 56.

a1) Prevención General Negativa

La prevención general entendida como intimidación –punto de vista acentuado por FEUERBACH⁸⁰–, *prevención general negativa*, pretende intimidar a aquellos sujetos que corren el peligro de cometer delitos⁸¹.

Ahora bien, existen personas con tendencia a la criminalidad que poco o nada les afecta la «intimidación» como tampoco la magnitud de la pena, a éstos les afecta el «riesgo de ser atrapados». De esto se concluye que no es la gravedad de la pena o inflación punitiva, como se exige ante «olas de criminalidad o de delincuencia»⁸², lo que atemorizará al delincuente, sino una intensificación efectiva de la investigación policial y la subsecuente persecución penal lo que puede tener éxito en la prevención general.

En efecto, las investigaciones delictivas se efectúan por dos razones básicas.

Primera: la policía tiene asignada la tarea amplia y compleja de garantizar el orden, la seguridad y la tranquilidad, que se asocia a la prevención de

⁸⁰ Sobre esta teoría se ha expresado lo siguiente: «La teoría de la prevención general negativa fue formulada por FEUERBACH a través de su teoría de la coacción psicológica, que concibe al individuo como un ser racional que es capaz de calcular las ventajas y los perjuicios que se deducen de la comisión de un delito en atención al castigo que puede sufrir». Así, SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón: «Conocimiento...», Op. Cit., p. 61. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes: «Derecho...», Op. Cit., p. 45.

⁸¹ A la prevención general negativa pertenece la intimidación y también el terror. Así, FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan: «Derecho...», p. 85.

⁸² En nuestra realidad sintetizan el terror penal del Estado tres ejemplos: (1º) la Ley Transitoria contra la Delincuencia y el Crimen Organizado (1996); (2º) las reformas a hechos delictivos que pueden alcanzar una pena de hasta setenta y cinco años (ver, por ejemplo, los artículos 45 N° 1 y 71, 129, etc., del CP), y, (3º) la tendencia secundada por el «Plan Mano Dura», y la efimera vigencia de la Ley Antimaras (2003), declarada inconstitucional por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, por sentencia pronunciada a las quince horas del día uno de abril de dos mil cuatro. Sobre esta declaratoria de inconstitucionalidad ver: «Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras», Sección de Publicaciones, Corte Suprema de Justicia, San Salvador, El Salvador, 2004.

crímenes⁸³. Cuando éstos ocurren, la policía debe cumplir con su responsabilidad ante la comunidad, investigando de inmediato el incidente específico bajo la dirección de la Fiscalía General de la República, a fin de que ésta pueda llevar a quien lo cometió ante un Tribunal, para que responda de su comportamiento (Arts. 159 Inc. 3° y 193 N° 3° Cn).

La segunda razón, aún más importante, es que la investigación, descubrimiento y arresto de un criminal, sirve como preventivo de otros crímenes; los cuales podrían ser cometidos en el futuro por ese criminal, si permaneciera libre.

a2) Prevención General Positiva

Cuando la prevención general busca estabilizar la confianza de la comunidad en el Derecho, se habla, entonces, de *prevención general positiva*⁸⁴, *estabilizadora* o *integradora*⁸⁵. Conforme a ello, señala ROXIN⁸⁶, «la pena tiene la misión de demostrar la inviolabilidad del ordenamiento jurídico ante la comunidad jurídica y así reforzar la confianza jurídica del pueblo». Actualmente se atribuye a este punto un significado mayor que el efecto intimidatorio.

En la prevención general positiva ROXIN⁸⁷ distingue a su vez tres fines y efectos distintos, así:

a) El efecto de *aprendizaje*, motivado social-pedagógicamente; el ejercicio en la confianza del Derecho que se origina en la población por la actividad de la justicia penal;

⁸³ En efecto, el Inc. 3° del Art. 159 Cn., dice: «La Policía Nacional Civil tendrá a su cargo las funciones de policía urbana y rural que garanticen el orden, la seguridad y la tranquilidad pública, así como la colaboración en el procedimiento de investigación del delito, y todo ello con apego a la ley y estricto respeto a los Derechos Humanos».

⁸⁴ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, et al: «Lecciones...», Op. Cit., p. 24. «Los orígenes de la idea de la prevención general positiva hay que encontrarlos en WELZEL y en su concepción de la función «ético-social del Derecho penal»». Así, SERRANO-PIEDRASAS FERNÁNDEZ, José Ramón: «Conocimiento...», Op. Cit. p. 66.

⁸⁵ MIR PUIG, Santiago: «Derecho...», Op. Cit., p. 56.

⁸⁶ ROXIN, Claus: «Derecho...», Op. Cit., p. 91.

⁸⁷ ROXIN, Claus: «Derecho...», Op. Cit., p. 91 y 92.

b) El efecto de *confianza* que surge cuando el ciudadano ve que el Derecho se aplica; y,

c) El efecto de *pacificación*, que se produce cuando la conciencia jurídica general se tranquiliza, en virtud de la sanción, sobre el quebrantamiento de la ley y considera solucionado el conflicto con el autor.

Sobre todo, dice ROXIN, al efecto de *pacificación*, mencionado en último lugar, se alude hoy frecuentemente para la justificación de reacciones jurídico-penales con el término de «*prevención integradora*».

Sin embargo, la fundamentación de la pena en la prevención general positiva, ha sido objeto de críticas al estimar que en realidad estamos en una actualización del pensamiento retribucionista, que sustituye la exigencia de la justicia por la desnuda exigencia funcionalista derivada del orden social.

El punto de partida ideológico de la teoría preventivo general está orientado, al contrario de la teoría de la retribución, a la misión de protección del Derecho Penal. Además tiene dos ventajas frente a la preventivo especial⁸⁸. En primer lugar, puede demostrar sin compromiso que incluso en ausencia del peligro de repetición del hecho no se debe renunciar totalmente a la pena⁸⁹; la sanción es necesaria porque los delitos que se quedan sin consecuencias para el autor, incitan a la imitación. Y en segundo lugar, el principio de la prevención general no tiende a sustituir descripciones claras del hecho (delitos) por pronósticos de peligrosidad vagos y arriesgados para el Estado de Derecho.

La objeción principal al planteamiento preventivo indica que todo delito demuestra la ineficacia de la prevención general, a lo que se contesta: su efectividad se muestra en el hecho de que, con independencia de toda criminalidad, la mayoría de la población se comporta de acuerdo con el Derecho; es decir, no delinque, delinque una minoría.

⁸⁸ En tal sentido, ROXIN, Claus: «Derecho...», Op. Cit., p. 92.

⁸⁹ En esto se asemeja al planteamiento del «*imperativo categórico*» kantiano. Ver en el Fundamento Ético: la formulación de Kant, sobre las teorías absolutas, supra.

b. Teoría de la Prevención Especial

La posición diametralmente opuesta a la teoría de la retribución se encuentra en la interpretación de que la misión de la pena consiste únicamente en *hacer desistir al autor de futuros delitos*⁹⁰. La prevención especial pretende evitar que aquel que ha delinquido vuelva a delinquir⁹¹, es decir, frente a la prevención general que pretende incidir sobre los restantes miembros de la comunidad, la prevención especial busca hacerlo sobre aquel que ya ha cometido un hecho delictivo, la prevención va dirigida al autor individual (de allí que sea denominada a veces también como *prevención individual*⁹²).

En tiempo de la Ilustración se perfeccionó la teoría independiente de la prevención especial, pero fue desplazada por la teoría de la retribución, siendo hasta finales del siglo XIX que la reavivó FRANZ VON LISZT⁹³ en su famoso *Programa de Marburgo*, quien consideró al delincuente como el objeto central del Derecho Penal y a la pena como un instrumento mediante el cual la prevención especial puede actuar de tres formas, así:

a) Frente al *delincuente habitual incorregible*, **asegurando** a la comunidad mediante el encierro de éstos; es decir, la inocuización del delincuente habitual de quien no se puede conseguir que desista ni que mejore;

b) Frente al *delincuente de ocasión* necesitado de corrección, la pena constituye un recordatorio, **intimidando** al autor para que no cometa futuros delitos; y,

c) Frente al *delincuente no ocasional pero corregible*, debe perseguirse la **corrección y resocialización** por medio de una adecuada

⁹⁰ WELZEL, Hans: «Derecho...», Op. Cit., p. 332.

⁹¹ STRATENWERTH, Günter: «Derecho...», Op. Cit., p. 14.

⁹² MIR PUIG, Santiago: «Derecho...», Op. Cit., p. 59.

⁹³ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes: «Derecho...», Op. Cit., p. 45.
DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal y DE MATA VELA, José Francisco: «Curso...», Op. Cit., p. 246.

ejecución de la pena, preservándole de la reincidencia mediante la corrección⁹⁴.

A la prevención especial se debe el gradual avance que el Derecho Penal ha tenido en el contenido punitivo, en concreto, sobre aspectos tales como:

a) La lucha contra las penas cortas privativas de libertad que desde el punto de vista resocializador son ineficaces y perjudiciales para el condenado (existiendo, por ejemplo, en nuestro Derecho positivo el reemplazo de la pena corta de prisión, Art. 74 CP);

b) La incorporación de las medidas de seguridad al arsenal punitivo del Estado, como segunda vía de reacción punitiva ante el delito (Arts. 93 y Sgts. CP). El sistema penal vigente queda configurado de esa manera como un sistema dualista o de la doble vía, que mantiene como consecuencias jurídicas del delito la pena y la medida de seguridad⁹⁵;

⁹⁴ LISZT, citado por WELZEL, Hans: «Derecho...», Op. Cit., p. 332. En igual sentido ROXIN, Claus: «Derecho...», Op. Cit. p. 86. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *et al*: «Lecciones...», Op. Cit., p. 24.

⁹⁵ Pero, hay que tener presente que, contrario a lo que disponía el sistema anterior, es decir, el Código Penal de 1974, no acumula penas y medidas de seguridad, sino que aplica alternativamente unas u otras y cuando aplica ambas a un mismo sujeto (pena y medida conjunta, Art. 95 CP), es decir, cuando se aplican combinadamente, se convierte en un sistema denominado *vicarial*. El sistema punitivo salvadoreño funciona así: a) cuando en el sujeto infractor no concurren circunstancias que alteran las condiciones normales de motivación por las normas, es decir, que se trata de un imputable, se aplican sólo penas; b) cuando el sujeto en el momento de ejecutar el hecho, no estuviere en capacidad de comprender lo ilícito de su conducta por: enajenación mental, grave perturbación de la conciencia o por desarrollo psíquico retardado o incompleto, que hacen declararlo exento de responsabilidad penal, en tales supuestos, se le pueden imponer alguna de las medidas de seguridad: de internación, tratamiento médico ambulatorio o de vigilancia; pero, se le aplican sólo medidas de seguridad; y, c) cuando no concorra totalmente alguno de los supuestos para excluirlo de responsabilidad penal, se le puede imponer además de la pena alguna de las medidas de seguridad. Es decir, se aplican ambas consecuencias jurídicas, pero debe cumplirse antes que la pena la medida de seguridad, pues, se entiende que ésta está encaminada directamente a intervenir sobre las circunstancias que dieron lugar a la conducta delictiva, y el término de su duración se computará como cumplimiento de ésta. Puede ordenarse la suspensión de la medida, cuando ya no sea necesaria, sin que pueda exceder el tiempo que correspondería a la pena. Si es cumplida la medida, puede suspender el cumplimiento del resto de la pena, si la ejecución de ésta pusiere en peligro los efectos resocializadores alcanzados por la medida. Así, todo el sistema se somete a la garantía de necesidad y de la proporcionalidad (Art. 4 y 5 CP), pues la medida de seguridad consistente en internación no podrá exceder del tiempo que hubiese podido durar la pena privativa de libertad que hubiere podido corresponder si el sujeto hubiere sido declarado responsable, o de la que corresponda a la pena de prisión impuesta, en los casos de exención parcial de responsabilidad. Este sometimiento al principio de proporcionalidad y de necesidad se introdujo con el Código Penal vigente a partir de 1998, en el Art. 5 CP antes citado.

c) Incorporación de instrumentos que posibilitan la no ejecución de la pena, en forma total, en el caso de delitos sancionados en concreto con pena de prisión que no exceda de tres años, siempre que las circunstancias personales del condenado, las del hecho y la duración de la pena lo permitan (suspensión condicional de la ejecución de la pena, Arts. 77 y 78 CP); y,

d) Potenciación de mecanismos como la libertad condicional ordinaria o anticipada (Arts. 85 y 86 CP), que permiten la ejecución parcial de la pena.

La teoría preventivo especial se guía por el *principio de resocialización*, cumpliendo con el cometido del Derecho Penal, pues se obliga a la protección del individuo y de la sociedad, pero al mismo tiempo ayuda al autor de un delito, es decir, no lo expulsa ni lo marca, sino lo integra. Evita así, al exigir un programa de ejecución, la estéril práctica del principio retributivo.

A esta forma de prevención responde la idea de que en las prisiones las penas deben tener una función de resocialización, presente en nuestra legislación (Art. 27 Inc. 3° Cn y 2 y 3 L. Pen.), aunque en la práctica tal propósito no llegue a hacerse realidad por diferentes razones.

La resocialización debe ser entendida como el objetivo de hacer participar o mejor, de volver a hacer participar de los valores de una sociedad a aquel a quien se ha impuesto una pena. La subsistencia de la pena de prisión es preferible con la idea de una relación personal tendente a la resocialización, que la injerencia que supone una ejecución de custodia y retribución. En tal sentido afirma BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: «*La renuncia a la resocialización implica un indudable paso atrás, una deshumanización de la ejecución que dejaría prácticamente en cero las posibilidades, que deben mantenerse, de que el recluso retorne a la sociedad. Renunciar a esta meta supone renunciar a cien años de evolución científica y constituye, en suma, la admisión legal de una pena cuyo contenido, al quedar cortadas otras posibilidades, sería únicamente de carácter meramente aflictivo*»⁹⁶. Nótese como esta crítica también es aplicable a la inflación punitiva, que ha propiciado en el ámbito

⁹⁶ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *et al*: «Lecciones...», Op. Cit., p. 25.

penal una constelación de reformas. Por ejemplo, habría que reflexionar sobre la siguiente interrogante: ¿Es o no una renuncia encubierta o de hecho a la resocialización la imposición de penas de prisión de hasta setenta y cinco años, según los Arts. 45 N° 1 y 71 CP? La respuesta en sentido afirmativo cae por gravedad, pues un cumplimiento tal se asemeja a una pena perpetua⁹⁷.

c. Crítica a la Prevención Especial

El optimismo de la prevención especial ha cedido en los últimos años, sobre todo ante las dificultades teóricas y prácticas que suscita la meta de la resocialización⁹⁸. Las principales objeciones están centradas en la premisa siguiente: la prevención especial no puede, por sí sola, justificar el recurso de la pena, porque (1) en algunos casos la pena no sería necesaria para la prevención especial, (2) en otros la pena no sería posible y, (3) en ocasiones la pena no sería lícita. La explicación que se da a cada una de las objeciones es la siguiente:

a) Casos en que la prevención especial sería innecesaria⁹⁹. Punto débil de la prevención especial es el hecho de que no se sabe qué hacer con los delincuentes que no están necesitados de resocialización¹⁰⁰. Con frecuencia los delincuentes primarios y ocasionales de pequeños delitos no manifiestan peligro de volver a delinquir¹⁰¹, como tampoco los delincuentes de hechos culposos, por lo que no son necesarias frente a ellos ni la intimidación, ni la resocialización, ni la inoctrinación. Tampoco sería necesaria la prevención especial cuando la situación del delincuente obedeció a estímulos y circunstancias que casi con seguridad no volverán a repetirse en la vida del individuo;

⁹⁷ Ver sobre la prohibición de las penas perpetuas (Art. 27 Cn.), la sentencia de 14-11-97, Inc. 15-96. Considerando IX 7, de la Sala de lo Constitucional. O, en su caso, la síntesis de ese fallo en GONZÁLEZ BONILLA, Rodolfo Ernesto, (compilador): *«Constitución y Jurisprudencia Constitucional»*, Sección de Publicaciones, Corte Suprema de Justicia, San Salvador, El Salvador, 2003, Pgs. 94 y 95.

⁹⁸ MIR PUIG, Santiago: «Derecho...», Op. Cit., p. 61.

⁹⁹ MIR PUIG, Santiago: «Derecho...», Op. Cit., p. 62.

¹⁰⁰ ROXIN, Claus: «Derecho...», Op. Cit., p. 89.

¹⁰¹ «Debería dejarse totalmente sin castigar al delincuente ocasional, que, tras haber vivido de un modo decente durante varios años haya sido descubierto». JESCHECK, Hans-Heinrich: «Tratado...», Op. Cit., p. 103.

b) Casos en que la prevención especial no sería posible¹⁰². El delincuente habitual no puede a veces ser resocializado, y tampoco le hace mella la intimidación de la pena; sus delitos no son a menudo lo suficientemente graves como para que parezca razonable un apartamiento suficiente de la sociedad.

c) Casos en que la prevención especial puede resultar ilícita¹⁰³. La resocialización que puede aparecer como la única forma útil de prevención especial, puede no resultar lícita. Frente a los delincuentes por convicción¹⁰⁴, políticos, terroristas, no cabe intentar la persuasión por la fuerza del tratamiento, pues en un Estado democrático la resocialización no debe ser obtenida contra la voluntad del penado. La resocialización ha de suponer la libre aceptación por parte del recluso¹⁰⁵.

Pese a ello sería absurda la impunidad del sujeto.

d. Resumen

En tanto la teoría de la prevención especial sigue el principio de resocialización, que entre sus partidarios se encuentra en primer plano, sus méritos teóricos y prácticos resultan evidentes. Cumple extraordinariamente bien con el cometido del Derecho Penal, en cuanto se obliga exclusivamente a la protección del individuo y de la sociedad, pero al mismo tiempo quiere ayudar al delincuente, es decir, integrarlo; con ello cumple mejor que cualquier otra teoría las exigencias del principio personal del Estado (Art. 1 Cn).

La prevención especial es una finalidad acorde con las exigencias del Estado Constitucional de Derecho, pese a que está en relativa contradicción con la idea de resocialización, pero a pesar de ello, no es pensable, en nuestro

¹⁰² MIR PUIG, Santiago: «Derecho...», Op. Cit., p. 62.

¹⁰³ MIR PUIG, Santiago: «Derecho...», Op. Cit., p. 62.

¹⁰⁴ Ver VIQUEZ JIMÉNEZ, Mario A.: «*Delincuente por Motivación Política y Acción Penitenciaria*», en Revista Judicial N° 33, San José, Costa Rica, 1985, p. 123. A tales efectos hay que tomar en cuenta la referencia al «delito político y delito común conexo con delitos políticos», a que alude el Art. 21 CP.

¹⁰⁵ «¿De dónde surge un derecho a educar contra su voluntad a personas adultas?». BUSTOS RAMÍREZ, Juan: «Derecho...», Op. Cit., p. 28.

momento histórico, la renuncia a la prisión como pena¹⁰⁶. Tal contradicción ha de ser paliada a través de una utilización más restringida y por medio de variaciones sustanciales en su contenido¹⁰⁷.

C. TEORÍAS ECLÉCTICAS

Las críticas a cada una de las posiciones extremas en la forma de concebir la finalidad de la pena, esto es, como realización de la justicia (*teoría retributiva*); como protección de la sociedad a través de la amenaza penal dirigida a la colectividad (*prevención general*); y, como protección de la sociedad resocializando y evitando la reincidencia del delincuente (*prevención especial*), están dirigidas a combatir la exclusividad que cada una de ellas se atribuye. No es por ello de extrañar que, ante los vacíos que cada concepción dejara, se abriera paso a una *dirección ecléctica de la pena* a principios del Siglo XIX¹⁰⁸, que desde entonces ha venido constituyendo la opinión dominante en la doctrina.

El planteamiento más generalizado del eclecticismo teórico de la pena entiende que la retribución, la prevención general y la especial son distintos aspectos de un fenómeno complejo como la pena.

Las *teorías eclécticas*¹⁰⁹, que como hemos anticipado, son también conocidas como: *teorías mixtas*, *unificadoras* o *de la unión*, consisten en una *combinación* de las concepciones funcionales de la retribución, la prevención especial y la prevención general que como fines de la pena se persiguen simultáneamente.

1. Direcciones de las Teorías Eclécticas

Es común a las distintas teorías eclécticas asignar al Derecho Penal la función de protección de la sociedad. A partir de esta base de acuerdo, las opiniones se separan, distinguiéndose dos grandes direcciones¹¹⁰:

¹⁰⁶ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *et al*: «Lecciones...», Op. Cit., p. 26.

¹⁰⁷ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *et al*: «Lecciones...», Op. Cit., p. 26.

¹⁰⁸ Así, MIR PUIG, Santiago: «Derecho...», Op. Cit., p. 63.

¹⁰⁹ Así, JESCHECK, Hans-Heinrich: «Tratado...», Op. Cit., p. 103.

¹¹⁰ Así, MIR PUIG, Santiago: «Derecho...», Op. Cit., Pgs. 63 y 64.

a. Directriz «Conservadora»

La primera, considera que la protección de la sociedad ha de *basarse en la retribución justa* y en la determinación de la pena conceden a los fines de prevención un papel complementario, dentro del marco de la retribución; se trata, pues, de una posición «*conservadora*». Para esta dirección el Derecho Penal está llamado a cumplir una doble función, no sólo de protección de la sociedad, sino también de realización de la justicia.

b. Directriz «Progresista»

La segunda, invierte los términos, es decir, fundamento de la pena es la defensa de la sociedad (protección de bienes jurídicos y reincorporación del delincuente a la sociedad), y a la retribución (con éste u otro nombre) corresponde únicamente la función de límite máximo de las exigencias de la prevención, impidiendo que conduzcan a una pena superior a la merecida por el hecho cometido. Pero a diferencia de la primera posición, ésta permitiría disminuir o incluso prescindir de la pena por debajo de lo que exigiría la retribución; se trata, pues de una posición «*progresista*». Para esta dirección al Derecho Penal sólo compete la función de protección de la sociedad.

c. Directriz «Integral»

En las formulaciones más recientes de las teorías eclécticas se las trata más bien como fines de igual rango. De esta manera, las teorías de la unión intentan mediar entre las teorías absolutas y las relativas, pero no a través de la simple adición de ideas contrapuestas¹¹¹, sino a través de la reflexión práctica de que la pena en la realidad de su aplicación (*retribución*) frente al afectado

¹¹¹ Al efecto se ha dicho: «Una teoría mixta de este tenor parte del correcto entendimiento de que ni la teoría de la retribución ni ninguna de las teorías preventivas pueden determinar justamente por sí solas el contenido y los límites de la pena. Pero le falta el fundamento teórico en cuanto sus defensores se contentan con poner sencillamente uno al lado del otro, como fines de la pena, la compensación de la culpabilidad y la prevención especial y general. Una «teoría unificadora aditiva», de este cariz no colma las carencias de las diferentes opiniones particulares, sino que las suma y conduce sobre todo a un ir y venir sin sentido entre los diferentes fines de la pena, lo cual imposibilita una concepción unitaria de la pena como uno de los medios de satisfacción social». Así, ROXIN, Claus: «Derecho...», Op. Cit., Pgs. 94 y 95.

por ella (*prevención especial*) y frente a su mundo circundante (*prevención general*) siempre desarrolla la totalidad de sus funciones¹¹².

2. La Dialéctica como Método de las Teorías Eclécticas

Con las teorías eclécticas lo que interesa es reunir todos los fines de la pena en una relación equilibrada (*método dialéctico*)¹¹³, aunque, al presentarse las inevitables «*antinomias de los fines de la pena*», haya que inclinarse por uno u otro principio¹¹⁴; para el caso, un conflicto entre prevención general y especial se puede producir allí donde ambos fines perseguidos exigen diferentes cuantías de la pena, ya sea que se cumpla o no totalmente la pena, se obtiene un beneficio preventivo, por una parte, a cambio de un sacrificio también preventivo, por otra. Verbigracia: un sujeto que ha cometido un homicidio simple, según el Art. 128 CP, puede ser sancionado en abstracto a una pena de prisión de diez a veinte años; supongamos que, en concreto, en la sentencia se le impone una condena de quince años de prisión, este sujeto puede cumplir totalmente la pena u obtener su libertad cumpliéndola parcialmente, si ha cumplido las dos terceras partes de la condena impuesta (es decir, diez años, primer requisito de la libertad condicional, Art. 85 CP) o la mitad de ella (siete años con seis meses, primer requisito de la libertad condicional anticipada, Art. 86 CP). En un caso así, es necesario sopesar ambos fines (preventivo general y preventivo especial) y ponerlos en un grado de prelación, teniendo preferencia la prevención especial, la cual no excluye los efectos preventivos generales de la pena¹¹⁵.

Por el contrario, la prevención general domina, sin embargo, las conminaciones penales y justifica por sí sola la imposición de una pena en caso de falta de fines preventivo especiales, mientras que no se puede dar una pena

¹¹² Así, JESCHECK, Hans-Heinrich: «Tratado...», Op. Cit., p. 103.

¹¹³ ROXIN, Claus: «Derecho...», Op. Cit., p. 95.

¹¹⁴ Situación que ha dado lugar a diversas matizaciones entre estas mismas teorías, ya por inclinarse en el aspecto retributivo (teorías unificadoras retributivas) o por balancearse hacia el aspecto preventivo (teoría unificadora preventiva). Así, ROXIN, Claus: «Derecho...», Op. Cit., Pgs. 93 y 95.

¹¹⁵ Es decir, cuando ambos fines entran en contradicción el uno con el otro, el fin preventivo general sucumbe y el fin especial de resocialización se coloca en el primer lugar. Pues la resocialización es, en materia punitiva, un imperativo constitucional (Art. 27 Inc. 3º Cn.).

preventivo especial sin intención preventivo general alguna, a pesar de la dominación absoluta del fin de socialización en la ejecución¹¹⁶.

El surgimiento de un aparente conflicto entre los fines de la pena, con base en las teorías eclécticas, puede ser explicado de la siguiente manera:

a) Se une la prevención general con la justa retribución de acuerdo con la experiencia de que únicamente la pena limitada en su gravedad por la culpabilidad puede tener una eficacia intimidatoria en sentido socio-pedagógico. Por ejemplo, volviendo al Homicidio Simple, tipificado en el Art. 128 CP, notamos que esta conducta típica tiene una pena de prisión mínima de 10 años y una máxima de 20 años, norma que, con esa escala penal, cumple necesariamente con el *aspecto preventivo general de la pena*, pero que no es suficiente para imponerla automáticamente cuando se realiza tal conducta prohibida. Al desvalor del hecho delictivo cometido debe unirse la justa retribución punitiva en el caso concreto conforme a los Arts. 5 Inc. 1° y 63 CP, *aspecto retributivo de la pena*, que debe realizar el juzgador fijando la medida punitiva que se deba imponer, sin pasar del límite mínimo ni del máximo (Art. 62 Inc. 2° CP)¹¹⁷, razonando además los motivos que justifican el monto de la pena que imponga, pero, sobre todo, estimando el *quantum* de ella en forma *proporcional a la culpabilidad* del autor, de ahí que inevitablemente para arribar a una medida justa de la pena, deba tomarse en cuenta, siguiendo el Art. 63 CP, especialmente: (1) la extensión del daño y del peligro efectivo provocados, (2) la calidad de los motivos que impulsaron al autor a cometer el hecho, (3) la mayor o menor comprensión del carácter ilícito del hecho, (4) las circunstancias que rodearon al hecho y, especialmente, las económicas, sociales y culturales del autor, así como (5) las circunstancias atenuantes o agravantes, cuando la ley no las considere como elementos del tipo penal o como circunstancias especiales de la autoría;

¹¹⁶ Así, ROXIN, Claus: «Derecho...», Op. Cit., p. 98.

¹¹⁷ Es en el momento de *determinación judicial de la pena* en donde resulta más difícil conciliar las exigencias de justicia, prevención general y prevención especial. El Juez ha de contar con criterios que permitan dicha conciliación (Art. 63 CP). En la doctrina alemana prevalece la llamada «teoría del espacio de juego», según la cual la culpabilidad obliga a imponer la pena dentro de un margen (espacio de juego) que oscila entre un máximo y un mínimo (Art. 62 CP), pero la fijación de la medida exacta de la pena dentro de dicho «espacio de juego» debe hacerse con arreglo a las exigencias de prevención especial, salvo cuando excepcionalmente lo impida la prevención general. En ese sentido, CRESPO, Eduardo Demetrio: «*Notas sobre la Dogmática de la Individualización Judicial de la Pena*», en Revista Justicia de Paz, N° 12, año V - Vol. II, mayo - agosto, 2002, Pgs. 1 a 22.

b) La retribución no se entiende simplemente como humillación del condenado, sino como una intervención moderada, que debe conciliar al delincuente con la comunidad. Precisamente por ello, la pena no puede exceder el desvalor que corresponda al hecho realizado por el autor y debe ser proporcional a su culpabilidad (Art. 63 Inc. 1º CP); y, finalmente,

c) Toda pena debe configurarse de tal modo que pueda tener un efecto resocializador siempre que ese efecto sea posible y necesario; y para poder cumplir con ese fin puede reducirse el marco penal correspondiente al grado de culpabilidad sin que, desde luego, la pena pierda su relación con la culpabilidad que es su fundamento; por el contrario, la pena correspondiente al grado de culpabilidad nunca debe ser agravada por razones de prevención general o especial. A tal efecto, ha de tenerse presente el principio de necesidad, cuyo enunciado expreso dice: «*Las penas y medidas de seguridad sólo se impondrán cuando sean necesarias y en forma proporcional a la gravedad del hecho realizado*» (Art. 5 Inc. 1º CP).

Puede observarse que el método dialéctico de la pena atiende a la función que ésta cumple en cada fase de la realización del poder punitivo del Estado. Por tanto, se limita a centrar la problemática en cada momento esencial de la vida de la pena¹¹⁸: la *conminación legal* (momento abstracto), la *aplicación judicial* (momento concreto) y la *ejecución de la condena* (momento de ejecución).

Pero el punto de partida, enfatiza ROXIN¹¹⁹, de toda teoría moderna de la pena debe basarse en el entendimiento de que el fin de la pena sólo puede ser de tipo preventivo¹²⁰. Por eso propone la teoría unificadora preventiva «*dialéctica*» o «*teoría dialéctica de la unión*», según la cual la prevención

¹¹⁸ Así, MIR PUIG, Santiago: «Derecho...», Op. Cit., p. 66.

¹¹⁹ ROXIN, Claus: «Derecho...», Op. Cit., p. 95.

¹²⁰ Esto lleva al Profesor Roxin a poner énfasis en que: «*la función de una teoría mixta o unificadora capaz de sostenerse en las condiciones de hoy en día consiste en anular, renunciando al pensamiento retributivo, los posicionamientos absolutos de los respectivos y, por lo demás, divergentes planteamientos sobre la pena; de tal forma que sus aspectos acertados sean conservados en una concepción amplia y que sus deficiencias sean amortiguadas a través de un sistema de recíproca complementación y restricción. Se puede hablar aquí de una teoría unificadora preventiva «dialéctica», en cuanto a través de semejante procedimiento las teorías tradicionales, con sus objetivos antitéticos, se transforman en una síntesis*». ROXIN, Claus: «Derecho...», Op. Cit., p. 95.

especial y la prevención general deben figurar *conjuntamente* como fines de la pena. Puesto que los hechos delictivos pueden ser evitados tanto a través de la influencia sobre el particular como sobre la colectividad. De esa manera, la persecución simultánea del fin preventivo general y especial no es problemática donde la pena declarada en la sentencia concreta es adecuada para alcanzar ambos fines tan eficazmente como sea posible. Tampoco encuentra dificultades allí donde, en el caso concreto, la sanción sólo se basa en el componente preventivo general de la pena porque no existe peligro alguno de reincidencia. Pues el fin preventivo de la pena también persiste cuando no se requiere una prevención desde todos los puntos de vista al mismo tiempo.

El significado de la prevención general y especial se acentúa también de forma diferenciada en el proceso de aplicación del Derecho Penal. Dialécticamente la pena funciona en tres fases¹²¹: la fase legislativa, la fase judicial y la fase de ejecución.

a. La Fase Legislativa

En la *fase legislativa* la pena, a nivel de la conminación penal abstracta, tiene una *función preventiva general*, es el momento de la amenaza penal, o sea, el legislador prohíbe una conducta amenazándola con una pena, con la cual se intimida a los miembros de la comunidad, para que se abstengan de realizar la conducta prohibida. La función de la pena en este momento legislativo es la protección de bienes jurídicos, protección que sólo podrá buscarse a través de la prevención general de los hechos que atenten contra tales bienes. Al ser la ley anterior al delito, no podría ser medio de retribución del mismo, ni de prevención especial del delincuente. La ley penal sólo puede, pues, dirigirse a la colectividad intentando la prevención general, pero no como finalidad vacía, sino sólo como instrumento al servicio de la función de protección de bienes jurídicos.

b. La Fase Judicial

En la *fase judicial*, es decir, en el momento de la aplicación y determinación concreta de la pena a imponer al autor de un delito, que a pesar de

¹²¹ ROXIN, Claus: "Derecho..."; Op. Cit., p. 97.

aquella amenaza e intimidación general, llegó a cometer el hecho prohibido, entonces a éste debe aplicársele, dentro del *espacio de juego*, la pena prevista para ese hecho, predominando en su aplicación la idea de retribución (a pesar de la renuncia de un *criterio retributivo*, un elemento decisivo de la teoría de la retribución debe pasar a formar parte de la teoría preventiva mixta: el principio de culpabilidad, como medio de limitación de la pena), hay que tomar en consideración en la misma medida las necesidades preventivas especiales y generales. Con otras palabras, en el momento de aplicación judicial la pena sirve de complemento a la función de prevención general propia de la conminación legal: la imposición de la pena por el juez es la confirmación de la seriedad de la amenaza abstracta expresada en la ley. Pero en la medición de la pena el juez debe someterse a una limitación: la pena no puede sobrepasar la culpabilidad del autor; y,

c. La Fase Ejecutiva

En la *fase ejecutiva* se pretende, junto a la confirmación de la intimidación general que supone el cumplimiento efectivo de la pena con que se amenaza en el tipo penal, la *intimidación particular* (prevención especial) y el aseguramiento del condenado y, en su caso, sobre todo en la ejecución de las penas privativas de libertad, su reeducación y resocialización¹²².

Explica ROXIN¹²³, que su propuesta no puede interpretarse en el sentido de que los fines de la pena sobre los diferentes estadios de la aplicación del Derecho Penal permitan dividirse con una nítida separación. No se trata de una tajante distinción por fases, sino de una ponderación diferenciada.

Hay que agregar, finalmente, que las teorías eclécticas han sido el resultado de una larga polémica política y científica. Se caracterizan por una concepción pluridimensional de la pena, que se orienta en la idea de retribución¹²⁴, pero no se limita a ella.

¹²² JESCHECK, Hans-Heinrich: «Tratado...», Op. Cit., Pgs. 111 y 112.

¹²³ ROXIN, Claus: «Derecho...»; Op. Cit., p. 97. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes: «Derecho...», Op. Cit., p. 47.

¹²⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes: «Derecho...», Op. Cit., p. 45.

D. LOS FINES DE LA PENA EN EL DERECHO PENAL SALVADOREÑO

Lo que doctrinalmente se ha dicho de la pena habrá que tenerlo en cuenta analizando lo estipulado en los cuerpos legales que la regulan en nuestro Derecho: la Constitución de la República, la Ley Penitenciaria y el mismo Código Penal, para aproximarnos a la comprensión de la función y fin que se le asigna a la misma en nuestro Orden Jurídico.

Pese a que en el Código Penal se echa de menos una referencia expresa a los fines de la pena, no ocurre lo mismo en la Constitución de la República que en el inciso 3° del Art. 27 Cn., dice:

«El Estado organizará los centros penitenciarios con el objeto de corregir a los delincuentes, educarlos y formarlos en hábitos de trabajo, procurando su readaptación y la prevención de los delitos».

En la Ley Penitenciaria los Arts. 2 y 3 Inc. 1°, por su orden, disponen:

«Finalidad de la ejecución. Art. 2. *La ejecución de la pena deberá proporcionar al condenado condiciones favorables a su desarrollo personal, que le permitan una armónica integración a la vida social al momento de recobrar su libertad».*

«Función de las instituciones penitenciarias. Art. 3. *Las instituciones penitenciarias establecidas en la presente Ley, tiene por misión fundamental procurar la readaptación social de los condenados y la prevención de los delitos...».*

Tomando como premisas esas disposiciones es posible colegir, salvo mejor criterio, que el concepto de pena de las teorías eclécticas es también el concepto de pena acogido por el Derecho Penal Salvadoreño vigente.

En primer lugar, en el Código Penal, catálogo por excelencia del aspecto preventivo general, se conmina de manera abstracta y general, y dentro de un espacio de juego entre un mínimo y un máximo indicado en cada tipo penal de la Parte Especial, la pena que se asigna a cada conducta que se pretende evitar (verbigracia: el Homicidio Simple, tipificado en el Art. 128 CP,

con un mínimo de diez años y un máximo de veinte; pueden consultarse otros, como el Aborto consentido y propio, Art. 133 CP; el delito de Lesiones, Art. 142 CP; el Secuestro, Art. 149 CP; el delito de Violación, Art. 158 CP; etc.). Ahora bien, pese a que la prevención general no se menciona expresamente en el Código, ésta es deducible de su contexto punitivo, en el cual está implícito que el efecto intimidatorio de la pena es un fin evidente de la misma desde el punto de vista preventivo general;

En segundo lugar, por cuanto que en el Art. 63 Inc. 1º CP, se hace de la culpabilidad el fundamento proporcional en la determinación de la pena que deba imponerse al autor de un hecho punible;

En tercer lugar, porque en los Arts. 85 número 2 y 86 CP, que regulan, en general, la libertad condicional, se exige expresamente, entre otros requisitos, la consideración de los efectos resocializadores que ha producido la pena durante su cumplimiento, tales como haber observado buena conducta o haber desarrollado actividades laborales, culturales, ocupacionales, etc. que favorezcan la «*reinserción social*», con lo cual se determina lo que cabe esperar para la vida futura del delincuente en la sociedad.

En cuarto lugar, no puede ignorarse que el Código Penal, en coherencia con el postulado constitucional resocializador (Art. 27 Inc. 3º Cn), contiene una tendencia predominante hacia los efectos preventivos de la pena¹²⁵. En efecto, la tendencia hacia la prevención, concretamente hacia la prevención especial, ha sido consecuente con criterios político criminales contemporáneos y diseminada en el Código en varias de sus disposiciones. Así, por ejemplo:

- a) La pena privativa de libertad unitaria (Art. 47);
- b) La limitación a no ejecutar y, en su caso, reemplazar las penas cortas privativas de libertad (Arts. 74 y 75), pues las penas cortas privativas desde el punto de vista educacional son ineficaces y perjudiciales para el condenado;
- c) La genérica agravación en caso de reincidencia (Art. 30 número 16);
- d) La generosa configuración de la suspensión condicional –ordinaria y

¹²⁵ Circunstancia que nos aproxima a la teoría unificadora preventiva dialéctica o teoría dialéctica de la unión, según la cual la prevención especial y la prevención general deben figurar conjuntamente como fines de la pena.

extraordinaria– de la pena (Arts. 77, 78 y 84), cuya finalidad no es la de dejar, por razones de prevención general o especial, sin reacción estatal un delito cometido, sino la de no aplicar la pena al delincuente para evitarle el mal que ésta lleva implícito, mientras que se mantiene con intensidad suficiente la eficacia preventiva general que suponen la declaración de culpabilidad y el pronunciamiento de la condena, a las que se acompañan determinadas obligaciones;

- e) La libertad condicional –regular o anticipada– (Arts. 85 y 86); y,
- f) La inclusión del perdón judicial (Arts. 82 y 372); y,
- g) Por último, esta evolución se continúa con penas distintas a la pena de prisión. Por ejemplo: arresto de fin de semana (Art. 49); arresto domiciliario (Art. 50); multa y modificación de la misma (Arts. 51, 53 y 54); prestación de trabajos de utilidad pública (Art. 55); en la amonestación previa al perdón judicial en los juicios por faltas (Art. 372), y la ampliación de las medidas de seguridad, que pese a no ser penas se aplican a sujetos inimputables por la comisión de un injusto o ilícito penal, (Art. 93).

Como se podrá observar, la idea básica del sistema de Justicia Penal salvadoreño es una relación equilibrada entre prevención general, retribución de la culpabilidad y prevención especial. Es decir, la pena en el Ordenamiento Jurídico nuestro atiende una función distinta en cada fase de realización del poder punitivo del Estado. En la fase legislativa la pena, a nivel de conminación penal, tiene una función preventiva general; en la fase judicial, esto es, en el momento de la aplicación y determinación de la pena a imponer al autor de un hecho punible, esa función preventiva general se limita con el criterio retributivo basado en la culpabilidad; y en la fase ejecutiva se pretende, junto a la confirmación de la intimidación general que supone el cumplimiento efectivo de la pena con que se amenazaba en el tipo penal, la intimidación particular y el aseguramiento del condenado y, en su caso, sobre todo en la ejecución de las penas privativas de libertad, su resocialización.

E. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

1. Introducción

Ya se ha señalado que nuestro Código Penal prevé junto a las penas también medidas de seguridad, sistema de sanciones conocido como de la doble vía o dualista¹²⁶.

La medida de seguridad constituye la segunda consecuencia jurídica del delito, en importancia. Su significado actual es inseparable del delito y de la pena. Repárese en que a tenor de la discusión de las teorías de la pena se comprende asimismo por qué un Derecho Penal obligado con el principio de culpabilidad necesita la segunda vía de las medidas de seguridad. Esto es así, porque si el delito representa el ataque más grave contra la convivencia social, y la pena su consecuencia jurídica primordial cuando el autor del mismo es una persona plenamente responsable¹²⁷, la medida de seguridad trata básicamente de evitar el delito de quien carece de capacidad de culpabilidad y no puede, en consecuencia, ser hecho responsable imponiéndosele una pena.

En tal sentido, el planteamiento de la doble vía hay que sintetizarlo así: mientras la pena tiene siempre como presupuesto la culpabilidad del autor y queda por ella limitada, la medida de seguridad es independiente de la culpabilidad y se fundamenta tan sólo en la peligrosidad del sujeto en orden a su conducta futura¹²⁸.

Con basamento en lo anterior es que en el Derecho Penal moderno sólo se imponen penas al autor *capaz de responsabilidad* (culpabilidad) y en proporción a la gravedad del delito. Pero, como quiera que la conducta de un enfermo mental que, por ejemplo, comete un homicidio, muestra que se trata

¹²⁶ Las limitaciones al poder punitivo que comporta el principio de culpabilidad determinan que el Derecho Penal no pueda cumplir su función con la pena como única consecuencia jurídica del delito. Así, ROXIN, Claus/ARZT, Günter/TIEDEMANN, Klaus: «Introducción...», Op. Cit., p. 24.

¹²⁷ Es decir, la pena presupone inexcusablemente culpabilidad del autor en el delito cometido. Así, LUZON PEÑA, Diego-Manuel: «Curso...», Op. Cit., p. 54.

¹²⁸ Así, ROXIN, Claus/ARZT, Günter/TIEDEMANN, Klaus: «Introducción...», Op. Cit., p. 24.

de un sujeto peligroso (aunque no culpable), a quien no se le puede imponer y hacerle cumplir por esa razón una pena sin más, junto a las penas aparecen las llamadas medidas de seguridad, como alternativa y complemento de la pena (Arts. 93 y 27 N° 4 CP).

2. Aspectos Básicos de las Medidas de Seguridad

En este apartado se aproximará una explicación que nos oriente sobre el contenido no sólo formal sino material de las medidas de seguridad, para poder hacerlo es necesario entonces precisar algunos aspectos básicos que aparecen involucrados en las medidas de seguridad, sin cuyo esclarecimiento es casi imposible intentar cualquier aproximación.

a. Concepto

Formalmente, haciendo una integración de las distintas normas sobre la materia, se entiende por medida de seguridad *«la consecuencia jurídica imponible por el ordenamiento jurídico a quien ha transgredido la ley penal en situación de inculpabilidad, atendida su inimputabilidad»*¹²⁹.

Las medidas de seguridad son consecuencias jurídicas de un hecho punible que consisten, entonces, esencial y realmente, en intervenciones en los derechos del individuo privativas de libertad unas (como la internación; Art. 93 Inc. 2° CP) o restrictivas de otros derechos (restricción domiciliaria, fijación de reglas de conducta o controles periódicos que determine el Juez, Art. 93 Inc. 4° CP).

¹²⁹ Cuando el sujeto adolece de un trastorno psíquico que no excluye del todo la responsabilidad. Aquí tiene cabida la denominada capacidad de culpabilidad disminuida. Tal capacidad no resulta excluida de pena a consecuencia de la perturbación psíquica, entonces, se aplican ambas consecuencias jurídicas en forma conjunta, pero se impone primero la medida de seguridad como respuesta penal al presentarse los presupuestos a que alude el Art. 95 Inc. 2° en concordancia con el Art. 27 N° 4 CP. La capacidad de culpabilidad disminuida constituye una clase de capacidad de culpabilidad y se prevé por ello una atenuación facultativa de sustitución de la pena por una medida. El fundamento puede radicar en que no parece justo que sujetos con una capacidad de comprensión disminuida sean tratados como plenamente sanos.

b. Justificación

Las medidas de seguridad al igual que las penas requieren de una justificación. Lo decisivo para ello debe ser la idea de que la libertad, que la Constitución de la República garantiza a todo ciudadano (Arts. 1 Inc., 3º, 2 Inc. 1º, 4, etc.), no es una libertad absoluta, es una «libertad vinculada a la comunidad»¹³⁰. Quien no posee la capacidad de comportarse en la comunidad sin poner en peligro gravemente a otros, debe aceptar *necesariamente* restricciones a su libertad en interés de la seguridad de todos¹³¹. Por consiguiente, las medidas coinciden con una ineludible necesidad social¹³².

c. Fundamento

Las únicas medidas que interesan en Derecho Penal son aquellas que resulten aplicables a quienes, de haber tenido plena capacidad de culpabilidad, habrían sido sometidos a la imposición de una pena¹³³. Por lo tanto, está proscrito en el Derecho Penal recurrir a las medidas de seguridad *post-delictuales*, que se fundan en la probabilidad de que una persona que ya ha cometido un delito vuelva a delinquir en el futuro; así como también las medidas de seguridad *pre-delictuales*, que se fundan en la probabilidad de que una persona que no ha delinquido, pero peligrosa, cometa un delito.

d. Finalidad

A diferencia de la controversia suscitada en ese punto en el ámbito de las penas, como ya se vio, en materia de medidas de seguridad poco se discute el carácter preventivo que se les asigna. El fin de las medidas de seguridad es, por tanto, de tipo preventivo¹³⁴. Dentro del mismo, su cometido primario

¹³⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich: «Tratado...», Op. Cit., p. 116.

¹³¹ En doctrina se habla de teorías que niegan las medidas de seguridad por ilegítimas y teorías que justifican las mismas por legítimas. Entre éstas aparece una justificación triple: a) se justifican por tratarse de instrumentos necesarios para el individuo y la sociedad (criterio de necesidad); b) o por razones de justicia (criterio de justicia); y, c) por cuestiones de mera utilidad (criterio de utilidad). Así, VELÁSQUEZ VELÁZQUEZ, Fernando: «Derecho...», Op. Cit., p. 98.

¹³² ROXIN, Claus: «Derecho...», Op. Cit. Pgs. 43 y 104.

¹³³ CUELLO CONTRERAS, Joaquín: «El Derecho...», Op. Cit., p. 108.

¹³⁴ Tanto MIR PUIG, Santiago: «Derecho...», Op. Cit., Pgs. 69 y 70, como VELÁSQUEZ VELÁZQUEZ, Fernando: «Derecho...», Op. Cit., p. 100, hablan de la función de las medidas de seguridad; en tanto que ROXIN, Claus: «Derecho...», Op. Cit. p. 104, habla de finalidad.

es en todo caso preventivo especial porque, con la ayuda de la medida de seguridad, se trata de evitar futuros actos delictivos del afectado por ella¹³⁵.

e. Sistemas

En Derecho Penal, ya hemos apuntado, existen tres sistemas básicos sobre las consecuencias jurídicas, según se limiten a una de ellas, se alternen o combinen.

e1) Sistema Monista

El *sistema monista* constituye una expresión simplificadora en Derecho Penal, que propugna, en definitiva, porque se utilicen o únicamente las penas o únicamente las medidas de seguridad, pero no ambas.

Al Derecho Penal, por tanto, o sólo pertenece como consecuencia jurídica la pena o sólo las medidas de seguridad, si se optara por imponer como única consecuencia medidas de seguridad, éstas, obviamente, sustituirían a las penas en el Derecho Penal tradicional.

e2) Sistema Dualista

El *sistema dualista*, posibilita como reacción ante el delito, en un correcto planteamiento político criminal, penas y medidas de seguridad¹³⁶: la pena fundada en la culpabilidad y la medida de seguridad en la peligrosidad.

¹³⁵ El fin de la pena y de las medidas de seguridad no se diferencian en su esencia. Así, ROXIN, Claus: «Derecho...», Op. Cit. Pgs. 104 y 106.

¹³⁶ El sistema «dualista», también conocido como «binario», puede asumir dos modalidades: a) sistema dualista acumulativo, cuando la medida de seguridad se aplica como complemento de la pena a delinquentes (por ejemplo, la establecida en el Art. 110 Ordinal 7º del Código Penal derogado); b) sistema dualista disyuntivo: cuando el autor del hecho delictivo es imputable o inimputable, y en tal calidad es condenado a una pena o a una medida de seguridad. No hay en este caso acumulación de penas y medidas, ni sustitución de unas por otras. Tales medidas se destinan para inimputables que realicen un injusto penal y tienen por eso un carácter posdelictual, de modo que jamás pueden imponerse sin delito o por mero estado peligroso. Este último sistema es el que adopta nuestro Derecho Penal vigente.

e3) Sistema Vicarial

Es posible una vía intermedia a los dos sistemas anteriores como lo proclama el *sistema vicarial*¹³⁷. En efecto, este sistema permite imponer una pena fundada en la culpabilidad y sustituirla en su ejecución por una medida de seguridad. Es decir, el sistema vicarial posibilita ejecutar en primera instancia la medida de seguridad como sustitutivo total o parcial de la pena. Este sistema otorga facultades al juzgador para decidir que se continúe el cumplimiento del resto de la pena que queda o suspender ésta de forma definitiva.

3. Las Medidas de Seguridad y su Regulación Legal

En el Sistema de Justicia Penal salvadoreño, las medidas de seguridad se encuentran reguladas únicamente en el Código Penal. En efecto el nuevo sistema que regula las medidas de seguridad, está contenido en el Título I (Garantías Penales Mínimas y Aplicación de la ley Penal), Capítulo I (De las Garantías Penales Mínimas) Arts. 1 a 6 y en el Título IV (Medidas de Seguridad), Capítulo Único (Clases de Medidas de Seguridad) Arts. del 93 al 95, ambos Títulos del Libro Primero (Parte General) del Código Penal e implica, por lo demás, una clara ruptura con los sistemas precedentes representados por su orden en la Ley de Vagos y Maleantes de 1940¹³⁸, la Ley de Estado Peligroso de 1953¹³⁹ y en el derogado Código Penal de 1973¹⁴⁰.

Las novedades en la regulación del sistema de las medidas de seguridad se reflejan en la adopción de una nueva técnica legislativa coherente con la orientación político-criminal que informa al nuevo Código Penal, sobre la base de que las penas y medidas de seguridad, como todo el sistema de consecuencias jurídicas, deben estar sometidos en los mismos términos a los principios garantistas regulados en la Constitución. Por otra parte, el criterio seguido en

¹³⁷ Latín *vicarius* = el que sustituye, el que hace las veces. Significa por tanto, sustituirse reciprocamente. Así, ROXIN, Claus: «Derecho...», Op. Cit. p. 106.

¹³⁸ De fecha diecisiete de junio de mil novecientos cuarenta. Publicada en el Diario Oficial el día 20 de junio de ese mismo año.

¹³⁹ Decreto Legislativo N° 1028, de 15 de mayo de 1953, publicado en el Diario Oficial N° 92, Tomo N° 159 el 25 de ese mismo mes y año.

¹⁴⁰ Decreto Legislativo N° 270, de 13 de febrero de 1973, publicado en el Diario Oficial N° 63, Tomo N° 238 el 30 de marzo del mismo año.

la Ley de Vagos y Maleantes y en la Ley de Estado Peligroso de regular los estados peligrosos en leyes especiales se abandona.

En el Título I del Código Penal, y concretamente en el Capítulo I del mismo que aparece con la rúbrica de Las Garantías Penales Mínimas, se recogen los principios garantizadores aplicables, no sólo a las penas sino también a las medidas de seguridad, esto es, si la pena permite restringir derechos del condenado porque éste lesionó o puso en peligro culpablemente el bien jurídico protegido por la ley que es, también, la que determina la pena aplicable en proporción a la gravedad del delito, se comprende fácilmente que sería injusto que al inimputable que ha llevado a cabo el mismo ataque se le impusiera una restricción de derechos superior a la que recae sobre quien, además de lesionar el bien jurídico, lo hizo libremente. Este argumento ha servido para que, paulatinamente, las medidas de seguridad se hayan ido dotando de las mismas garantías que acompañan a la pena¹⁴¹.

Y en el Título IV, Capítulo Único, aparece regulado lo referente a los presupuestos que hacen a su aplicación (Art. 94 CP: personas exentas de responsabilidad penal con base en el número 4 del artículo 27 del CP), las clases de medidas de seguridad que se pueden imponer (Art. 93 CP: internación, tratamiento médico ambulatorio y de vigilancia) y, curiosamente, un apéndice del sistema vicarial, que mixtifica de manera excepcional, de aplicación de penas y medidas de seguridad en forma conjunta (Art. 95 CP, cuyo epígrafe se lee: pena y medida de seguridad conjuntas).

La extraña situación prevista en el Art. 95 CP, puede estimarse, en principio, que matiza el sistema vicarial, aunque la imposición conjunta de penas y medidas de seguridad aparece de manera excepcional, pues tal sistema permite, en lo esencial, el intercambio en el abono de la duración de la fase de pena y la previa fase de la medida, cuando se decide la imposición de ambas¹⁴².

¹⁴¹ CUELLO CONTRERAS, Joaquín: «El Derecho...», Op. Cit., p. 11.

¹⁴² Por todos, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: «Derecho...», Op. Cit., p. 116.

En efecto, dice el mencionado artículo:

«PENA Y MEDIDA DE SEGURIDAD CONJUNTAS

Art. 95.- Cuando no concorra alguno de los requisitos necesarios para excluir totalmente la responsabilidad penal en los casos del número 4 del artículo 27 de este Código, el juez o tribunal, además de la pena señalada podrá imponer alguna de las medidas de seguridad aquí previstas. En todo caso la medida se cumplirá antes que la pena y el término de su duración se computará como cumplimiento de ésta. El Juez de vigilancia correspondiente, ordenará la suspensión de la medida, cuando estime que ya no es necesaria, pero su duración no podrá exceder el límite que correspondería como pena.

Una vez cumplida la medida de seguridad el Juez de Vigilancia correspondiente, podrá si con la ejecución de la pena se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de la medida suspender el cumplimiento del resto de aquella».

Pero si se repara en la parte preliminar del inciso primero, del artículo transcrito, se llega a otra conclusión: pues tal apartado normativo debe ser considerado para aquellos casos en que existe una capacidad de culpabilidad disminuida en el sujeto: «*imputabilidad disminuida*» o «*semi-imputabilidad*». En estos casos penas y medidas de seguridad no guardan entre sí una relación de alternatividad, sino que se aplican conjuntamente. Por lo demás, su cumplimiento es sucesivo, va de la medida de seguridad a la pena.

Finalmente, la rúbrica de la disposición: «PENA Y MEDIDA DE SEGURIDAD CONJUNTAS», podría estimarse que lesiona el principio de *ne bis in idem*. Aunque se sostenga que el fundamento y los fines son distintos en una y otra, pues en verdad se aplican al mismo individuo quien soporta ambas consecuencias jurídicas por el hecho cometido¹⁴³. Pero, la verdad es que se trata de un sistema excepcional que combina penas y medidas, en las que éstas sólo son, en principio aplicables como sustituto de la pena, en donde el cumplimiento de las medidas se computa como cumplimiento de las penas.

¹⁴³ Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes: «Derecho...», Op. Cit., p. 51.

MATERIALES PARA EL TRABAJO PRÁCTICO

1. Lecturas Seleccionadas

A) LAS TEORÍAS DE LA PENA COMO TEORÍAS DEL DERECHO PENAL. *«Durante un tiempo relativamente largo los penalistas han estudiado separadamente el delito, institución jurídica central del Derecho penal, y la pena. Así ha sucedido durante buena parte del pasado siglo y el actual. Contrasta en este punto, que antiguamente no había sido así ni tampoco en la actualidad continúa siéndolo. Así, por ejemplo, la escolástica al ocuparse del problema penal, dando esta calificación ciertamente moderna a la cuestión de la relación entre sociedad, delito y pena, formulaba lo esencial de su filosofía en relación precisamente con el fundamento y justificación de la pena. En cambio, durante tiempos antes mencionados, se ha asistido a una hipertrofia de la atención por el delito como cuestión jurídica provocando un paulatino abandono del interés por el problema de la pena. Hoy, afortunadamente, los juristas se percatan de que precisamente ahí reside el núcleo del problema penal: por qué se castiga, cuánto se puede castigar, con qué finalidad, y, sobre todo, para qué sirve la pena. Tan es así que el debate científico-político sobre la pena se ha transformado, como no podía ser de otro modo, en un debate sobre el Derecho penal todo. Por eso precisamente la cuestión de la pena encabeza los estudios de Derecho Penal a modo de toma de postura fundamental y previa, a diferencia de aquella otra actitud que consideraba que la posición a adoptar frente a ella no condicionaba la totalidad del problema penal, enfoque visible en la mayoría de los manuales o tratados de la primera mitad de este [debe leerse «del»] siglo pasado. Junto a este fenómeno de «recolocación» de la cuestión de la pena se produce un segundo hecho: la formulación, junto a las tradicionales explicaciones del fundamento y fin de la pena, de planteamientos abiertamente políticos que tienden a destruir, con sobrada legitimidad, la imagen de «cuestión jurídica» que de otro modo se confería al problema penal. Esas toma de posición políticas o político-criminales consisten frecuentemente en ponder de manifiesto la trascendencia inconfesa que encierra las teorías tradicionales sobre la pena, a fin de clarificar el alcance que tiene cada opción posible».* QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: **«Derecho Penal»**, (Parte General), Reedición de la segunda edición, Marcial Pons, Madrid, España, 1992, Pgs. 90 y 91.

B) LAS TEORÍAS ABSOLUTAS. «Las teorías absolutas encuentran la justificación de la pena exclusivamente en el delito cometido (*punitur quia peccatum est*). La pena es retribución, es decir, compensación del mal causado por el delito. Las teorías absolutas de la pena no aparecen hasta el idealismo alemán. Son Kant y Hegel sus representantes más destacados. La ley penal es para Kant un imperativo categórico (teoría de la retribución moral). «Incluso si la sociedad civil se disolviera con el consentimiento de todos sus miembros (por ejemplo si el pueblo que habita una isla acordase dispersarse y esparcirse por todo el mundo) el último asesino que se contrara en prisión» —dice Kant— «tendría que ser antes ejecutado, para que a cada cual le suceda lo que merece por sus hechos...» Esta afirmación de Kant pone drásticamente de relieve que para él la aplicación de la pena es una necesidad ética, una exigencia de la justicia y que los posibles efectos preventivos de la misma son ajenos a su esencia. Para Hegel, de acuerdo con su conocida fórmula dialéctica, la pena es la negación del delito y como tal afirmación del Derecho (teoría de la retribución jurídica). «La lesión que se le impone al delincuente no sólo es en sí justa», según Hegel, «sino que al serlo es expresión al mismo tiempo de su voluntad racional, expresión de su libertad, su derecho». «Al considerar la pena en este sentido como su derecho se honra al delincuente como ser racional». Los representantes de las teorías absolutas creen que si se justificase la pena por sus efectos preventivos, es decir, por razones utilitarias, se utilizaría al delincuente como instrumento para la consecución de fines sociales, lo cual implicaría un menoscabo en su dignidad humana». CEREZO MIR, José: «**Curso de Derecho Penal Español**», (Parte General), 3ª edición, actualizada y considerablemente, ampliada, Técnos, Madrid, España, 1993, p. 21.

C) LAS TEORÍAS RELATIVAS. «Las «teorías relativas» procuran legitimar la pena mediante la obtención de o la tendencia a obtener un determinado fin. Su criterio legitimante es la utilidad de la pena. Si este fin consiste en la intimidación de la generalidad, es decir, en inhibir los impulsos delictivos de los autores potenciales indeterminados, se tratará de una «teoría» preventivo-general de la pena. Si por el contrario, el fin consiste en obrar sobre el autor del delito cometido para que no reitere su hecho, estaremos ante una «teoría» preventivo-especial o individual de la pena. La prevención general no es cuestionada, bajo ciertas circunstancias, en el momento de la amenaza de la pena: por ejemplo, cuando el Código

Penal [salvadorense en su art. 128] amenaza con privación de libertad al que matare a otro. El problema es diferente en el momento de la individualización de la pena: cuando debe fijarse la pena merecida por el autor dentro del máximo y del mínimo; en este caso, las consideraciones preventivo-generales que conduzcan a una pena superior a la que corresponda por la gravedad del hecho carecen de legitimidad según la opinión más acorde con los principios constitucionales (...) La prevención especial ha sido sostenida en diferentes momentos de la historia del derecho penal. Su fundamento es siempre el mismo: la comisión de un delito contiene la amenaza de futuras lesiones del orden jurídico; por lo tanto, la pena debe servir para evitar esos futuros delitos, ya que el que se cometió no puede desaparecer del mundo». BACIGALUPO, Enrique: «**Manual de Derecho Penal**», (Parte General), Temis-Ilanud, Bogotá, Colombia, 1984, Pgs. 13 y 14

D) LAS TEORÍAS ECLÉCTICAS. (I) «Las teorías eclécticas, sincréticas o dialécticas, también conocidas como «teorías de la unión»: combina de diversas maneras los fines retributivos y preventivos, positivos o negativos, no sin recibir de los puristas el reparo de que se trata de conceptos inconciliables entre los que hay que escoger de modo excluyente, porque no resulta posible armonizar en una unidad los criterios de justicia con de de utilidad. Estos reparos deben considerarse exagerados y extremos, pues en materia de penas la justicia depende de su utilidad social, salvo para la miopía moral de quien pretenda que puede ser justa una punición innecesaria e inútil». FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan: «**Derecho Penal Fundamental**», Segunda Edición, Volumen II, Temis, Bogotá, Colombia, 1989, p. 85. **(II)** «Las teorías de la «unión» aparecen en la historia del Derecho penal como una solución de compromiso en la lucha de Escuelas que dividió a los penalistas en dos bandos irreconciliables: los partidarios de la retribución y los partidarios de la prevención, general o especial. Pero coo toda solución de compromiso desemboca en un eclecticismo que, queriendo contentar a todos, no satisface totalmente a nadie. Retribución y prevención son dos polos opuestos de una misma realidad que no pueden subordinarse el uno al otro, sino coordinarse mutuamente. Las teorías de la unión tienen, sin embargo, el mérito de haber superado el excesivo parcialismo que late tanto en las teorías absolutas como en las relativas. Ninguna de estas dos teorías puede comprender el fenómeno de la pena en su totalidad, porqu sólo finan su

atención en partes de ese fenómeno. Cualquier teoría que pretenda comprender el fenómeno penal deberá enfrentarse con él, por consiguiente, desde un punto de vista totalizador, sin perjuicio de descomponerlo después, diferenciando sus distintos aspectos». MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍAARÁN, Mercedes: «**Derecho Penal**», (Parte General), Tiran lo blanch, Valencia, 1993, p. 46.

E) TEORÍAS DE LA LA PENA. PANORMA ACTUAL «A las posturas anteriores se han opuesto otras, no siempre originales, entre las cuales merecen destacarse las siguientes: en primer lugar, deben mencionarse los intentos de ROXIN por formular una teoría unificadora dialéctica, aunque se pueden distinguir dos etapas distintas en su pensamiento, siempre fluctuante. En efecto, en un comienzo ha postulado que el derecho penal se enfrenta al individuo de tres maneras distintas –sea amenazando, imponiendo o ejecutando penas–, cada una de las cuales debe justificarse por separado; por ello deben diferenciarse los diversos estadios en los que aparece la pena: en el momento de la amenaza penal, persigue como efecto la prevención general; en la fase de la aplicación, su cometido es la retribución pero no entendida en sentido metafísico; y, en la ejecución, persigue la prevención especial. A partir de esta postura, se elaboran cuatro principios básicos a los que debe sujetarse la pena: sirve a la reinserción social del delincuente –resocialización– y a la protección de la comunidad –prevención general–; no puede sobrepasar en su gravedad el grado de culpabilidad del infractor –función limitadora del principio de culpabilidad–; se puede imponer una pena inferior a la que corresponda atendiendo el grado de culpabilidad, siempre y cuando sea preciso para conseguir la reinserción social del individuo y la protección de la comunidad. Y, para terminar, dentro de lo posible la pena no debe imponerse en una extensión mayor a la exigida por la reinserción social del delincuente, dado que ella protege a la comunidad. No obstante, en un segundo momento de su pensamiento, habla el autor citado de la teoría de la univón preventivo-dialéctica, de conformidad con la cual el fin de la pena es la prevención general y especial, funciones que se complementan mutuamente, atendiendo a que las normas penales solo se justifican si protegen tanto la libertad individual como el orden social». VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: «**Derecho Penal**», (Parte General), Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1994, Pgs. 95 y 96

F) TEORÍAS DE LA DE LA PENA. CONCLUSIÓN «Como puede observarse, son diversas las posturas en torno al sentido y fin de la pena como producto de un debate que lleva milenios y corre el riesgo de tornarse interminable; desde luego, cualquiera de las teorías acabadas de mencionar puede ser asumida o rechazada, dependiendo del punto de partida adoptado y de la sistemática del derecho penal que se pretenda construir. Pero ahí se agota el discurso, porque en la realidad el sistema penal está diseñado para infligir sufrimiento al condenado, privándolo de sus más elementales derechos y deshumanizándolo, como se puede comprobar empíricamente estudiando los modelos de ejecución penal vigentes. Así las cosas, para no perderse en el mundo de las teorías y acercarse al fenómeno en estudio, es necesario asignarle a la pena una doble función: teórica, de acuerdo con el carácter ideológico que quiera imprimirse al discurso juridicopenal; y práctica, mirando la pena de cara a la realidad donde se observa una represión penal antidemocrática, inhumana y antirrehabilitadora, presidida por la idea de retribución que en muchos casos tiene contenido metafísico. No a otra conclusión puede llegarse si se afirma la existencia de un doble discurso sobre la pena y se postula que la única manera de acercarse a ella es partiendo del sistema punitivo tal como funciona en la producción del dolor al ser humano; por eso es válido afirmar que «pena es todo sufrimiento o privación de algún bien o derecho que no resulta racionalmente adecuado a alguno de los modelos de solución de conflictos de las restantes ramas del derecho». VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: **«Derecho Penal»**, (Parte General), Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1994, p. 97.

2. Cuestionario

- A) ¿Qué entiende por teorías absolutas de la pena?
- B) ¿Cuál es la diferencia que existe entre la teoría preventivo general de la pena y la teoría preventiva especial?
- C) Mencione, los puntos de vista sobre el fundamento de las teorías absolutas de la pena.
- D) ¿Cuál es el aporte de la teoría de la retribución?
- E) ¿Qué entiende por prevención general positiva y prevención general negativa de la pena?
- F) ¿Cómo funcionan dialécticamente las teorías eclécticas?

3. Actividades Prácticas

- A) Elabore un cuadro sinoptico en el que aparezca la clasificación y subclasificación de las teorías de la penas.
- B) Analice los tres momentos de aparición de la pena según nuestro Ordenamiento Jurídico tomando como ejemplo cualquier sentencia penal condenatoria.

4. Temas para Discusión

- A) ¿Cuál de las teorías de la pena puede ser asumida conforme a la regulación del sistema penal salvadorenño?
- B) ¿Cuál es la diferencia entre el planteamiento de la teoría unitaria retributiva de la pena y la teoría unitaria preventiva de la pena?

III

MOMENTOS FUNDAMENTALES DE LA PENA Y CARACTERÍSTICAS DE LA FUNCIÓN PUNITIVA DEL ESTADO

INTRODUCCIÓN

En este apartado, el estudio de los momentos fundamentales de la pena y las características de la función punitiva del Estado, está concebido en dos sentidos distintos: a) como facultad del ente estatal de establecer penas para determinados comportamientos humanos, ya se trate de delitos o faltas —*jus puniendi*—, con las que, en un primer momento, se los amenaza; en un segundo momento, se les aplica, y, en un tercer momento, se los ejecuta; y b) como monopolio estatal del poder punitivo, pero a su vez, autolimitado —límites al *jus puniendi*—. En otras, palabras, acudimos aquí al Derecho Penal considerado en sentido subjetivo, como facultad para crear hechos punibles; pero también a su contrapeso, el autocontrol de esa potestad punitiva, la cual en ningún caso debe ser ilimitada, tanto en el orden cuantitativo —cantidad de pena— como cualitativo —conductas que sanciona—.

A. MOMENTOS FUNDAMENTALES DE LA PENA

La potestad punitiva del Estado¹ se ejerce de distintas formas, o, si se prefiere, atraviesa sucesivos momentos; en cada uno de ellos, incide en cuestiones que condicionan y predeterminan lo que ocurrirá en la etapa subsiguiente².

¹ El concepto de esta facultad estatal lo describe LUZÓN PENA en los siguientes términos: «La potestad punitiva o «*jus puniendi*» (para lo que también se utiliza frecuentemente la denominación —no muy conveniente por inducir a confusión, como ya se ha advertido— de «derecho penal subjetivo»: Derecho penal entendido como derecho subjetivo) se refiere a la facultad que corresponde a un determinado sujeto —en concreto, en la actualidad al Estado— de imponer penas o medidas de seguridad ante la comisión de delitos». LUZÓN PENA, Diego-Manuel; «Curso...», Op. Cit., Pgs. 77 y 78.

² En la actualidad, los juristas de derecho penal, tanto en la teoría como en la práctica, sólo pueden trabajar con una serie de criterios justificantes o legitimantes de la pena en distintos momentos de su dinámica: el momento de la amenaza, de la aplicación y de la ejecución. Así, BACIGALUPO, Enrique; «Manual...», Op. Cit., p. 16.

Con la pena el Estado ejerce, esencialmente, la función preventiva y represiva de los hechos punibles, en el cual se destacan tres momentos interdependientes. Estos momentos fundamentales de la pena se conocen en la doctrina de muy diversa forma. Así, por ejemplo: «Los tres momentos fundamentales de la función penal»³, «Los tres sectores principales del Derecho Penal»⁴, «Ramas del Derecho Penal objetivo»⁵, «Complementación jurídica del Derecho Penal»⁶, «La relación entre los fines de la pena»⁷, etc. Como pronto se verá, esto obedece a la función que cumple la pena en cada uno de los momentos en que opera, desde su previsión en la ley, hasta su cumplimiento. Pese a que modernamente se ve la función de la pena únicamente desde el punto de vista preventivo.

En ese orden de ideas, se ha dicho que la prevención en sus dos vertientes, general y especial, constituye la finalidad que debe afrontar la pena en el marco de un Estado Constitucional de Derecho, pues ambas finalidades aparecen como adecuadas a la meta última de posibilitar la vida en sociedad mediante la tutela de las condiciones básicas que permitan la subsistencia y evolución de un sistema social⁸.

La asignación, hoy en día, de una doble finalidad a la pena plantea el problema de las relaciones entre ambos fines y, en concreto, de los eventuales conflictos entre las exigencias de uno y otro signo. Para afrontar este problema parece adecuada la diferenciación propuesta por ROXIN⁹ de tres distintos momentos de la pena –amenaza, aplicación y cumplimiento– y constatar en cada uno de ellos distintas exigencias para cada uno de los fines de la pena.

³ FLORIAN, Eugenio, en: «Elementos del Derecho Procesal Penal», Barcelona, Bosch, S. M. D., p. 13.

⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich, en: «Tratado...», Op. Cit., p. 23.

⁵ FONTÁN BALESTRA, Carlos, en: «Derecho...», Op. Cit., p. 13.

⁶ NÚÑEZ, Ricardo C., en: «Manual...», Op. Cit., p. 17.

⁷ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *et al.*, en: «Lecciones...», Op. Cit., p. 27.

⁸ Así, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *et al.*, en: «Lecciones...», Op. Cit., p. 27.

⁹ ROXIN, citado por MIR PUIG, Santiago: «Derecho...», Op. Cit., p. 66. PETROCELLI, citado por QUINTERO OLIVARES, cree conveniente distinguir tres momentos en lo que él llama la «subjetivación de la norma penal» a favor del Estado. Primero, la fase o proceso anterior al nacimiento de las leyes penales. Segundo, el momento de su vigencia tras la promulgación, y sin que aún hayan sido infringidas; finalmente, el último estadio vendrá constituido por la aplicación de la ley al autor de un hecho concreto que la ha violado. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: «Derecho...», Op. Cit., p. 36.

1. El Momento Abstracto: La Amenaza

La primera fase es la del momento legislativo, en ésta el fin que persigue la pena no puede ser otro que el de *prevención general*, esto es consecuente con arreglo a la naturaleza de las cosas pues no puede ser de otra manera. Este momento se materializa o se lleva a cabo cuando en las disposiciones sustantivas o de fondo, bajo la amenaza de una sanción, se definen los hechos punibles. Así por ejemplo, el homicidio simple, esto es, la muerte de una persona producida por otra, está tipificado en el Art. 128 CP y amenazado con una pena de prisión mínima de diez años y máxima de veinte años.

Las exigencias preventivo–generales se satisfacen a través de una cantidad mínima y máxima de pena establecida como marco en cada tipo penal dentro del cual se produce la concreción de dicha cantidad en las siguientes fases.

Esa abstracción propia del Derecho Penal sustantivo que, según ha dicho ERNST BELING¹⁰, «no le toca al delincuente un pelo», es lo que se denomina «*momento abstracto*», pues el legislador se limita a definir qué acciones son punibles, y a determinar la clase y el monto de las penas que se aplicarían en caso de que las normas fueran violadas.

Así podríamos concluir que el Derecho Penal sustantivo (común y accesorio), obra propiamente legislativa, está conformado por normas abstractas que se materializan, en los subsiguientes momentos, cada vez que se produce una acción que encuadra en un hecho punible. En consecuencia, en el momento legislativo la pena se orienta a la prevención general.

2. Momento Concreto: La Aplicación

Para poder aplicar el Derecho Penal sustantivo, es necesario recurrir al Derecho Procesal Penal, pues este sirve a la realización material del primero. Por tanto, el «*momento concreto*» o «*de aplicación*» tiene lugar en el proceso penal y concluye con la sentencia. En ella el juez concreta la pena en función de las características del caso enjuiciado. Por ello se sostiene que en la fijación

¹⁰ BELING, Ernst: "Derecho...", Op. Cit., p. 17.

de la pena se produce el «momento concreto». Así, dispone el Art. 62 Inc. 2º del Código Penal lo siguiente:

«El juez fijará la medida de la pena que se debe imponer, sin pasar los límites mínimo y máximo establecidos por la ley para cada delito y, al dictar sentencia razonará los motivos que justifican la medida de la sanción impuesta...».

De lo anterior se deduce que, en la pena establecida por el juez, las exigencias de prevención general se concretan en la necesidad de la determinación de la misma dentro de los límites señalados por la ley. La aplicación del precepto legal condiciona el que la ley vea realizados sus efectos de prevención general. En cierto sentido el nivel de eficacia preventiva general de un precepto depende directamente de su aplicación. Pero, por otra parte, la fase de aplicación de la pena desarrolla por sí misma una función de prevención general. El hecho de que un sujeto pueda verse mezclado en un proceso penal lleva implícito un efecto íntimamente derivado de sus negativas aplicaciones sociales.

Pero el que la aplicación de la pena produzca efectos preventivos generales no quiere decir que éstos deban ser buscados por el juez. Como recuerda GARCÍA ARÁN, esta opción supondría desnaturalizar la función del juez, la prevención general es una finalidad consustancial a la actuación del legislador por el contrario, la concreción que debe realizar el juzgador tiene que estar guiada por exigencias preventivas especiales.

En conclusión, y desde el punto de vista práctico, el momento concreto es de gran utilidad, pues comporta una limitación al poder penal del Estado, en tanto que, como indica el Inc. 1º del Art. 63 CP, la pena no puede ser de mayor gravedad que la que corresponda a la gravedad de la culpabilidad del autor¹¹. En tal sentido, no resultaría lícito imponer para delitos leves (Art. 18

¹¹ Confirmando esta regla general aparece la excepción (Art. 62 Inc. 3º CP), es decir. «En los casos expresamente previstos en este Código, podrán excederse los límites de la pena fijada por la ley para cada delito. En ningún caso podrá sobrepasar el máximo de la pena de prisión que la ley determina». Ejemplos: *Penalidad de los cómplices*, Art. 66; *Penalidad de la tentativa*, Art. 68; *Penalidad del concurso ideal*, Art. 70; *Penalidad del concurso real*, Art. 71; *Penalidad del delito continuado*, Art. 72; *Penalidad del delito masa*, Art. 73. Obsérvese que en tales excepciones es posible rebasar los límites fijados, hacia arriba o hacia abajo.

Inc. 2º CP) una pena excesivamente grave, con el fin de intimidar más eficazmente a quienes en ellos pudieren incurrir, pues una pena de ese calibre excedería el grado de proporcionalidad con el cual debe medirse la culpabilidad del autor. En el momento concreto la pena se orienta a la culpabilidad. Se retribuye el hecho con la pena merecida.

3. Momento Ejecutivo: La Ejecución

Con el momento ejecutivo o de ejecución de la pena se materializa la *prevención especial* como finalidad fundamental a desarrollar por la pena en esta última fase del Derecho Penal. En efecto, la prevención especial tiene que tener su lógica realización en el marco del momento de la ejecución. Las penas que implican la privación de libertad deben, por tanto, encaminarse hacia la resocialización del reo, entendida ésta como poner al interno en condiciones de llevar en el futuro una vida en libertad socialmente responsable, es decir, una vida sin delitos. En este momento, pues, se sitúan los fines de aseguramiento y de mejora, en el proceso de ejecución de la pena al sujeto condenado a ella. Así, el paso de una fase a otra en nuestro sistema penitenciario (adaptación, ordinaria, de confianza y de semilibertad, Art. 95 L. Pen.) se establece en función de exigencias preventivo—especiales. Estas también explican instituciones que afectan el régimen progresivo de la ejecución como la libertad condicional¹². Cuando llegamos a esta fase estamos, sin más, en el «momento ejecutivo»

A pesar de ello, el hecho del cumplimiento de la pena tiene consecuencias de prevención general, al actuar como condición última de la consecución del efecto de prevención general buscado por el legislador. Si sistemáticamente no se cumplieran las penas previstas por el legislador desaparecería su potencial efecto intimidante¹³.

Siguiendo el gráfico ejemplo de MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN¹⁴, podemos decir: Cuando el legislador amenaza con la pena de prisión de diez

¹² Ver Arts. 100 L. Pen. y 85 CP.

¹³ Así, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *et al.*, en: «Lecciones...», Op. Cit., p. 28.

¹⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes: «Lecciones...», Op. Cit., p. 32. De los mismos, «Derecho...», Op. Cit., p. 47.

a veinte años al que matare a otra persona (Homicidio Simple, Art. 128 CP), lo hace con la esperanza de que, a la vista de la pena con que conmina la realización de ese hecho, la generalidad de los ciudadanos normales se abstendrá de matar a sus semejantes –prevención general–. Pero si, a pesar de esta conminación, alguien llega a cometer el hecho: «matar a otro»; la medición de la pena en el caso concreto estará sujeta a lo dispuesto en el Código Penal: «La pena no podrá exceder el desvalor que corresponda al hecho realizado por el autor y será proporcional a su culpabilidad», entonces debe aplicársele la pena prevista con un criterio retributivo (Arts. 62 y 63 CP), es decir, porque ha cometido el homicidio. Pero es dentro de ese ámbito de maniobra, de diez a veinte años, en que la decisión del juez debe basarse y, además, ha de considerar los fines de prevención general y especial para determinar conjuntamente la duración concreta de la pena. Una vez impuesta la pena correspondiente, debe procurarse, sin embargo, de acuerdo con la idea de prevención especial, que, durante la ejecución de la pena se actúe directamente sobre el delincuente, educando y reprimiendo sus instintos agresivos, para que, una vez cumplido el castigo impuesto, pueda integrarse en la comunidad como miembro perfectamente idóneo para la convivencia (Arts. 27 Cn; 47; 85 y 86 CP; y, 2, 51 L. Pen.). En el momento ejecutivo la pena se orienta a la prevención especial.

B. CARACTERÍSTICAS DE LA FUNCIÓN PUNITIVA DEL ESTADO

La función punitiva del Estado no es ilimitada. Tiene límites que constituyen garantías a favor del sujeto a quien se aplica una pena. Estos límites están dados por la reserva monopólica de la potestad de sancionar que posee el Estado y, como tal potestad no es absoluta, por la autolimitación de éste en el ejercicio de tal función.

1. Función Privativa del Estado

La naturaleza actualmente pública del Derecho Penal¹⁵ hace necesario que la configuración de los hechos punibles, sea no sólo propia del Estado sino también «privativa» de él, recordemos que esta facultad de castigar tiene

¹⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich: «Tratado...», Op. Cit., p. 22. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: «Derecho...», Op. Cit., p. 26.

orígenes privados. Así, dice BUSTOS RAMÍREZ, la facultad sancionadora estatal, refiriéndose al *ius puniendi*, «es expresión del poder único y exclusivo del Estado para ejercer la violencia legítima»¹⁶, de ahí que «sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esa autoridad debe residir únicamente en el legislador»¹⁷. La facultad normativa que tiene el Estado está establecida por nuestra Constitución en el Art. 131 ordinal 5º, que dice:

«Corresponde a la Asamblea Legislativa: (...) 5º.- Decretar, interpretar auténticamente, reformar y derogar las leyes secundarias».

Titular del poder punitivo es solamente el Estado como representante de la comunidad y lo ejerce a través de órganos estatales. Habida cuenta de que todo poder emana del pueblo (Art. 86 Cn), el legislador, comisionado del pueblo (Art. 125 Cn), queda limitado en su tarea a proteger al individuo de los ataques de otros y a asegurarle una vida lo más libre y en el mayor bienestar posible.

2. Función Autolimitativa del Poder Punitivo del Estado

La potestad de castigar no puede ser ejercida por el Estado de manera ilimitada, pues de ser así se caería en el abuso y la arbitrariedad; por ello resulta indispensable imponerle diversos controles a ese poder que dentro de unos marcos muy precisos lo limiten.

El Derecho Penal, hay que enfatizarlo, se basa en el poder punitivo del Estado –*ius puniendi*– y a su vez, éste constituye una parte del poder estatal. En tal sentido, el poder punitivo del Estado fue en sus inicios ilimitado como poder político penal¹⁸. Baste recordar las características propias de la pena pública, para entender que, en ese estadio de evolución del Derecho Penal, existía la más completa arbitrariedad punitiva. En tal sentido CÉSAR BECCARIA señaló: «...todo acto de autoridad de hombre a hombre, que no se derive de la absoluta necesidad es tiránico. He aquí la base sobre la cual el soberano tiene fundado su derecho para castigar los delitos»¹⁹.

¹⁶ BUSTOS RAMÍREZ, Juan: «Introducción al Derecho Penal», Temis, Colombia, 1986, p. 20.

¹⁷ BECCARIA, Cesar: «De los Delitos y de las Penas», Alianza Editorial, Madrid, España, p. 29.

¹⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich: «Tratado...», Op. Cit., p. 16.

¹⁹ BECCARIA, Cesar: «De los Delitos...», Op. Cit., p. 27.

Con la expresión del Marqués de BECCARIA se hacía el primer manifiesto público a favor de la limitación de ese poder penal mediante normas, a fin de volverlo un poder autolimitativo.

Nuestra Constitución, en los Arts. 14 y 27 pone claras las reglas del juego en cuanto a la potestad punitiva del Estado. El primero regula con carácter exclusivo el ente encargado de aplicar penas, especialmente cuando en la primera parte del texto constitucional se lee:

«Corresponde únicamente al Órgano Judicial la facultad de imponer penas».

El segundo establece limitaciones a ese poder punitivo. En efecto, tal disposición reza en sus primeros dos incisos, así:

«Sólo podrá imponerse la pena de muerte en los casos previstos por las leyes militares durante el estado de guerra internacional.

Se prohíbe la prisión por deudas, las penas perpetuas, las infamantes, las proscriptivas y toda especie de tormento.»

Además, deben tenerse presente Tratados y Convenios, suscritos y ratificados por el gobierno de El Salvador, en los que también aparecen límites a la potestad estatal de sancionar. Así, por ejemplo:

a) Prohibición de la prisión por deudas o por incumplimiento de obligaciones contractuales. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU, 1966), Art. 11. Convención Americana sobre Derechos Humanos (OEA, 1969), Art. 7.7. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, (OEA, 1948), romano XXV.

b) Prohibición de la pena de muerte. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU, 1966), Art. 6. Convención Americana sobre Derechos Humanos (OEA, 1969), Art. 4.

c) Derecho a protección contra la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU, 1966), Arts. 7, 8 y 10. Convención Americana sobre

Derechos Humanos (OEA, 1969), Arts. 5 y 6. Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles o Degradantes (ONU, 1984), Arts. del 1 al 16. Convención sobre los Derechos del Niño (ONU, 1989), Art. 37. Declaración Universal de Derechos Humanos (ONU, 1948), Art. 5. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, (OEA, 1948), romanos XXV XXVI.

En conclusión, puede observarse que es el propio Derecho Penal subjetivo el que autolimita la función punitiva del Estado. Por eso, con toda razón y refiriéndose a otras épocas ha señalado JESCHECK: «En otro tiempo, el poder punitivo del Estado se consideraba omnimodo en base a su propia soberanía en la esfera jurídico-penal, procedente tanto de normas superiores como de un poder jurisdiccional supranacional»²⁰. Pero, en los momentos actuales y por las razones dichas, tal poder omnimodo es insostenible.

²⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich: «Tratado...», Op. Cit., p. 16.

MATERIALES PARA EL TRABAJO PRÁCTICO

1. Lecturas Seleccionadas

A) LOS TRES MOMENTOS FUNDAMENTALES DE LA FUNCIÓN PENAL. «Considerando el amplio campo en que se desenvuelve la función del Estado para la represión y prevención de la criminalidad, podemos distinguir e individualizar tres momentos fundamentales: a) En el **primero** el legislador describe los delitos y fija las penas y las instituciones afines: el contenido de la ley penal no es más que una previsión general y abstracta de los delitos y las penas. Ahora bien, como el legislador penal se propone un fin esencialmente práctico, la defensa de la Sociedad contra la delincuencia, resulta evidente que la ley penal tiene que aplicarse cuando sea necesario. b) Y así, en el **segundo**, la función penal se desenvuelve en el sentido de determinar la existencia de un delito, formulando la inculpación frente a un sujeto y declara más tarde la aplicación de la ley penal en el caso concreto. Semejante proceder responde a la exigencia de que el Derecho penal sea aplicado por órganos jurisdiccionales adecuados, previamente designados en la ley: lo que quiere decir que el derecho penal es realizado con la ayuda de un juicio previo a la aplicación de una pena e instituciones afines: esto con un fin de tutela de la libertad individual. c) En el **tercer** momento el Estado provee a la ejecución de la condena y de la pena y demás instituciones semejantes, una vez que se ha aplicado en el caso concreto de la ley penal que el juez ha creído aplicable. En otros términos, se distinguen: a) el momento de la **conminación** abstracta; b) el momento del **juicio**; c) el momento de la **ejecución**, o sea, de la realización de la ley penal declarada aplicable por el juez. Corresponde al Derecho penal estudiar el momento a), y al procedimiento penal los momentos b) y c)». FLORIÁN, Eugenio: «**Elementos de Derecho Procesal Penal**», Traducción y referencias al Derecho español por L. Prieto Castro, Bosch, Barcelona, España, 1931.

B) EL DELITO COMO PRESUPUESTO PRINCIPAL DE LA PENA. «El presupuesto principal de la pena está constituido por el delito; pero éste no es el único, es decir no agota los presupuestos a los que pueda estar condicionada una pena. En ese sentido, el delito también es una condición para la punibilidad; sin embargo, esta expresión «condición de

punibilidad» está reservada para circunstancias que son presupuestos de la pena pero que no constituyen el delito. El delito es la principal, pero excepcionalmente se darán las llamadas «condiciones objetivas de punibilidad» y por otro lado la falta de excusas absolutorias (...). Si el delito es una condición de la pena, entonces sus elementos estarán definidos por esta circunstancia: porque son condición de la pena. Fundamento de la pena es la culpabilidad, pues ella es el motivo y el límite de la intervención del Estado en la esfera de los derechos del autor. Pero de todos modos ello no significa que el Estado no persiga con la pena la abstención de ciertos fines preventivos, tanto dirigiéndose a la comunidad en conjunto (prevención general), como actuando sobre el autor para su resocialización (prevención especial). La pena presenta tres momentos diversos: en el momento de la amenaza tiene un fin preventivo general; en el momento de la aplicación tiene su fundamento en la retribución; en el momento de la ejecución persigue la resocialización del autor». BACIGALUPO, Enrique: «Lineamientos de la Teoría del Delito», Reimpresión, Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1978, Pgs. 17 y 18.

C) LEGITIMACIÓN DEL «IUS PUNIENDI». *«¿De dónde le viene al Estado el derecho a someter a sus ciudadanos a tan graves sanciones? Se trata en realidad de dos diferentes cuestiones las que se esconden tras de este interrogante. La primera se refiere a la determinación de qué es lo que puede prohibirse al individuo mediante una pena. Con seguridad se podrá convenir fácilmente en que el matar a otro debe ser castigado penalmente y no, en cambio, la libre emisión del pensamiento. Sin embargo, para resolver si se debe castigar penalmente determinadas formas de desviación sexual, o el incumplimiento de un contrato o el aparcamiento en lugar prohibido, se requiere disponer de una concepción teórica acerca del poder punitivo del Estado. La segunda cuestión de la que ahora hemos de ocuparnos se asienta sobre la anterior y se refiere al modo en que debe conformarse el contenido y características de la pena a imponer. El llegar a la conclusión de que el Estado tiene derecho a prohibir una determinada conducta mediante una pena, por ejemplo, el hurto, nada permite decir acerca del modo y el fin que ha de tener y perseguir la aplicación de un medio tan singular». ROXIN, Claus/ARTZ, Gunther/TIEDEMANN, Klaus: «Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal», versión española, notas y comentarios de los*

profesores LUIS ARROYO ZAPATERO y JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER, Ariel, Barcelona, España, 1989, p. 20.

D) NATURALEZA DE LA ACTIVIDAD REPRESORA DEL ESTADO.

«La idea de que el establecimiento de delitos y penas constituye un «ius» del Estado data de antiguo, aunque la explicación y fundamentación que a ello se da no haya sido siempre la misma. Ante todo, la historia jurídica enseña que en Roma, el Medioevo, y la Edad Moderna concibieron, sobre todo en las dos últimas épocas citadas, el ejercicio del poder penal como consubstancial a los derechos del Príncipe. Tales derechos se explican en un primer momento como aspecto de la relación de vasallaje; del mismo modo acontece durante la monarquía absoluta, cuando los poderes se concentran en el monarca «justo y benéfico», que ejerce por sí mismo toda potestad terrena, justificada en la misma voluntad divina. Que el poder de establecer delitos y penas era un «derecho» anejo a la condición de soberano es algo que queda fuera de duda, al menos en nuestra área cultural (...) Pero tampoco cabe entender que tal sentido de «derecho» atribuido a la potestad punitiva desapareciera con la monarquía absoluta. Ciertamente que no. Lo que ocurriría sería solamente un cambio en la teoría sobre el origen y fundamento del derecho de penar. Tras la Revolución Francesa no se plantea, al menos a nivel teórico, la posibilidad de que el origen de las leyes pueda seguir siendo considerado como mayestático. La potestad de legislar, como la soberanía misma, no reside en el Príncipe sino en la sociedad. A través de la teoría de la división de poderes y, de otra parte, de las tesis contractualistas, se impone la idea de que el derecho represivo, como la misma soberanía, pertenece a todos los ciudadanos, los cuales por su conveniencia renuncian a su ejercicio personal a favor del Estado. El poder legislativo, que junto al ejecutivo y judicial, forma el triple pilar del organismo estatal, no hace sino uso de un derecho que es expresión del derecho de cada ciudadano cedido en virtud del contrato social. El establecimiento de penas y delitos no es ciertamente ejercicio de un derecho natural que corresponda al Príncipe; es un derecho, cuyo origen y fundamento está en el derecho de todos los coasociados». QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: **«Derecho Penal»**, (Parte General), Reedición de la segunda edición, Marcial Pons, Madrid, España, 1992, Pgs. 15 y 16.

E) LA TITULARIDAD DEL IUS PUNIENDI. «El Derecho penal subjetivo o potestad punitiva del Estado nos lleva a analizar la existencia de un Derecho subjetivo a castigar cuya titular es el Estado y los límites que se establecen a dicho poder sancionador. En relación al ius puniendi, está prácticamente fuera de toda duda que el Estado es quien posee el monopolio exclusivo para crear y aplicar normas penales. El ius puniendi está concentrado en manos del Estado, más concretamente en el Parlamento, y en principio no está prevista la posibilidad de transferirlo a otros entes públicos, autonómicos o supranacionales, y menos aún a los particulares (...) Al mismo tiempo que se justifica la existencia de un ius puniendi estatal, es necesario que ese Derecho subjetivo del Estado debe estar sometido a rígidas limitaciones. Ello es así, porque no puede ignorarse que un Estado cuyo poder penal no tiene límites es probablemente propenso a los abusos y al totalitarismo». SERRANO-PIEDRECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón: «**Conocimiento Científico y Fundamentos del Derecho Penal**», Gráfica Horizontes, Lima, Perú, 1999, p. 84.

2. Cuestionario

- A) ¿Cuáles son los momentos fundamentales de la función punitiva del Estado?
- B) ¿A qué Órgano o dependencia del Estado compete cada uno de los momentos fundamentales de la pena?
- C) Mencione, en forma precisa ¿Cuál es el contenido de cada uno de los momentos fundamentales de la pena?
- D) ¿Cuáles son las principales características de la función punitiva del Estado?

3. Actividades Prácticas

- A) Elabore un cuadro de los tres momentos fundamentales de la pena y asocie a cada uno de ellos disposiciones de naturaleza constitucional, de Derecho internacional, y de los Códigos Penal y Procesal Penal, así como de la Ley Penitenciaria, que correspondan a cada uno de ellos.

- B) Indique y analice, cuando menos dos disposiciones jurídicas del sistema de justicia penal en que se fundamenten las dos principales características de la función punitiva del Estado.

4. Temas para Discusión

- A) ¿Qué coincidencia puede encontrar entre los tres momentos fundamentales de la pena y la función dialéctica de las teorías eclécticas de la pena?
- B) ¿Cuál es la diferencia que existe entre el carácter privativo del ejercicio del *ius puniendi* y el carácter autolimitativo del mismo?

IV

PRINCIPIOS LIMITADORES DEL *IUS PUNIENDI*
(LA POTESTAD PUNITIVA DEL ESTADO)

INTRODUCCIÓN

Históricamente el Derecho penal, en tanto que forma jurídica del poder punitivo del Estado, ha sido visto como un puro poder material, represivo, expansivo e insaciable, frente al cual la tarea política y jurídica era ponerle límites, es decir, construir y desarrollar principios o postulados capaces de limitar el qué y el cómo castigar, para garantizar así los derechos individuales¹. Pero, en un Estado de Derecho moderno se debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho Penal, sino también del Derecho Penal. Es decir, el Ordenamiento Jurídico no sólo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria y excesiva².

Hoy en día, existe amplio consenso en estimar que un poder del Estado como es el punitivo tiene que tener definidos sus fines y, por tanto, sus postulados o principios de su sistema de argumentación y de aplicación, tanto en fase legislativa como judicial, a partir de la definición y configuración que de ese poder del Estado hace la Constitución³. Por todo ello, los principios rectores del sistema penal no deben considerarse hoy como meros «límites» del *ius puniendi*⁴, sino como principios constituyentes del derecho de castigar o, dicho de otro modo, el Derecho Penal no puede seguir siendo considerado

¹ Así, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *et al*: «Lecciones...», Op. Cit., p. 33.

² RONIN, Claus: «Derecho...», Op. Cit., p. 137.

³ Y esto es así –explica BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE– porque ese poder del Estado se realiza mediante normas y decisiones jurídicas, y tanto el legislador que las elabora, como el Juez que las aplica, están vinculados por las prescripciones de la Constitución, vinculación que, además, está garantizada por la atribución de un control sobre el legislativo y los jueces a un órgano supremo que es el Tribunal Constitucional (según nuestro Ordenamiento Jurídico sería la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia), con poder para corregir a uno y a otros. Ver a BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *et al*: «Lecciones...», Op. Cit., Pgs. 33 y 34.

⁴ Cfr. TREJO ESCOBAR, Miguel Alberto, *et al*: «Manual...», Op. Cit., p. 61.

sino como Derecho Penal constitucional, pues, es consustancial con la función de garantía⁵.

La afirmación anterior se basa en que buena parte de los principios constitucionales se recogen en el propio Código Penal en el Capítulo I, Título I, del Libro I Parte General, bajo el epígrafe «DE LAS GARANTÍAS PENALES MÍNIMAS», así: principio de legalidad (Art. 1); principio de la dignidad humana (Art. 2); principio de lesividad del bien jurídico (Art. 3); principio de responsabilidad (Art. 4); principio de necesidad (Art. 5) y, finalmente, el principio de aplicación general del Código Penal (Art. 6). Brevemente, desarrollaremos el contenido de los mismos.

A. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

1. Noción

Una noción concreta del principio de legalidad, que ahora vamos a exponer, sirve para evitar una punición arbitraria y sin ley.

Por eso se ha dicho que el Derecho Penal tiene un carácter estrictamente legalista. Es decir, su fuente inmediata y única es la ley⁶, lo que implica la no existencia de otros delitos o penas que los previstos con antelación por ella. Es, precisamente, de este carácter que emerge el *principio de legalidad*, también conocido como *principio de reserva*⁷.

En efecto, con la fórmula latina, atribuida a ANSELM VON FEUERBACH⁸, «*Nullum crimen, nulla poena sine lege*» –No hay delito ni pena sin ley–, se proclama el principio de legalidad como muralla que pretende evitar sanciones arbitrarias que carecen de una ley o basada en una ley imprecisa o retroactiva⁹.

⁵ «El programa penal de la Constitución y el contenido de los Derechos Humanos proporcionan un marco valorativo común, desde el cual se erige el sistema de garantías frente al ejercicio del ius puniendi». Así, SERRANO-PIEDRECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón: «Conocimiento...», Op. Cit. Pgs. 87 a 90.

⁶ TREJO ESCOBAR, Miguel Alberto, *et al*: «Manual...», Op. Cit., p. 61.

⁷ Así, LABATUT GLENA, Gustavo: «Derecho...», Op. Cit., p. 77. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: «Derecho...», Op. Cit., p. 221.

⁸ Así, JESCHECK, Hans-Heinrich: «Tratado...», Op. Cit., p. 133.

⁹ ROXIN, Claus: «Derecho...», Op. Cit., p. 137.

Por consiguiente, no sólo constituye una garantía de la libertad de los ciudadanos sino, además, una limitación al poder punitivo estatal.

En consecuencia, la atribución monopólica encomendada al legislador (Art. 131 N° 5 Cn) –*principio de reserva de ley*¹⁰– de la facultad de establecer delitos y disponer la aplicación de penas a la comisión de los mismos constituye desde la Revolución Francesa (1789) la piedra angular del Derecho Penal moderno¹¹ y, por consiguiente, de un Estado de Derecho. A tal punto que, hoy en día, el principio de legalidad no sólo encuentra asidero en las Constituciones y leyes secundarias de los Estados, también tiene base en el Derecho Internacional con una extensión universal como principio fundamental del Estado de Derecho. De ahí su aparición en distintos Tratados y Convenciones Internacionales.

2. Consagraciones en el Ordenamiento Positivo

En nuestro Derecho el principio de legalidad, por su especial importancia, aparece con rango de garantía fundamental en la Constitución de la República, cuando en su Art. 15 dispone¹²:

«Nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate, y por los tribunales que previamente haya establecido la ley».

También, y con similar tenor, aparece su reconocimiento internacional en Declaraciones, Pactos y Convenciones Internacionales, entre las que sobresalen:

¹⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich: «Tratado...», Op. Cit., p. 171.

¹¹ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: «Derecho...», Op. Cit., p. 222.

¹² Sobre los antecedentes histórico-normativos constitucionales pueden consultarse retrospectivamente las siguientes Constituciones de El Salvador: 1962, Art. 169; 1950, Art. 169; 1945, Art. 25; 1939, Art. 39; 1886, Art. 25; 1883, Art. 23; 1880, Art. 27; 1872, Art. 31; 1871, Art. 113; 1864, Art. 86; 1841, Art. 80. De las Constituciones de la República Federal de Centro América, las siguientes: 1921, Art. 47; 1898, Art. 28. Se puede afirmar que el Derecho Constitucional salvadoreño del siglo pasado acusa una gran influencia de las corrientes liberales que se han mantenido vivas, a través del principio de legalidad, hasta la fecha. Como complemento del principio de legalidad, en la Constitución de 1983, pueden analizarse los Arts. 8 y 21.

a) Su aceptación y reconocimiento universal en el Art. 11 N° 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹³ que dice:

«Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito»;

b) Significó una confirmación de su reconocimiento universal el Art. 15 N° 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁴, que señala:

«Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello»;

c) Con carácter regional, según el Art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁵ dice:

«Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello»; y,

¹³ Adoptada y proclamada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (O. N. U.) en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

¹⁴ Organización de las Naciones Unidas (O.N.U.), 1966, conocido como «Pacto de New York». Tratado vigente en El Salvador (D. O. N° 218 de 23 de Noviembre de 1979).

¹⁵ Organización de Estados Americanos (O.E.A.), 1969, conocido como «Pacto de San José». Tratado vigente en El Salvador (D. O. N° 113 de 19 de junio de 1978).

d) Aparece también regulado en el inciso 2º letra a) del Art. 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁶, en la forma siguiente:

«Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron».

Finalmente, la regulación del principio de legalidad en el Código Penal está prevista en el Art. 1, que dice:

«Nadie podrá ser sancionado por una acción u omisión que la ley penal no haya descrito en forma previa, precisa e inequívoca como delito o falta, ni podrá ser sometido a penas o a medidas de seguridad que la ley no haya establecido con anterioridad.

No podrá configurarse delito o falta, ni imponerse pena o medida de seguridad, por aplicación analógica de la ley».

3. Garantías del Principio de Legalidad

De la constelación de disposiciones transcritas, pero concretándonos específicamente al Art. 1 Inc. 1º CP, se desprende la existencia de una doble garantía estrictamente de índole sustantiva. En síntesis, esta dual garantía se expresa así: a) no hay delito sin ley (*nullum crimen sine lege*) y b) no hay pena sin ley (*nulla poena sine lege*). Pero al principio de legalidad suelen atribuirse otras dos garantías que no se corresponden con el ámbito sustantivo o material del Derecho Penal, pertenecen sí al campo del Derecho Procesal Penal y al de Ejecución de la Pena.

a. Garantía Criminal

La primera garantía –*nullum crimen sine lege*– significa que por mucho que una conducta sea en alto grado socialmente nociva y reveladora de necesidad de pena, el Estado sólo podría tomarla como motivo de sancio-

¹⁶ Organización de las Naciones Unidas (O.N.U.). 1989. Tratado vigente en El Salvador (D. O. N° 108 de 9 de mayo de 1990).

nes jurídicopenales si antes lo ha advertido expresamente en la ley a sus miembros¹⁷. En tal sentido, el Código Penal sin distinción ninguna protege o pone a cubierto a todas las personas –tanto a las honradas como a las no honradas– de todo castigo por una conducta que no haya sido claramente declarada como punible antes del hecho.

b. Garantía Penal

La segunda garantía –*nulla poena sine lege*– significa que no sólo basta la circunstancia de que una conducta sea ya punible –ya se trate de un delito o de una falta–, sino también la clase de pena y los límites de su posible cuantía han de estar legalmente fijados antes del hecho.

c. Garantía Judicial y de Ejecución

Además, de las garantías criminal y penal, se ha dicho que el principio de legalidad comprende otras dos: una *garantía judicial*, la cual exige que tanto la comprobación de la existencia de un delito como la imposición de una pena, sean determinados por una sentencia judicial (Arts. 14 y 15 Cn y 62 Inc. 2° CP); por último, requiere una *garantía de ejecución*, que implica que la pena ejecutada se debe hallar sujeta a una regulación legal (Arts. 27 Inc. 3° Cn y 47 Inc. 2° CP).

Todas las garantías indicadas –sustantivas, procesal y de ejecución– también son exigibles en lo que concierne a la aplicación de las medidas de seguridad.

4. Origen del Principio de Legalidad

El principio de legalidad tiene su origen dentro de la época humanitaria de la evolución del Derecho Penal¹⁸. Algunos autores, como

¹⁷ ROXIN, Claus: «Derecho...», Op. Cit., p. 138.

¹⁸ Aunque, según algunos, el principio de legalidad se encuentra ya como precedentes en algunas disposiciones medievales, concretamente en la Carta Magna (Magna Charta Libertatum) del Rey inglés Juan Sin Tierra en 1215. En los siglos XVII y XVIII los Tribunales juzgaban según su criterio equitativo libres de toda vinculación a deberes penales superiores. Así,

MIR PUIG¹⁹, sostienen que derivó, en un inicio, de la Teoría del Contrato Social de la época de la Ilustración. Lo cual le otorga, por tanto, un origen político y no jurídico²⁰. Además, presupone una organización política basada en la división de poderes²¹, en donde la ley es competencia exclusiva de los representantes del pueblo a través del Órgano Legislativo (Art. 125 Cn). Sin embargo, se afirma que la regla mencionada sólo adquirió una categoría superior, limitadora y rectora de la legislación por primera vez a partir de 1776 en las Constituciones de algunos estados federados americanos (Virginia, Maryland), a continuación del Código Penal austríaco de José II, de 1787 y en la célebre Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano²² de la Revolución Francesa (1789)²³.

Tal declaración proclamaba en su artículo 8º que:

«La ley no debe establecer otras penas que las estrictas y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y legalmente aplicada».

Vemos así cómo este principio no sólo constituye una exigencia de seguridad jurídica que requiere el conocimiento previo de los delitos y de las penas, sino que también constituye una garantía política hacia los ciudadanos, que no pueden ser sometidos a penas que no hayan sido aceptadas previamente, evitándose de esa manera los abusos de poder.

JESCHECK, Hans-Heinrich: «Tratado...», Op. Cit., p. 177. Por otra parte se sostiene que en la obra de César Beccaria, «De los delitos y de las Penas», se encuentran las bases filosóficas de dicho principio, partiendo de la idea del contrato social. Así, GARCÍA PABLOS-DE-MOLINA, Antonio: «Manual...», Op. Cit., p. 190.

¹⁹ MIG PUIG, Santiago: «Derecho...», Op. Cit., p. 83.

²⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich: «Tratado...», Op. Cit., p. 180.

²¹ ROXIN, Claus: «Derecho...», Op. Cit., p. 145.

²² Esta importante Declaración fue adoptada por la Asamblea Nacional Constituyente de Francia el 26 de agosto de 1789 y aceptada por el Rey Luis XVI el 5 de octubre de ese mismo año.

²³ Ver ROXIN, Claus: «Derecho...», Op. Cit., p. 142. NUÑEZ, Ricardo C.: «Manual...», Op. Cit., p. 79.

FEUERBACH—quien, como se dijo, formuló esta garantía— le proporcionó fundamento jurídicopenal a través de su teoría de la coacción psicológica²⁴ según la cual, para que la pena cumpla su función de coacción psíquica a los ciudadanos, es preciso que tanto el delito como la pena estén definidos en una ley escrita.

En otras palabras, el principio de legalidad garantiza que el Estado determine de forma clara, en la ley penal, qué infracciones constituyen delito y cuáles constituyen falta; y, a la vez, señale las penas o medidas de seguridad que se aplicarán en cada caso de violación a una norma²⁵.

Actualmente, como hemos apuntado, el principio de legalidad también tiene en el ámbito internacional una vigencia extendida por casi todo el mundo como principio fundamental. El principio ha sido también acogido, como hemos podido corroborar, en numerosas regulaciones supranacionales. Así, se reconoce además en los siguientes instrumentos internacionales: a) el Art. 7 I.1 de la Convención Europea para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales²⁶, que dice: «*Nadie puede ser condenado por una acción u omisión que, de acuerdo con el Derecho nacional o internacional, no fuera punible en el momento de su comisión*»; en el mismo Art. 7 I, 2 prohíbe igualmente la agravación de la pena con efecto retroactivo; b) la misma garantía se encuentra en el Convenio de Ginebra sobre tratamiento de los prisioneros de guerra²⁷ y lógicamente también en el Art. 65 del Convenio de Ginebra para la protección del personal civil en tiempo de guerra²⁸; c) también aparece en el Art. 6 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes.

5. Fundamento del Principio de Legalidad

El principio de legalidad tiene un triple fundamento²⁹, el democrático-representativo, el político criminal o del sentido material de las normas, y el de garantía de los derechos institucionales.

²⁴ ROXIN, Claus: «Derecho...», Op. Cit., p. 145.

²⁵ TREJO ESCOBAR, Miguel Alberto, *et al.*: «Manual...», Op. Cit., p. 62.

²⁶ De 4 de noviembre de 1959.

²⁷ De 12 de agosto de 1949.

²⁸ De 12 de agosto de 1949.

²⁹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio: «Lecciones...», Op. Cit., p. 37.

a. Fundamento Democrático–Representativo

El *fundamento democrático–representativo* descansa en el principio de que las normas penales sólo pueden ser emanadas a través del órgano que representa la voluntad del pueblo y por un procedimiento legalmente establecido³⁰. Pertenece tal fundamento al pensamiento moderno, pues la exigencia de que esa facultad –la definición de lo que sea delito y de las penas sea exclusiva del Órgano Legislativo– es constitutivo de una expresión democrática–representativa en donde está presente tanto la voluntad general como la separación de poderes consustancial al Estado de Derecho³¹.

En el caso de El Salvador es así, pues tal facultad corresponde a la Asamblea Legislativa (Arts. 121 y 131 N° 5° Cn). Mediante la división de Órganos constitucionales de poder (Arts. 86, 121, 144 y 172 Cn), en que se expresa el principio de legalidad, se libera al juez (Órgano Judicial) de la función de creación del Derecho y se le asigna la función de aplicarlo (Potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, Art. 172 Cn), mientras que al Órgano Ejecutivo se le excluye totalmente de la posibilidad de ejecutar la punición y de ese modo se impide cualquier abuso de poder del mismo en este campo³².

Pero este fundamento no confiere al legislador una suerte de atribución en blanco de la facultad de definir lo delictivo y de determinar las penas por medio de la Ley. Es necesario que la norma penal se oriente a la protección de valores, bienes o intereses que sean constitucionalmente legítimos. En tal sentido, aparecen excluidas, verbigracia, las meras inmoralidades del Derecho Penal³³. Pero, además, el legislador tiene una serie de restricciones sobre las penas a imponer (Art. 27 incisos 1° y 2° Cn).

³⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich: «Tratado...», Op. Cit., p. 180.

³¹ ROXIN, Claus: «Derecho...», Op. Cit., p. 145.

³² ROXIN, Claus: «Derecho...», Op. Cit., p. 145.

³³ ROXIN, Claus: «Derecho...», Op. Cit., p. 52. Siguiendo el planteamiento roxiniano, sería el caso de una relación incestuosa o adúltera, pues si es realizada por personas adultas, con recíproco acuerdo y sin molestar a otros, no menoscaban ni derechos individuales ni bienes en el sentido de estados vulnerables, protegibles y valiosos.

b. Fundamento Político-Criminal

El *fundamento político-criminal*³⁴ o del sentido material de las normas, se deriva que sólo puede pretenderse razonablemente que los ciudadanos se abstengan de realizar determinada conducta o realicen alguna si les es conocido el mandato o prohibición previamente y con claridad suficiente. Sólo el carácter previo y taxativo de la norma proporcionan seguridad y certeza al ciudadano para orientar sus actos, y esta seguridad y certeza constituyen también su derecho «político» que la Constitución reconoce en el Art. 1, la seguridad jurídica.

c. Garantía de Derechos Institucionales

El principio de legalidad es expresión política de la garantía del ciudadano y de sus derechos fundamentales frente a la privación o restricción de éstos por el Estado, aspecto que origina el fundamento de la *garantía de los derechos institucionales*; es decir, es el reconocimiento del principio general de máxima libertad. En efecto, el Art. 8 Cn., dice: «*Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni a privarse de lo que ella no prohíbe*». En tal sentido, el principio de legalidad, tiene un **fundamento tutelar** del individuo, de donde resulta legítima la analogía *in bonam partem* (Art. 29 N° 5 CP); asimismo, la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable (Arts. 14 y 15 CP).

6. Consecuencias del Principio de Legalidad

Tradicionalmente al principio de legalidad se le atribuye una cuádruple dimensión³⁵, consecuencias o repercusiones³⁶, estas son: a) la prohibición del derecho consuetudinario para fundamentar o para agravar la pena (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*); b) la prohibición de retroactividad (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*); c) la prohibición de leyes penales y penas indeterminadas (*nullum crimen, nulla poena sin lege certa*); y, d) la prohibición de la analogía; (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*).

³⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich: «Tratado...», Op. Cit., p. 180.

³⁵ Así, JESCHECK, Hans-Heinrich: «Tratado...», Op. Cit., p. 173.

³⁶ Así, ROXIN, Claus: «Derecho...», Op. Cit., p. 140.

Estas consecuencias del principio de legalidad operan en forma de *prohibiciones*, convirtiéndose en una serie de garantías para los ciudadanos. De ellas la prohibición de la analogía y la exclusión del Derecho consuetudinario están dirigidas al juez; la prohibición de retroactividad y la prohibición de indeterminación de leyes penales al legislador³⁷.

a. La Prohibición del Derecho Consuetudinario para Fundamentar o para Agravar la Pena: Exigencia de Ley Escrita (*nullum crimen, nulla poena sin lege scripta*)

La formulación por escrito de las normas *–lege scripta–* constituye una exigencia de carácter positivo del Derecho Penal consolidado a partir de finales del siglo XVIII como elemental garantía de la libertad de los ciudadanos. Dicha exigencia viene impuesta desde entonces por el *principio de reserva absoluta de ley*, que expresa sintéticamente la necesidad de que todo delito y toda pena vengan predeterminados en la ley³⁸.

Cuando se dice que la ley penal debe ser *escrita*, se esta apuntando a que debe tratarse de una disposición normativa emanada del Órgano Legislativo. Por tanto, la ley es, enfatizamos, la única fuente directa del Derecho Penal. Esto supone, por lógica, que las disposiciones penales están en todo caso afectadas por al *reserva absoluta de ley*³⁹. Al respecto, la doctrina sostiene que todas las normas penales por el hecho de serlo, afectan a algún derecho fundamental, pues en la medida que prohíben o exigen conductas limitan la libertad individual⁴⁰.

En nuestro Ordenamiento Jurídico, según el principio de reserva de ley, que se contiene en los Arts. 15, 121 y 131 N.º 5 Cn., todos los actos estatales gravosos para los ciudadanos deben apoyarse en una ley formal. Esto rige sobre todo para el Derecho Penal, frente a lo que ocurre en otras ramas del Ordenamiento Jurídico, como por ejemplo, el Derecho Civil, en el que se

³⁷ Así, JESCHECK, Hans-Heinrich: «Tratado...», Op. Cit., p. 173. De igual forma ROXIN, Claus: «Derecho...», Op. Cit., p. 140.

³⁸ SERRANO-PIEDCASAS FERNÁNDEZ, José Ramón: «Conocimiento...», Op. Cit., Pgs. 27 y 91 a 93.

³⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich: «Tratado...», Op. Cit., p. 171.

⁴⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes: «Lecciones...», Op. Cit., p. 89.

admiten como fuentes del Derecho además de la ley otras, como la *costumbre*, por lo menos, en los casos en que la ley se remite a ella (Art. 2 CC); pero, para la definición de los delitos y el establecimiento de penas no se admite otra fuente que la Ley.

¿Qué significa que la materia penal está reservada únicamente a la ley? Este interrogante permite explicar que bajo la denominación de *reserva absoluta de ley* se pretende indicar la existencia de determinadas materias –en este caso la penal– que sólo se pueden regular por iniciativas de ley de funcionarios facultados para ello –los Diputados y el Presidente de la República por medio de sus Ministros, Art. 133 N° 1° y 2° Cn– y sobre una generalidad de materias en las que no les está vedada su competencia; mientras que la *reserva relativa de ley* señala un grupo de otras materias a regular por ley –en este caso: relativas al Órgano Judicial, al ejercicio del Notariado y de la Abogacía, y a la jurisdicción y competencia de los Tribunales, y la materia de impuestos municipales Art. 133 N° 3° y 4° Cn–, pero, como lo señala el texto constitucional, de manera estrictamente limitada a materias concretas. Debe aclararse que entre ambos tipos de leyes no existe un determinado orden jerárquico, sino que hay ámbitos que están predeterminados para cada una de ellas de acuerdo a las propias disposiciones constitucionales⁴¹. Esto es así porque en Derecho Penal las garantías formales del Estado de Derecho se afianzan lo más eficazmente posible, porque nada puede amenazar más seriamente la libertad individual que un acto arbitrario de la autoridad que use el poder punitivo como instrumento de poder.

De este modo, la reserva de ley, en el Derecho Penal, se formaliza más tajantemente que en las demás ramas del Ordenamiento Jurídico. Por consiguiente, del principio de legalidad se deriva la prohibición del Derecho consuetudinario en el sentido de que no pueden crearse nuevos delitos ni agravarse la pena de los ya existentes a través suya: exigencia de ley escrita (*nullum crimen sine lege scripta*).

La razón por la que se excluye el Derecho consuetudinario del Derecho Penal, descansa en el principio de que las normas penales sólo pueden ser

⁴¹ Sobre los conceptos de reserva absoluta de ley y reserva relativa de ley. Cfr. SERRANO-PIEDRACASAS FERNÁNDEZ, José Ramón: «Conocimiento...», Op. Cit., p. 92.

promulgadas a través del Órgano Legislativo que representa la voluntad del pueblo y por un procedimiento legalmente establecido (fundamentación democrática-representativa del principio de legalidad).

b. La Prohibición de Retroactividad: Exigencia de Ley Previa
(*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*)

Una conducta no puede desde ningún punto de vista castigarse como hecho punible sin que previamente a su realización estuviera establecido como tal (*nullum crimen sine lege praevia*); a su vez un hecho punible no puede castigarse más que con la pena que estuviera prevista por la ley al tiempo de su comisión (*nullum poena sine lege praevia*)⁴². La exigencia de una ley previa a la conducta que la defina como hecho punible y para ello prevea una pena es el contenido más asentado y tradicional del principio de legalidad, y su consecuencia jurídica es la prohibición de dotar a las nuevas leyes penales de efectos retroactivos. Pues, sólo si una conducta está previamente prohibida puede el ciudadano saber que si la realiza incurre en responsabilidad, sólo así puede acomodarse a la ley y disfrutar de seguridad en su posición jurídica.

Teóricamente son imaginables diversas clases de retroactividad. Así, por ejemplo: un hecho que no era punible en el momento de su comisión puede ser penado retroactivamente; o respecto de una acción que ya es legalmente punible, se puede introducir retroactivamente una clase de pena más grave o se puede agravar la pena dentro de la misma clase. Esas tres formas de retroactividad son inadmisibles constitucionalmente, pues la punibilidad de la conducta como tal o la agravación en su clase o cuantía, no puede operar hacia atrás si no estaba declarada y determinada legalmente antes del hecho.

El principio de irretroactividad se contiene como principio general del Ordenamiento Jurídico en el Art. 21 Inc. 1º Cn, que dice:

«Las leyes no pueden tener efecto retroactivo, salvo en materias de orden público, y en materia penal cuando la nueva ley sea favorable al delincuente».

⁴² JESCHECK, Hans-Heinrich: «Tratado...», Op. Cit., p. 184.

Por su parte, el Código Penal lo ha recogido tradicionalmente en el Art. 1 Inc. 1º, que dice:

*«Nadie podrá ser sancionado por una acción u omisión que la ley penal no haya **descrito en forma previa**, precisa e inequívoca como delito o falta, no podrá ser sometido a penas o medidas de seguridad que la ley **no haya establecido con anterioridad**».*

Precisamente porque la prohibición de la retroactividad es una garantía resulta constitucionalmente legítima la retroactividad de las normas penales favorables al delincuente. Verbigracia, si una nueva ley despenaliza una conducta o reduce la penalidad de la misma, habrá que observar, entre otros aspectos, lo siguiente:

a) Si el hecho ha dejado de ser delito, *según el estado del proceso*, puede presentarse el siguiente fenómeno:

1) Si ya existe condena, debe ordenarse la inmediata puesta en libertad del reo (Arts. 15 Inc. 2º CP y 431 Nº 6 CPP).

2) Si el proceso está en trámite, debe ordenarse el sobreseimiento definitivo (Arts. 14 CP, 308 Nº 1 y 431 Nº 6 CPP).

b) Si el hecho no ha dejado de ser delito pero la pena favorece al reo, *según el estado del proceso*, puede presentarse lo siguiente:

1) Si ya existe condena, antes del cumplimiento de la misma, debe modificarse la sentencia en cuanto a la pena (Arts. 15 Inc. 1º CP y 431 Nº 6 CPP);

2) Si el proceso está en trámite, se aplica, sin más, la ley más favorable (Art. 14 CP).

Precisamente, desarrollando el mandato constitucional, se regula la «retroactividad de la ley favorable» (Art. 14 CP) y, también la retroactividad de la «ley favorable posterior a la condena» (Art. 15 CP).

La prohibición de la retroactividad de la ley penal plantea una serie de cuestiones que serán tratadas, más adelante, por separado. En concreto, en el ámbito temporal de aplicación de la ley penal.

**c. La Prohibición de Leyes Penales y Penas Indeterminadas:
Principio de Determinación, de Certeza o de Taxatividad
(*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*)**

Además de las garantías formales a las que hemos hecho referencia, el principio de legalidad exige que las normas reúnan determinadas garantías materiales, o sea, la necesidad de que la norma penal incorpore un mensaje normativo determinado⁴³ —*preciso e inequívoco* como delito o falta—, aspecto que origina el principio de *determinación legal*. Este principio está dirigido al legislador, exigiéndole que formule la ley penal con máxima precisión (*lex certa* o *principio de taxatividad*), tanto en la determinación de la conducta, o tipicidad, como de la pena a imponer.

El mandato de certeza dirigido al legislador se enfrenta a una dificultad material: la de encontrar un lenguaje adecuado para *describir la conducta punible* del modo más completo, lo más objetivo y más comprensible posible⁴⁴. Los términos que se hallan al alcance del legislador para el empleo de la formulación típica pueden contener referencias más o menos materiales, directas y unívocas a su objeto.

Atendiendo a esta distinta vinculación que enlaza las expresiones con sus referentes, la doctrina ha venido distinguiendo unos términos descriptivos de otros normativos.

Los términos *descriptivos* se caracterizan por el hecho de que su interpretación precisa recurrir a la experiencia externa o interna —según sean objetivos

⁴³ «Es fácil, pues, advertir que toda indeterminación de la ley abre un espacio de decisión para los órganos aplicadores en el que el principio de legalidad desempeña un papel prácticamente nulo. De ahí la necesidad de que las normas posean un contenido claro y, en la medida de lo posible, «cerrado», taxativo». Así, SERRANO-PIEDRECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón: «Conocimiento...», Op. Cit., p. 94.

⁴⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich: «Tratado...», Op. Cit., p. 183.

o psicológicos— sin necesidad de recurrir a normas para comprender su significado, dado que se trata de términos que *se refieren a hechos perceptibles sensorialmente*.

Por su parte, los términos *normativos* requieren que la determinación de su significado se realice atendiendo a *una valoración*.

Según lo expuesto la expresión «matar», que alude al verbo «matar», del delito de Homicidio Simple (Art. 128 CP) es de carácter descriptivo, a diferencia, por ejemplo, del término «*impedimento*», que aparece en la tipificación de los Matrimonios Ilegales (Art. 192 CP), cuyo significado ha de determinarse a partir de lo dispuesto en el Código de Familia (Arts. 14 y 15) y que posee, en consecuencia, un carácter normativo. El ejemplo del Derecho de Familia nos permite arribar a las denominadas «*remisiones normativas*», las cuales ofrecen una alternativa a la formulación detallada, extensa y completa de las leyes. Son útiles cuando el legislador deja de referirse a determinados aspectos de un supuesto de hecho (o, en su caso, a las consecuencias jurídicas) porque ya están previstas en otras normas, del mismo ordenamiento o exteriores, a las que envía para completar el texto de la correspondiente disposición. Repárese, entonces, que el tipo penal de los Matrimonios Ilegales sería incomprensible, si no existiera tal remisión normativa.

Vemos, entonces, que desde una perspectiva positiva la función de garantía significa que debe exigirse al máximo la determinación en la ley penal (*nullum Crimen sine lege certa*). Pero, está claro que el legislador no puede limitarse a emplear términos puramente descriptivos y que se comprendan por sí mismos, sino que es inevitable que recurra a términos referenciales, vinculados a normas o a valores. Es por tanto admisible que el legislador incorpore al texto del tipo penal elementos *normativos* o *valorativos*, pero su legitimidad está limitada por la estricta necesidad lingüística.

Ahora bien, el uso de la técnica de términos referenciales plantea un problema particular en las leyes penales que remiten a normas de rango inferior para expresar el supuesto de hecho punible, como, por ejemplo:

- a) A un *reglamento*, como se hace en los en los delitos contra la salud pública (Art. 272 y 275 N° 5 CP) o en los delitos contra el medio ambiente (Art. 261 CP);

b) A *disposiciones* o *medidas administrativas*, como ocurre en los delitos relativos a la ordenación del territorio (Art. 253) o contra la seguridad e higiene de los centros de trabajo, salud y estudio (Art. 278); y,

c) Peor aún, si la remisión se hace a «*criterio de peritos*», en los delitos que regulan las defraudaciones al fisco (Art. 250 N° 3 CP).

Tales remisiones normativas, además de que pueden afectar el mandato de la *reserva de ley* en la definición de lo punible, por delegar en instancias administrativas parte de esa tarea, pueden afectar el mandato de *determinación*, pues ambos mandatos competen al legislador. En tal sentido, acorde a los principios de reserva de ley y de determinación, la utilización de normas remisivas en las que la conducta o la consecuencia jurídico-penal no se encuentra agotadoramente prevista en ellas, debiendo acudir para su integración a otra norma distinta, siempre deben tenerse presente los siguientes requisitos⁴⁵:

a) Que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal;

b) Que la ley, además de señalar la pena, contenga el *núcleo esencial* de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza, a tal punto que quede suficientemente precisada la conducta calificada de delictiva con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite y resulte de esa forma salvaguardada la función de garantía del tipo con posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada.

Con la prohibición de leyes penales y penas indeterminadas (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*), se pretende que en cada precepto se pueda reconocer qué características ha de tener la conducta punible, qué pena y en qué cuantía se puede imponer. Esto es lo que da origen al «mandato de determinación», el cual toma cuerpo, en la teoría del delito, por medio de la exigencia de tipicidad del hecho, que viene a constituir un límite a la arbitrariedad⁴⁶.

⁴⁵ BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio: «Lecciones...», Op. Cit., p. 41 y 42.

⁴⁶ MIG PUIG, Santiago: «Derecho...», Op. Cit., p. 85.

d. La Prohibición de Analogía: Exigencia de Ley Estricta (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*)

Esta prohibición aparece vinculado a la interpretación del Derecho Penal. En efecto, la aplicación de la ley requiere que el intérprete establezca el sentido de las normas para determinar qué supuestos se encuentran comprendidos por éstas. Por tanto, el intérprete y en su caso, el juez no puede desbordar los límites de los términos de la ley y aplicarla a hechos no previstos en la misma porque con ello violaría el principio de legalidad.

Así, el inciso 2° del Art. 1 del CP, dice:

«No podrá configurarse delito o falta, ni imponerse pena o medida de seguridad, por aplicación analógica de la ley penal»

Con tal disposición está prohibida la analogía como medio de creación y ampliación de preceptos penales así como de agravación de las penas y de las medidas ya existentes (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*). Pues, por prohibición de la analogía se entiende en el lenguaje científico «trasladar una regla jurídica a otro caso no regulado en la ley por la vía del argumento de la semejanza (de los casos)».

El término «*prohibición de la analogía*» no es del todo acertado, pues la analogía es un procedimiento de uso habitual en la lógica jurídica que se emplea en el Derecho en general y en Derecho Penal en particular incluso, aunque no sea «*in bonam partem*». Pero nada hay que objetar contra el empleo de dicha expresión, si se es consciente de que al decir prohibición de la analogía se está pensando en la analogía utilizada con la finalidad de crear Derecho⁴⁷.

B. PRINCIPIO DE LA DIGNIDAD HUMANA

El *principio de la dignidad de la persona humana* constituye un axioma supremo de toda organización social civilizada. Fue un punto central de la época de la Ilustración que concretó especialmente BECCARIA en el Siglo

⁴⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich: «Tratado...», Op. Cit. p. 180.

XVIII y que no ha dejado de inspirar la evolución doctrinal posterior y buen número de las reformas penales que se han producido hasta el presente.

Se pasó así, como se recordará, de un sistema penal que giraba en torno a la pena de muerte y a las penas corporales⁴⁸, a otro cuya espina dorsal han sido las penas privativas de libertad⁴⁹. Pero la evolución no se detiene aquí, en nuestros días se aprecia una importante y progresiva sustitución de las penas privativas de libertad por otras menos lesivas, por una parte, aparecen los arrestos de fin de semana o domiciliarios, la multa, la prestación de trabajos de utilidad pública (Art. 45 CP); por otra, también el reemplazo de la pena de prisión (Art. 74 CP), la suspensión condicional de la ejecución de la pena (Arts. 77 y 78), o incluso el perdón judicial (Arts. 82 y 372 CP). Esta evolución perdería sentido en una concepción en la que el Estado se concibiese como un fin en sí mismo y no al servicio de los individuos⁵⁰.

Siguiendo tales pautas la Constitución de la República (Preámbulo) y el Código Penal (Art. 2) erige tal postulado en fundamental, a tal punto que hay autores que lo consideran como la columna vertebral de todas las instituciones del Estado, del cual emanan los postulados plasmados en el Ordenamiento Jurídico.

En gran medida la historia actual del Derecho Penal está vinculada al reconocimiento de la dignidad humana⁵¹. Esto como producto de la influencia del Derecho natural. Su concepción de un hombre libre e igual, pone el acento

⁴⁸ COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S.: «Derecho...»; Op. Cit., p. 638.

⁴⁹ COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S.: «Derecho...»; Op. Cit., p. 639.

⁵⁰ La Constitución de la República, en el Título I, Capítulo Único, que se refiere a La Persona Humana y los Fines del Estado, dice:

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

«Asimismo reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción.»

«En consecuencia, es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la República, el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social.»

⁵¹ MIR PUIG, Santiago: «Derecho...», Op. Cit., p. 104. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: «Derecho...», Op. Cit., p. 73.

en plantear un límite al legislador, el que no ha de desconocer esa realidad y, por consiguiente, tratar al hombre como tal y no como un objeto o animal⁵².

En la época de la Ilustración se puso de manifiesto que no es posible la dignidad humana sin poner término a la necesidad del examen del hombre concreto, el cual señala desigualdades que si no se consideran en cuanto a tales, revierten en una mayor afección de la dignidad de la persona. Por ello el legislador no puede someter a un mismo tratamiento punitivo, por ejemplo: a un menor que a un adulto (Art. 35 Inc. 2 Cn).

Existe, indica JESCHECK⁵³, «un determinado núcleo de Derecho que según la conciencia jurídica general no puede ser vulnerado por ninguna ley ni por ninguna otra medida emanada del poder público. Este núcleo es inviolable y está sustraído al ejercicio del poder estatal para proteger la dignidad humana». Por tal motivo, los medios utilizados por el legislador no podrán atentar contra la dignidad concreta de la persona, esto es, no deben convertirse en instrumento de sometimiento y desigualdad. De ahí la abolición de la pena de muerte, la proscripción de la tortura y la crisis que sufre la pena privativa de libertad⁵⁴.

1. Noción

Con la dignidad humana se busca garantizar que el Estado al ejercer su intervención en el campo punitivo, no pueda rebasar ni menospreciar a la persona humana⁵⁵. En ese orden de ideas explica FERNÁNDEZ CARRASQUILLA⁵⁶, la dignidad humana significa que el ser persona es un dato fundamental de todo derecho que implica el reconocimiento de un rango o una prestación inderogables; los hombres son superiores a los seres irracionales e iguales entre sí porque al hecho de vivir agregan el de ser dueños de sus propias decisiones y por tanto de su destino personal. Ser tratado como objeto o reducido a instrumento de otro o de una colectividad, es violatorio de

⁵² Así, BUSTOS RAMÍREZ, Juan: «Manual...», Op. Cit., p. 56.

⁵³ JESCHECK, Hans-Heinrich: «Tratado...», Op. Cit., p. 16.

⁵⁴ Puede verse la prohibición expresa que a tales efectos hace la Constitución de algunas penas en el Art. 27 Incs. 1º y 2º.

⁵⁵ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: «Derecho...», Op. Cit., p. 33.

⁵⁶ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan: «Fundamentos...», Vol. II, p. 137.

esa dignidad, lo mismo que cualquier discriminación odiosa entre las personas⁵⁷.

2. Regulación Legal

En la Constitución de 1983 se expresa el reconocimiento a la dignidad de la persona y su concepción humanista, concordando los siguientes Arts. 1 Inc. 1º, 2, 3, 4 Inc. 2º, 10, 25, 34 Inc. 1º, 36 Incs. 1 al 3, 37, 55 Inc. 1º, 101 Inc. 1º, con el Preámbulo, que literalmente dice:

«NOSOTROS, REPRESENTANTES DEL PUEBLO SALVADOREÑO REUNIDOS EN ASAMBLEA CONSTITUYENTE, PUESTA NUESTRA CONFIANZA EN DIOS, NUESTRA VOLUNTAD EN LOS ALTOS DESTINOS DE LA PATRIA Y EN EJERCICIO DE LA POTESTAD SOBERANA QUE EL PUEBLO DE EL SALVADOR NOS HA CONFERIDO, ANIMADOS DEL FERVIENTE DESEO DE ESTABLECER LOS FUNDAMENTOS DE LA CONVIVENCIA NACIONAL, CON BASE EN EL RESPETO A LA DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA, EN LA CONSTRUCCIÓN DE UNA SOCIEDAD MÁS JUSTA, ESENCIA DE LA DEMOCRACIA Y AL ESPÍRITU DE LIBERTAD Y JUSTICIA, VALORES DE NUESTRA HERENCIA HUMANISTA, DECRETAMOS, SANCIONAMOS Y PROCLAMAMOS, LA SIGUIENTE CONSTITUCIÓN».

Por otra parte, en relación con el sentido del concepto dignidad de la persona humana, la Sala de la Constitucional de la Corte Suprema de Justicia a expresado lo siguiente: «...es claro que la dignidad de la persona humana —cuyo respeto, según el preámbulo constitucional, elemento integrante de la base sobre la cual se erigen los fundamentos de la convivencia nacional—, comprenda la afirmación positiva del pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo»⁵⁸.

⁵⁷ Ver el Art. 3 de la Constitución.

⁵⁸ Así, en Sentencia de 26-VIII-1998, Inc. 4-97, Considerando III I A. Cfr. GONZÁLEZ BONILLA, Rodolfo Ernesto, (Compilador): «Constitución...», Op. Cit., p. 3.

También la comunidad internacional la ha reconocido en un amplio catálogo de instrumentos internacionales sobre derechos humanos⁵⁹. Así, por ejemplo, el carácter primario de la dignidad humana es reconocido por el Art. 1º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (ONU, 1948), que dice:

«Artículo 1. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros».

Además, está presupuesto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 1966), ratificado en El Salvador por Decreto Legislativo, el cual expresamente el Art. 10-1 dice:

«Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano».

En el Art. 37, c) de la Convención sobre los Derechos del Niño, cuyo texto dice:

*«Artículo 37.- Los Estados Partes velarán por que:
c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad...»*

⁵⁹ Recuérdese que las reglas generales de Derecho Internacional expresadas en los Tratados o Pactos Internacionales que El Salvador ha suscrito, vinculan de forma inmediata al poder punitivo, esto es, tienen carácter preferente frente a las leyes; precisamente por ello es que se estipula que: «En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado» (Art. 144 Inc. 2º Cn), aunque no respecto a la Constitución, originando así por vía directa derechos y obligaciones para los habitantes de El Salvador.

También en los Arts. del 1 al 16 de la Convención contra la Tortura y otros tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes⁶⁰, encontramos referencias al principio de la dignidad de la persona humana.

El Código Penal en el Art. 2, en armonía con el Preámbulo de la Constitución y normas de la misma citadas como de las disposiciones de los instrumentos internacionales referidos, expresa lo siguiente:

«PRINCIPIO DE LA DIGNIDAD HUMANA

Art. 2.- Toda persona a quien se atribuya delito o falta, tiene derecho a ser tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. No podrá imponerse penas o medidas de seguridad, que afecten la esencia de los derechos y libertades de la persona o que impliquen tratos inhumanos o degradantes.»

3. Aspectos que Comprende

Dentro del principio de la dignidad de la persona hay que diferenciar dos aspectos⁶¹:

El primero, referido a la esencia misma del sistema estatal actual y que proviene del planteamiento de KANT, en el sentido de que la persona es un fin en sí y no puede ser medio para otro fin. Lo cual implica su reconocimiento como principio garantista dentro del sistema estatal, pues pone límites a la intervención del Estado, que no puede manipular a la persona, sino reconocerle su autonomía ética.

El segundo, referido sobre todo a la teoría de la pena e implica límites sustanciales a las clases de penas, a su determinación y a su ejecución. Esto está expresamente concretado en el Art. 27 Cn.

Por consiguiente, el principio del Estado de Derecho, en sentido material⁶², determina cómo ha de configurarse el Derecho Penal para que corresponda

⁶⁰ Organización de las Naciones Unidas, 1984. Tratado vigente en El Salvador, publicado en el Diario Oficial N° 92 de diecinueve de mayo de 1994.

⁶¹ Así, BUSTOS RAMÍREZ, Juan: «Manual...», Op. Cit., p. 57.

⁶² El principio del Estado de Derecho, en su vertiente formal, tiene su basamento en la exclusividad de la ley. Ver JESCHECK, Hans-Heinrich: «Tratado...», Op. Cit. p. 33.

al ideal del Estado justo. Por tanto, debe partirse, para ello, de la protección de la dignidad humana como norma fundamental de todo el sistema de valores de nuestra Constitución. De la dignidad humana se deriva, además, la exclusión de penas crueles o denigrantes y la prohibición de un trato indigno de los reclusos en el cumplimiento de la pena.

El Art. 27 de la Constitución está inspirado en el principio del respeto a la dignidad de la persona humana, pues en el inciso segundo dice expresamente:

«Se prohíbe la prisión por deudas, las penas perpetuas, las infamantes, las proscriptivas y toda especie de tormento».

Además, mediante el inciso primero se ha abolido la pena de muerte, al indicarse al efecto:

«Sólo podrá imponerse la pena de muerte en los casos previstos por las leyes militares durante el estado de guerra internacional».

No hay, pues, pena sin consideración de la persona como ser humano, porque ella no puede afectar al sujeto en su dignidad como ser social que es⁶³. En tal sentido la propia Constitución de la República al fincar este postulado en el principio de resocialización (Inc. 3º Art. 27) como manifestación del principio de la dignidad de la persona humana hace incompatible tal postulado con la existencia de sanciones penales, tales como la pena de muerte para los delitos comunes, las penas corporales e infamantes, las penas privativas de libertad de excesiva duración o perpetuas⁶⁴. Tales son los casos más significativos de afección a la incolumidad de la persona como ser social, y sobre esa base hay que entender la cláusula amplia de penas o tratos inhumanos degradantes.

⁶³ BUSTOS RAMÍREZ, Juan: «Manual...», Op. Cit., p. 386.

⁶⁴ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: «Curso...», Op. Cit., p. 89.

C. PRINCIPIO DE LESIVIDAD DEL BIEN JURÍDICO

Este postulado del Derecho Penal moderno, que ha recibido doctrinalmente diversas denominaciones, tales como: *principio de protección de bienes jurídicos*⁶⁵, *principio de ofensividad*⁶⁶, *principio de lesividad*⁶⁷, etc., en el fondo se trata de otro límite al poder punitivo del Estado, a fin de evitar la imposición de sanciones penales o la elaboración de tipos penales que no tengan como fundamento nuclear la protección de un *bien jurídico*.

El principio de lesividad del bien jurídico, como prefirió rubricarlo nuestro legislador en el Código Penal (ver epígrafe del Art. 3), desde los tiempos de la Ilustración⁶⁸ suele ser sintetizado en el tradicional aforismo liberal: *nullum crimen sine iniuria* (no hay delito sin daño). Desde entonces la garantía de la *dañosidad social*⁶⁹ de un comportamiento pretende construirse sobre la presencia de un bien jurídico⁷⁰.

⁶⁵ Así, BUSTOS RAMÍREZ, Juan: «Manual...», Op. Cit., p. 44. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, et al: «Lecciones...», Op. Cit., p. 48.

⁶⁶ Así, LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: «Curso...», Op. Cit., p. 82.

⁶⁷ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: «Derecho...», Op. Cit., p. 236.

⁶⁸ El Derecho penal moderno, que nace a fines del siglo XVIII como fruto de la Ilustración y de la Revolución Francesa, constituye una reacción contra el Derecho de la Monarquía Absoluta, y la consagración de los Derechos del Hombre, como individuo y como ciudadano. El Derecho penal, a partir de entonces, sólo se concibe como protector de los Derechos y Libertades individuales, en su doble vertiente de lo que debe protegerse y las restricciones operadas en su nombre: no cabe prohibir más que aquello que entrañe un ataque contra las libertades individuales, garantizándose el máximo posible de libertad. Así, CUELLO CONTRERAS, Joaquín: «El Derecho...», Op. Cit., p. 38.

⁶⁹ «Por ese motivo, expone BACIGALUPO, la orientación moderna cree resolver el problema definiendo el delito desde el punto de vista de su dañosidad social. Los comportamientos merecedores de pena serían aquellos que produjeran daño social (...). Sin embargo, la teoría en su afán de mantener una estricta separación de derecho y moral quiere referirse fundamentalmente a la lesión de bienes jurídicos». BACIGALUPO, Enrique: «Manual...», Op. Cit., p. 9.

⁷⁰ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, et al: «Lecciones...», Op. Cit., p. 48.

1. Noción⁷¹

Pero ¿Qué debemos entender por bienes jurídicos? HANS WELZEL⁷² nos dice que el objeto del Derecho Penal es la protección de los valores elementales de la vida comunitaria⁷³. El mismo autor señala que el Derecho Penal quiere proteger antes que nada determinados bienes vitales de la comunidad.

Bien jurídico es, pues, siguiendo al profesor alemán, *un interés vital de la comunidad o del individuo, que por su significación social es protegido jurídicamente*⁷⁴. Esta protección la cumple el Derecho Penal en cuanto prohíbe y castiga las acciones dirigidas a la *lesión o puesta en peligro* de los bienes jurídicos.

Ahora bien, de acuerdo al substrato normativo, el bien jurídico puede aparecer en las más variadas formas. Así, por ejemplo, como objeto psicofísico: la *vida* (Homicidio Simple, Art. 128 CP); como objeto espiritual o inmaterial, el *honor* (Difamación, Art. 178 CP); como estado real, la *intimidad* del hogar (Allanamiento de Morada, Art. 188); como relación vital, *matrimonio* (Matrimonios Ilegales, Art. 192 CP); como relación jurídica, la *propiedad* (Hurto, Art. 207 CP); etc.

Por otra parte, la vida, el honor, la libertad, etc., en cuanto afectan directamente a la persona se denominan «*bienes jurídicos individuales o personales*», para distinguirlos de los «*bienes jurídicos difusos o colectivos*», que afectan un bien colectivo o supraindividual, para el caso, la Administración de Justicia, es un bien jurídico que puede verse afectado por delitos tales como: Denuncia o Acusación Calumniosa (Art. 303 CP), o Falso Testimonio (Art. 305 CP), que tutelan una función fundamental del Estado: la correcta Administración de Justicia. Pero debe destacarse que el Derecho Penal no puede pretender orientar o marcar «*todos*» los valores sociales, sino sólo los

⁷¹ La cuestión teórica en torno al concepto de bien jurídico es algo que en doctrina no se considera acabado. «Hasta ahora no se ha logrado precisar el concepto de bien jurídico de modo que pudiera ofrecer una delimitación jurídicamente fundada y satisfactoria de su contenido». ROXIN, Claus: «Derecho...», Op. Cit., p. 54.

⁷² WELZEL, Hans: «Derecho...», Op. Cit., p. 11.

⁷³ En igual sentido: JESCHECK, Hans-Heinrich: «Tratado...», Op. Cit., p. 9.

⁷⁴ WELZEL, Hans: «Derecho...», Op. Cit., p. 15.

«mínimos necesarios». Cada precepto legal protege uno o varios bienes jurídicos⁷⁵. Asimismo, la característica de que los valores fundamentales tutelados por la ley penal sean «generalmente apreciados», viene a significar que la mayoría de la población siente la necesidad de que se les proteja, de lo cual se infiere que esos intereses se convierten en bienes jurídicos gracias a su incorporación a la esfera de protección del Orden Jurídico.

Así, afinando la noción, el bien jurídico está constituido por un interés individual o colectivo, de naturaleza material o espiritual, suficientemente importante para la convivencia como para sancionar su lesión o puesta en peligro mediante penas o medidas de seguridad⁷⁶. Esta noción amplia es de naturaleza político-criminal (objeto que puede reclamar protección jurídico penal), que no coincide con la noción dogmática⁷⁷ (que está referida a los bienes jurídicos efectivamente protegidos por el derecho positivo)⁷⁸.

2. Regulación Legal

Pero, el principio de lesividad de bienes jurídicos no opera sólo en el momento legislativo, en el cual se crea el delito, sino también en el de aplicación de la ley penal. Esto exige que tanto la figura típica (tipo penal) como la conducta concreta (acción delictiva) comporten una *lesión o puesta en peligro* del bien jurídico tutelado. De ahí que, sólo las acciones que pongan en peligro o lesionen un bien jurídico pueden ser objeto del Derecho Penal⁷⁹, lo que convierte a la idea del bien jurídico en un elemento central de la interpretación del tipo penal y, por tanto, del alcance de su aplicación. En tal sentido, bajo el

⁷⁵ Una modalidad de estos son los denominados delitos complejos. El delito complejo es un delito que, al reunir en sí dos o más delitos *simples*, se halla configurado con vistas a la protección de dos o más bienes jurídicos. Así, por ejemplo, robo, Art. 212 CP. Que aparece integrando en un solo tipo penal el Hurto (207 CP) y la Coacción (Art. 153 CP).

⁷⁶ CUELLO CONTRERAS, Joaquín: «El Derecho...», Op. Cit., p. 38.

⁷⁷ Dogmáticamente, los bienes jurídicos constituyen el objeto típico de protección de las normas penales. Cada injusto típico, que lesiona la norma penal, tiene como contenido material la lesión del bien jurídico protegido en el tipo legal. Así, POLAINO NAVARRETE, Miguel: «Derecho...», Op. Cit., p. 132.

⁷⁸ Así, MIR PUIG, Santiago: «Derecho...», Op. Cit., Pgs. 100 y 101. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan: «Derecho...», Tomo II, Op. Cit., p. 52.

⁷⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes: «Derecho...», Op. Cit., p. 72.

epígrafe : «*Principio de Lesividad del Bien Jurídico*» el Art. 3 del Código Penal reza así:

«No podrá imponerse pena o medida de seguridad alguna, si la acción u omisión no lesiona o pone en peligro un bien jurídico protegido por la ley penal».

Partiendo de este precepto, la conducta que infringe la norma penal puede consistir en una efectiva *lesión* del bien jurídico o, simplemente, en su *puesta en peligro*.

En el ámbito de nuestro Derecho Penal, la lesión de bienes jurídicos de naturaleza *material* desempeña el papel nuclear de los tipos penales de la Parte Especial. Sin embargo, ello no quiere decir que no se castiguen lesiones de bienes jurídicos puramente *espirituales* o *ideales*, o *puestas en peligro* de bienes jurídicos de naturaleza material, sino que tales penalizaciones han de cumplir una función derivada y secundaria. En efecto, el objetivo primario del Derecho Penal es la conservación de las condiciones materiales y externas de la coexistencia; y, a este objetivo, deben subordinarse tanto la protección de bienes jurídicos de naturaleza ideal como el castigo de las puestas en peligro de dichas condiciones materiales.

Lo antes dicho se respeta y constituye por eso un principio en el sistema del Código Penal. Precisamente, esa primacía de la lesión del bien jurídico constituye el componente básico de todo ilícito penal. Así, por ejemplo, en el Art. 3 CP el contenido del ilícito viene llamado como «*lesión*» o «*puesta en peligro*». Esto significa que junto a los delitos de lesión, existe una categoría, cada vez más extensa, de infracciones penales cuyo ilícito no consiste en un lesión, sino en una simple puesta en peligro de bienes jurídicamente protegidos. Tales ilícitos, denominados de «*peligro*», se clasifican en atención a la naturaleza de ese peligro, que constituye su contenido propio. Hay figuras (como los Arts. 264 y 278 CP), en las que el texto de la ley especifica la exigencia de un concreto peligro para determinados bienes. Frente a ellas, existen otras, (como el Art. 346 CP), en que esa exigencia de peligro no aparece expresamente requerida por la Ley. Se distingue, en ese orden, entre *delitos de peligro concreto* (el peligro es explícito) y *delitos de peligro abstracto* (el peligro está implícito).

Por otra parte, los bienes jurídicos, por regla general, suelen ser agrupados en los Códigos penales en familias de su mismo género. Nuestro Código Penal sigue tal criterio, así por ejemplo: «Delitos relativos a la vida» (Arts. 128 al 141); «Delitos relativos a la integridad personal» (Arts. 142 al 147); «Delitos relativos a la libertad» (Arts. 148 al 157); «Delitos contra la libertad sexual» (Arts. 158 al 173); etc.

3. Norma Penal y Juicios Valorativos

En toda norma jurídico-penal se encuentran implícitos dos juicios de valor: uno alude al *desvalor del resultado* y el otro al *desvalor de la acción*. Por tanto, en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico que el precepto penal quiere asegurar, radica el *desvalor del resultado* del hecho punible, por una parte y por otra, en la conducta que pone en peligro el objeto de ataque –bien jurídico– radica el *desvalor de la acción* del hecho punible⁸⁰.

El Derecho Penal lleva a cabo la protección de bienes jurídicos intentando que la voluntad de los ciudadanos se ajuste a las exigencias del Ordenamiento Jurídico. De esa forma el delito se presenta a la vez como lesión de un bien jurídico y como lesión de un deber.

Concluimos, entonces, que la exigencia de lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos requiere que lo que se incrimine en la norma sean «hechos» realizados mediante acción u omisión, y no meros pensamientos, actitudes o modos de vida, comportando así la exigencia de un Derecho penal del hecho, al que se opone la idea autoritaria de un Derecho penal de autor, que se plasmaba sobre todo en las leyes de peligrosidad social.

D. PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD (CULPABILIDAD)

El principio de culpabilidad o de responsabilidad individual, como también se le conoce, es considerado actualmente por la doctrina penal mayoritaria rector y límite de cualquier política criminal⁸¹.

⁸⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich: «Tratado...», Op. Cit., Pgs. 10 y 11. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: «Derecho...», Op. Cit., p. 237.

⁸¹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: «Derecho...», Op. Cit., p. 68.

En su sentido más amplio el término «culpabilidad» se contrapone al de «inocencia». De esa forma, bajo la expresión «principio de culpabilidad» pueden incluirse diferentes límites del *ius puniendi*, que tienen de común exigir, como presupuesto de la pena, que pueda «culpase» a quien la sufra del hecho que la motiva⁸². El principio de culpabilidad sirve, ante todo, a la necesaria protección del delincuente frente a toda extralimitación del Estado que ejerza una acción represiva⁸³. En tal sentido, el principio de culpabilidad contiene una doble limitación: que no hay pena sin culpabilidad (*nulla poena sine culpa*) y que la pena ha de ser proporcional al grado de culpabilidad, normal o disminuida⁸⁴.

Hoy en día, a este principio se le asigna una triple significación⁸⁵: a) como fundamento de la pena; b) como elemento para la determinación o medición de la pena; y, c) como lo contrario a la responsabilidad objetiva.

1. El Principio de Culpabilidad como Fundamento de la Pena

De acuerdo con esta significación se exige que la pena debe sólo fundarse en la constatación de que puede reprocharse el hecho a su autor⁸⁶. La pena supone culpabilidad, de modo que no puede ser castigado quien actúa sin culpabilidad. Culpabilidad es reprochabilidad⁸⁷. Con el juicio de desvalor de la culpabilidad se reprocha al autor no haberse comportado conforme a Derecho, no haberse decidido por el Derecho, cuando podía comportarse conforme a él. En tal sentido, la culpabilidad como fundamento de la pena, se refiere a si procede imponer una pena al autor de un hecho típico y antijurídico; pero, habiéndose establecido de él lo siguiente⁸⁸: 1) imputabilidad o capacidad de culpabilidad (Art. 27 N° 4 CP); 2) conocimiento de la antijuridicidad (Art. 28 Inc. 2° CP); y 3) exigibilidad de la conducta (Art. 27 N° 5 P). Elementos que en su conjunto integran la culpabilidad. La ausencia de alguno de estos

⁸² MIR PUIG, Santiago: «Derecho...», Op. Cit., p. 105.

⁸³ JESCHECK, Hans-Heinrich: «Tratado...», Op. Cit., p. 31.

⁸⁴ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: «Curso...», Op. Cit., p. 86.

⁸⁵ Así, MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARAN, Mercedes: «Derecho...», Op. Cit., p. 87.

⁸⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich: «Tratado...», Op. Cit., p. 30.

⁸⁷ ROXIN, Claus: «Derecho...», Op. Cit., p. 195.

⁸⁸ ROXIN, Claus: «Derecho...», Op. Cit., p. 791.

elementos es suficiente para que no pueda imponerse una pena. De esta primera significación se desprenden las otras significaciones⁸⁹.

2. El Principio de Culpabilidad como Elemento para la Determinación o Medición de la Pena

Conforme a este significado lo que se trata de determinar, no es el si, sino el cómo de la pena, su gravedad, su duración; es decir, la magnitud exacta que en el caso concreto debe tener una pena cuya imposición ha sido ya fundamentada. Por tanto, la determinación de la pena no puede sobrepasar el desvalor asignado al hecho debiendo ser proporcional a la culpabilidad del sujeto (Art. 63 CP); de tal suerte que, si la pena ha de ser compensación de la culpable violación del Derecho, debe mantenerse una adecuada proporción entre el contenido de la culpabilidad y la medida de la pena, es decir, la medición de la pena debe hacerse en el caso concreto dentro del marco mínimo y máximo que en abstracto se ha fijado en la ley (Art. 62 Inc. 2º CP). Obsérvese, en consecuencia, que con esta significación la culpabilidad cumple una función limitadora, que impide que la pena se imponga tanto por debajo como por encima de los parámetros señalados por la ley⁹⁰.

3. El Principio de Culpabilidad como lo Contrario a la Responsabilidad Objetiva

Bajo este significado, ha de entenderse que toda pena supone culpabilidad, de modo que no puede ser castigado quien actúa sin culpabilidad, con lo cual se propugna por una clara *exclusión de la responsabilidad por el resultado*⁹¹ o, más propiamente, utilizado en lenguaje de la ley «*queda prohibida toda forma de responsabilidad objetiva*» (Art. 4 Inc. 1º CP).

⁸⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich: «Tratado...», Op. Cit., p. 30.

⁹⁰ «...La cuestión de hasta qué punto la pena puede atenuarse por debajo de la medida de la culpabilidad por razones de prevención especial, se cuenta entre los problemas más discutidos en la actual Ciencia del Derecho Penal», Así, JESCHECK, Hans-Heinrich: «Tratado...», Op. Cit., p. 32.

⁹¹ MIR PUIG, Santiago: «Derecho...», Op. Cit., p. 108.

El principio de responsabilidad acuñado por nuestro Código Penal, se fundamenta en dos subprincipios que le dan contenido⁹²: «*principio de exigencia de dolo o culpa*» (Art. 4 Inc. 1° CP) y el «*principio de personalidad de las penas*» (Art. 4 Inc. 3° CP)

a. Subprincipio de Exigencia de Dolo o Culpa

Este subprincipio, también conocido como principio de responsabilidad subjetiva⁹³ —*principio de exigencia de dolo o culpa*— rechaza toda forma de responsabilidad objetiva o responsabilidad sin culpabilidad, es decir, la responsabilidad fundamentada en hechos causales o fortuitos en los que el sujeto carece de toda responsabilidad o, en los que tiene una responsabilidad tan sólo indirecta o causal; por consiguiente, el principio de dolo o culpa, exige que el delito se cometa o dolosamente o, al menos, por culpa, lo que excluye la responsabilidad por resultados vinculados causalmente a la conducta del sujeto, pero que ni eran previsibles ni evitables.

Una de esas formas de responsabilidad objetiva era la denominada *versari in re illicita*, originada en el Derecho Canónico para corregir versiones más brutales de la responsabilidad. De acuerdo con esta modalidad se hacía responder al sujeto por los resultados ulteriores conectados causalmente a un hecho ilícito o delictivo, y se le imponía igual pena que la señalada a este ulterior y causal resultado como que si hubiese sido buscado de propósito. Así, por ejemplo, el Código Penal anterior (1974), contenía una serie de delitos,

⁹² SERRANO PIEDECASAS-FERNÁNDEZ, José Ramón: «Conocimiento...», Op. Cit., p. 110.

⁹³ «Este principio, que también se puede denominar «principio del desvalor (subjetivo) de la acción», supone asimismo dos exigencias: que no puede haber pena sin dolo ni imprudencia, y que, en caso de haber alguna de esas formas de desvalor de acción, la pena ha de ser proporcional al grado de responsabilidad subjetiva, a la gravedad del desvalor subjetivo de la acción, por lo que, como regla general y salvo alguna excepción justificada por peculiaridades de algún delito, la comisión imprudente de un hecho no se puede penar igual, sino menos que la comisión dolosa (e incluso a veces la comisión culposa no es lo suficientemente grave como para que convenga su punición)». Así, LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: «Curso...», Op. Cit., p. 86. En igual sentido, sobre la denominación VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: «Derecho...», Op. Cit., p. 238.

tales como: «Lesiones en Riña» y «Homicidio en Riña»⁹⁴, en los cuales, para imponer una pena no había manera distinta que fundamentar la responsabilidad en forma objetiva.

b. Subprincipio de Personalidad de las Penas

El segundo de ellos —*principio de personalidad de las penas o de responsabilidad personal*⁹⁵— significa que sólo se puede responder por los hechos propios y no por los ajenos, desde ese punto de vista se limita la responsabilidad penal a los autores del hecho delictivo y a los que participan en él como instigadores o cómplices (Art. 32 CP). La idea de que el castigo penal requiere la culpabilidad del sujeto tiene su origen en el Derecho Penal de Antiguo Régimen⁹⁶, en el que se hacía responder por el delito de uno a sus parientes. En efecto, en tiempos primitivos, como lo señalan los antecedentes históricos del Derecho Penal, cuando un miembro de la tribu o de la familia cometía un delito, la responsabilidad de ese hecho se extendía a todos los demás integrantes del grupo. En la actualidad nadie admite la responsabilidad colectiva; es decir, un sujeto no puede ser castigado por un hecho que él no ha cometido.

4. Regulación Legal

Tal como está consagrado el principio de responsabilidad en el Art. 4 CP., responde a esas dos censuras que se han expresado. En efecto, tal norma dice:

«La pena o medida de seguridad no se impondrá si la acción u omisión no ha sido realizada con dolo o culpa. Por consiguiente, queda prohibida toda forma de responsabilidad objetiva.»

⁹⁴ Tipificados en el Arts. 159 y 176 del Código Penal de 1974, que decían, por su orden, lo siguiente: «Cuando en riña de tres o más personas que se acometen entre sí confusa y tumultuariamente, resultaren lesiones de cualquier naturaleza y no se supiere quien las hubiere causado, se impondrá a todos los participantes la pena de prisión que correspondiere a las lesiones más graves, rebajada hasta en una tercera parte.»; y, «Cuando riñeren tres o más personas, acometiéndose entre sí, confusa y tumultuariamente y resultare uno o más homicidios, sin poderse determinar al autor o autores de los mismos, se impondrá a todos los participantes la sanción de cuatro a doce años».

⁹⁵ Así, LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: «Curso...», Op. Cit., p. 88.

⁹⁶ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, et al: «Lecciones...», Op. Cit., p. 54.

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 hecho realizado por el sujeto.

La culpabilidad sólo se determinará por la realización de la acción u omisión».

Concluimos entonces manifestando que el sentido que se desprende de la letra de la ley es claro, por una parte, se impide la atribución a su autor de un resultado imprevisible, reduciendo las formas de imputación de un resultado a título de dolo o de culpa (Inc. 1°), es decir, de propósito o por una inexcusable falta de cuidado. Por otra, que la responsabilidad penal es personal, por la acción u omisión realizada, (Inc. 3°). Con lo cual queda claro que el principio de culpabilidad cumple una doble función fundamentadora y limitadora de la pena.

Por lo demás, la Constitución salvadoreña consagra sin duda el principio de culpabilidad o de responsabilidad personal, como principio estructural básico del Derecho Penal en el inciso primero del Art.12: *nulla poena sine culpa*. Disposición en la cual, por lo demás, se expresa por excelencia la plasmación procesal de la presunción de inocencia.

En el ámbito internacional aparece en el Art. 5.3 (Derecho a la Integridad Personal) de la Convención Americana de Derechos Humanos, al disponer: *«La pena no puede trascender de la persona del delincuente»*.

5. Excurso: El Derecho Penal de Acto o del Hecho y Derecho Penal de Autor

El carácter finalista del Derecho Penal, es decir, su principal misión protectora de bienes jurídicos⁹⁷ considerados fundamentales por el legislador,

⁹⁷ El concepto «bien jurídico» designa el objeto protegido por el sistema penal. Son bienes jurídicos, por ejemplo, la libertad, la vida, la salud individual, el patrimonio y el medio ambiente. Nuestro Derecho Penal se fundamenta en el principio de *«Lesividad del bien jurídico»* (Art. 3 Pn.). En ese orden de pensamiento dice Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée: *«La necesidad de identificar el objeto protegido por el sistema penal tiene un claro origen liberal y garantista. El concepto de «bien jurídico» nace como un planteamiento programático cuyo objetivo era limitar el poder de definir conductas criminales del Estado a la exclusiva protección de bienes jurídicos»*. BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZABAL MALAREE, Hernán: «Fundamentos...», Op. Cit., Pgs. 57 y 58.

aboca a la toma de radicales posiciones ideológico-políticas. En efecto, es la presencia dinámica de esa orientación en las leyes penales y en la dogmática, la que decide si se está frente a un Derecho Penal liberal y democrático, o, por el contrario, autoritario. Pues bien, una de las notas distintivas del Derecho Penal liberal y democrático es la fundamentación exclusiva de la responsabilidad penal en la conducta de la persona. Es decir, la responsabilidad penal por el principio del acto o del hecho, opuesta a la responsabilidad penal de autor. Esto da lugar a que en doctrina se hable de Derecho Penal de Acto o del Hecho y de Derecho Penal de autor.

a. Derecho Penal de Acto o del Hecho

Se entiende, según la moderna doctrina⁹⁸, por Derecho Penal de acto o del hecho aquella regulación, en virtud de la cual la punibilidad está conectada a una acción concreta, descrita típicamente, representando la sanción sólo la respuesta al hecho individual, y no a toda la conducción de vida del autor o a los peligros que en el futuro se esperan del mismo.

b. Derecho Penal de Autor

De cara al anterior concepto, se entiende por Derecho Penal de autor la conexión de la pena a la personalidad del autor, siendo su asocialidad y el grado de la misma la que decida sobre la sanción⁹⁹. Esta clase de Derecho Penal posibilita, sin más, la fundamentación de la responsabilidad penal, no en la acción del individuo, sino en el modo de ser, de pensar o de vivir. Se pena al hombre por lo que es o por la forma en que asume su existencia.

⁹⁸ Por todos véase a ROXIN, Claus: «Derecho...», Op. Cit., Pgs. 176 a 189.

⁹⁹ Para Bockelmann: «Lo que hace culpable aquí al autor no es ya que haya cometido un hecho, sino que sólo el que el autor sea 'tal' se convierte en objeto de la censura legal». Agregando: «allí donde entre los presupuestos de la conminación penal se incluye algo distinto y más que el sí y el cómo de una acción individual, y donde ese algo más debe buscarse en la peculiaridad humana del autor, estamos ante un sistema en que la pena se dirige al autor como tal». Bockelmann, citado por ROXIN, Claus: «Derecho...», Op. Cit., p. 177.

c. Las Posturas Doctrinales

Ahora bien, «El delito aparece en el mundo exterior como hecho cometido. Pero es siempre la obra de una persona, el autor, y, por ello, un suceso que caracteriza más o menos su forma de ser. Al legislador se le plantea, entonces, el problema de si los presupuestos de la penalidad deben determinarse de acuerdo con las características del hecho o si es preferible la descripción de formas criminales de la vida (tipos de autor). Teóricamente son imaginables ambas posibilidades de técnica legislativa. En el sistema del Derecho Penal de acto la pena se vincula al hecho antijurídico, pero lo decisivo para la penalidad es, en primer lugar, el reproche que se hace al autor por la comisión de un hecho delimitado en sus elementos («culpabilidad por el hecho»). En el sistema del Derecho Penal de autor la pena se vincula, por el contrario, directamente a la peligrosidad del autor, que, a su vez, para justificar la pena, debe ser reconducida a la «culpabilidad por la conducción de vida». Lo decisivo es aquí el reproche que se hace al autor por haberse convertido en una personalidad criminal»¹⁰⁰.

De ello se colige que la Teoría General del Delito ha de fundarse, de acuerdo a la ley, en acciones u omisiones como formas en que se presenta la conducta humana, es decir, en hechos, y no en la personalidad del autor¹⁰¹.

d. Toma de Postura del Legislador Salvadoreño

Nuestro Código Penal se sitúa desde el primer momento en un Derecho Penal de acto o del hecho, basado en los principios de legalidad (Art. 1) y responsabilidad (Art. 4), hemos visto que este último precepto determina que no hay pena o medida de seguridad sin una acción dolosa o culpable, frente a un Derecho penal de autor, fundamentado en la peligrosidad.

¹⁰⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich: «Tratado...», Op. Cit., p. 75.

¹⁰¹ JESCHECK, Hans-Heinrich: «Tratado...», Op. Cit., p. 265.

Sin embargo, en la determinación de la pena¹⁰² (Art. 63)¹⁰³ es imposible soslayar que se tiene en cuenta la personalidad del autor¹⁰⁴. El concepto de peligrosidad, que da pie al Derecho Penal de autor, pese a que está proscrito doctrinalmente, no es ajeno a nuestro ordenamiento jurídico constitucional, pues el Art. 13 Inc. 3º Cn., literalmente, señala lo siguiente:

«Por razones de defensa social, podrán ser sometidos a medidas de seguridad reeducativas o de readaptación, los sujetos que por su actividad antisocial, inmoral o dañosa, revelen un estado peligroso y ofrezcan riesgos inminentes para la sociedad o para los individuos. Dichas medidas de seguridad deben estar estrictamente reglamentadas por la ley y sometidas a la competencia del Órgano Judicial»¹⁰⁵.

¹⁰² «Si el límite máximo de la punición lo marca la gravedad del hecho, aunque luego operen las circunstancias personales del sujeto y su comportamiento ante y postdelictivo para cuantificar, hacia arriba o hacia abajo, la punición o para sustituirla, estamos ante manifestaciones residuales de Derecho penal de autor, pero siempre dentro de un Derecho penal de hecho como garantía de libertad y seguridad jurídica del ciudadano frente a posibles excesos (a los que sería mucho más propenso un Derecho penal exclusivamente de autor), y que por ello no son censurables, sino plausibles por permitir un trato más individualizado de cada delincuente». En tal sentido LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: «Curso...», Op. Cit., Pgs. 61 y 62.

¹⁰³ El citado artículo dice:

«DETERMINACIÓN DE LA PENA

La pena no podrá exceder el desvalor que corresponda al hecho realizado por el autor y será proporcional a su culpabilidad. Para la determinación de la pena, en cada caso, se tendrá especialmente en cuenta:

- 1) La extensión del daño y del peligro efectivo provocados;*
- 2) La calidad de los motivos que impulsaron al hecho;*
- 3) La mayor o menor comprensión del carácter ilícito del hecho;*
- 4) Las circunstancias que rodearon al hecho y, en especial, las económicas, sociales y culturales del autor; y;*
- 5) Las circunstancias atenuantes o agravantes, cuando la ley no las considere como elementos del delito o como circunstancias especiales».*

¹⁰⁴ En general, los preceptos de la Parte General del Código Penal que se refieren a la medición de la pena, son interpretados por un sector de la doctrina, por ejemplo citamos a Jescheck, como resabios de un derecho penal de autor. Otro sector, entre los que se encuentra Roxin, considera que no puede reconocerse tal influencia, dado que la opinión dominante —explica— «sólo admite esos criterios de medición de la pena «como indicios de la medida de la intensidad criminal y actitud interna que se revela en el hecho». Sobre este aspecto polémico Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich: «Tratado...», Op. Cit., Pgs. 74 a 76. ROXIN, Claus: «Derecho...», Op. Cit., Pgs. 176 a 189.

¹⁰⁵ La norma constitucional transcrita está inspirada en la antigua doctrina de la defensa social de los regímenes totalitarios. ¿Qué filosofía tiene una disposición fundamentada en tales principios doctrinales? Según los expertos dos factores influyeron en la concepción de la Defensa Social. Uno científico, derivado de la influencia del Positivismo en el ámbito del Derecho Penal, que se tradujo en un normativismo (Dogmática del Derecho Penal) y en un

Este marco jurídico heredado del Art. 166 Inc. 3º de la Constitución de la República de 1962, dio vida a la relegada y desprestigiada Ley de Estado Peligroso. La cual, salvo excepcionales casos, no fue aplicada cayendo en desuso; en la actualidad está tácitamente derogada, pese a que constitucionalmente tiene un marco de referencia.

Lo que sí debe quedar claro es que los principios constitucionales (legalidad, Art. 8 y culpabilidad, Art. 12) favorecen más el desarrollo de un Derecho Penal de acto o del hecho que el de un Derecho Penal de autor; pues las descripciones de acciones y de penas por el hecho se acomodan más al principio de precisión que unos preceptos que atiendan a un elemento criminógeno permanente en la persona del autor. De ahí puede colegirse que un ordenamiento jurídico que se base en principios de un Estado Democrático de Derecho se inclinará siempre hacia un Derecho Penal de acto o del hecho¹⁰⁶.

e. Importancia de la Distinción Doctrinal y Efectos Prácticos

La distinción doctrinal entre ambos tipos de Derecho Penal no es sólo una cuestión académica, científica o sistemática, sino también política. Sólo un Derecho Penal basado en el hecho cometido puede ser controlado y limitado democráticamente. El inminente peligro de un Derecho Penal de autor radica en que no permite limitar el poder punitivo del Estado y favorece, consecuentemente, una ideología totalitaria.

En la práctica, un puro Derecho Penal de autor tendría que fracasar, pues, por un lado, en un Estado de Derecho la prevención especial no puede

naturalismo (Criminología, y lo que hasta entonces se denominaba Política Criminal), de donde surgió la «Ciencia total del Derecho Penal»; y otro político, constituido por la crisis del Estado Liberal Clásico y su sustitución por el Estado Intervencionista, lo cual se reflejó en el campo jurídico con la postulación de un Derecho Penal de prevención efectiva, encaminado a la Defensa Social, y no de meras garantías como hasta entonces. Para un panorama bien detallado sobre el Movimiento de la Defensa Social, Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich: «Tratado...», Op. Cit., Pgs. 1047 a 1049. Una norma como la transcrita se opone, sin ninguna duda, al principio de culpabilidad que también posee rango constitucional (Art. 12). Mediante este principio (*nulla poena sine culpa*) la pena criminal sólo debe fundarse en la constatación de que puede reprocharse el *hecho* (delito) a su autor. No es difícil colegir que el principio de culpabilidad sirve, ante todo, a la necesaria protección del delincuente frente a toda extralimitación del Estado que ejerza una acción represiva.

¹⁰⁶ ROXIN, Claus: «Derecho...», Op. Cit., p. 177.

renunciar a los firmes tipos de acto, por cuya ejecución se reconoce la peligrosidad del autor, y, por otro, es indudable que los tipos penales también deben referirse a personalidades de autor atípicas.

Ello quiere decir que la intervención penal no puede responder a la represión de la personalidad del sujeto, su ideología o su forma de vida, puesto que el Código Penal concibe la medida de seguridad como una consecuencia frente al delito junto a la pena, pero ambas limitadas por la pena abstractamente aplicable al hecho cometido.

La responsabilidad penal de un hecho punible puede derivarse tanto de una acción como de una omisión. El Código Penal en tal sentido es expreso y, además, reiterativo en los artículos: 19, 1, 3 y 4. Por otra parte, así lo impone expresamente el principio de legalidad como principio básico de nuestro ordenamiento (Art. I del Código Penal).

E. PRINCIPIO DE NECESIDAD Y DE PROPORCIONALIDAD

El legislador ha introducido en el Art. 5 del Código Penal como presupuesto de la imposición de una consecuencia jurídica, además del principio de necesidad de la pena, el principio de la proporcionalidad.

1. Principio de Necesidad

El principio de la necesidad de la intervención del Estado con su poder sancionador fue planteado en los albores del Estado moderno por BECCARIA, y hoy reaparece con un amplio reconocimiento por parte de los juristas como otro de los límites materiales al ejercicio del *ius puniendi*.

Tal principio puede enunciarse de la siguiente manera: «La intervención penal del Estado sólo está justificada en la medida que resulte necesaria para la mantención de su organización política dentro de una concepción hegemónica democrática»¹⁰⁷. En tal sentido, todo lo que vaya más allá de tal

¹⁰⁷ Ver BUSTOS RAMÍREZ, Juan: «Derecho...», Op. Cit., p. 44.

medida lo encauza por la vía autoritaria, que termina inevitablemente en la supresión de las bases democráticas del Estado.

Este principio tiene diferentes proyecciones: a) última ratio y b) la fragmentariedad del Derecho Penal.

a. El Derecho Penal como Última Ratio

El Derecho Penal ha de entenderse como última ratio o, mejor aún, extrema ratio, esto es, sólo debe recurrirse a él cuando han fallado todos los demás controles, ya sean formales o informales. Pues, la gravedad del control penal, es decir, el modo tan directo y personal del ejercicio de la violencia estatal que él significa, impone que sólo se le considere en última instancia. Es el último recurso que ha de utilizar el Estado, sólo en ese caso está justificado¹⁰⁸.

b. El Carácter Fragmentario del Derecho Penal

Estrechamente vinculado a lo anterior está el carácter fragmentario del Derecho Penal. Es decir, dada la gravedad del control penal no es posible utilizarlo frente a toda situación, sino sólo respecto de hechos muy determinados y específicos. De otro modo el Estado podría convertirse en un Estado policial, y, además, se correría el riesgo de paralizar toda la actividad social a través de la violencia penal. Los ciudadanos de un Estado de Derecho no pueden vivir bajo la amenaza penal constante en todas las actividades sociales, eso sería la negación del Estado de Derecho, pues provocaría la inseguridad de sus ciudadanos. De ahí que en los últimos tiempos haya habido fuertes movimientos por una simplificación de la Parte Especial de los Códigos Penales, es decir, una tendencia a la descriminalización de conductas¹⁰⁹.

2. Principio de Proporcionalidad

Con este principio se pretende indicar que la gravedad de las penas a imponer ha de ser proporcional a la gravedad del hecho antijurídico cometido¹¹⁰.

¹⁰⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan: «Derecho...», Op. Cit., p. 44.

¹⁰⁹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan: «Derecho...», Op. Cit., p. 44.

¹¹⁰ LUZÓN PENA, Diego-Manuel: «Curso...», Op. Cit., p. 85.

De tal manera que las sanciones graves se destinen para los hechos punibles más atroces y las más leves para los de menor entidad¹¹¹. Este principio se convirtió en uno de los postulados por los que CÉSAR BECCARIA, luchó y denunció en su conocida obra «De los Delitos y de las Penas»¹¹².

La proporcionalidad es un principio regulador de todo el ejercicio de la función punitiva estatal, con consecuencias en el ámbito penal sustativo, en el procesal penal y en el de ejecución de la pena¹¹³.

El principio de proporcionalidad opera fundamentalmente en la puesta en relación de las conductas que han de configurarse como delito con las consecuencias jurídicas de las mismas, las penas y las medidas de seguridad. Por ello se habla de un principio de proporcionalidad de las penas con una doble proyección¹¹⁴: primero, en la fijación legislativa de las consecuencias jurídicas o fijación de las penas, lo que se produce en la conminación legal abstracta de cada delito y, segundo, en su aplicación judicial que se presenta en la determinación concreta que hace el juez al aplicar la ley.

a. Proporcionalidad en la Conminación Penal Abstracta

En fase de la previsión legislativa la cuantía de la pena debe estar proporcionada a la relevancia del bien jurídico que protege la figura delictiva y a su vez entre la misma y las distintas formas de ataque al bien jurídico que la conducta delictiva puede presentar: dolosa o culposa¹¹⁵, consumación o tentativa¹¹⁶, autoría o participación¹¹⁷. El principio de proporcionalidad requiere, pues, una relación de adecuación entre gravedad de la pena y daño al bien jurídico. Todo juicio de proporcionalidad se resuelve en valoraciones y compa-

¹¹¹ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: «Derecho...», Op. Cit., Pgs., 596 y 597.

¹¹² VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: «Derecho...», Op. Cit., p. 597.

¹¹³ Algunos autores sostienen que la idea de proporcionalidad no nació para las penas, sino para las medidas de seguridad. Al no encontrar éstas el límite del principio de culpabilidad, se hizo evidente la necesidad de acudir a la idea de proporcionalidad, para evitar que las medidas pudiesen resultar en medio desproporcionadamente grave en comparación con su utilidad preventiva. Así, MIR PUIG, Santiago: «Derecho...», Op. Cit., p. 110.

¹¹⁴ Así, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, et al: «Lecciones...», Op. Cit., p.51.

¹¹⁵ Ver, por ejemplo, la penalidad del Homicidio Simple (Art. 128 CP) y la del Homicidio Culposo (Art. 132 CP).

¹¹⁶ Ver el significado de los Arts. 62 Inc. 1º y 68 CP.

¹¹⁷ Confrontar los Arts. 65 y 66 CP.

raciones, es decir, en una «ponderación». Las penas más graves deben reservarse para los delitos que atacan los bienes jurídicos más fundamentales¹¹⁸. De ahí que la medida máxima de la pena está establecida a partir de los delitos contra la vida, situándose en la cúspide del ordenamiento jerárquico de bienes jurídicos¹¹⁹.

Por otra parte, las penas para cada delito se gradúan acomodadas a la gravedad del modo de afectación del bien jurídico y a las propiedades subjetivas de la conducta que atenta contra él. Esta graduación se hace, a veces, en la Parte General de modo abstracto, por ejemplo: la graduación entre consumación y tentativa (Arts. 62 Inc. 1º y 68 CP); y otras veces en la Parte Especial, por ejemplo, atendiendo a las propiedades materiales de la conducta homicidio simple (Arts. 128 CP) y homicidio agravado (Arts. 129 CP) o entres figuras dolosas o intencionales y el homicidio culposo (Arts. 132 CP).

b. Proporcionalidad de las Penas en su Aplicación Judicial

En contra de la antigua arbitrariedad judicial en la elección y duración de las penas, en un primer momento, así como a la previsión de las penas fijas, en un segundo momento, se ha impuesto un sistema distinto, que le permite al juez, aplicando las reglas de individualización de las penas, un margen de arbitrio que tiene que aplicar proporcionadamente tomando como base circunstancias objetivas y subjetivas del delito cometido. Aquí cuenta fundamentalmente la gravedad intrínseca del hecho, por el grado de desvalor del resultado y de la acción, tales como: importancia y número de bienes afectados, entidad del daño, peligrosidad de la acción y desvalor de la intención. Pero también puede influir, aunque secundariamente y sin excesos, la gravedad «extrínseca» del hecho, esto es, el peligro de frecuencia de su comisión y consiguiente alarma social, que también cabe incluir en el desvalor

¹¹⁸ Ver en ese sentido el Art. 18 CP.

¹¹⁹ Sin embargo, es evidente la desproporción punitiva, sobre la base del bien jurídico protegido, que existe entre los delitos de Homicidio Simple (Art. 128 CP) y Secuestro (Art. 149 CP). El primer tipo penal asigna una pena al hecho de «matar a una persona dolosamente», de 10 a 20 años de prisión; en cambio, el segundo, tipo penal asigna una pena al hecho de «secuestrar a una persona», de 30 a 45 años de prisión.

objetivo de la acción¹²⁰. Si un hecho es poco grave, no se puede castigar igual que otro más grave, se trata de una exigencia propia de un Estado democrático que responde al principio de igualdad, que exige tratar por igual lo igual, pero desigualmente lo desigual.

En ocasiones se le permite al Juez fijar la pena de manera alternativa (Arts. 147 –prisión o multa– y 375 –arresto de fin de semana o multa– CP), y, en todo caso está previsto un marco mínimo y máximo de duración de las penas principales, ya se trate de: prisión, arresto de fin de semana, arresto domiciliario, multa o prestación de trabajo de utilidad pública (Art. 45 CP) y, también, un marco mínimo y máximo de penas accesorias (Art. 46 CP). Por ejemplo en el delito de homicidio la pena es de 10 a 20 años (Art. 128 CP). Dentro de ese marco los jueces pueden aplicar la pena que estimen conveniente utilizando las reglas que el propio Código Penal establece según concurran o no circunstancias atenuantes o agravantes (Arts. 29 y 30 CP). Además, hay reglas para supuestos de consumación y tentativa (Art. 68 CP), para supuestos de autoría y de participación (Arts. 65 y 66 CP). Se trata en suma de una completa técnica, que ha llegado a llamarse “aritmética» penal, inspirada en principios de proporcionalidad. Pero al juez, tras seguir todas esas reglas, siempre le queda un margen de arbitrio que tiene que aplicar proporcionadamente a las circunstancias objetivas y subjetivas del delito cometido (Art. 63 CP).

Ahora bien, modernamente viene interpretándose la proporcionalidad en un sentido garantista, es decir, que ha de servir para determinar los grados máximos de penalidad y no para definir grados mínimos irreductibles¹²¹. O sea, el juicio de proporcionalidad con la gravedad del delito y la personalidad del autor deben servir para impedir penas superiores a dicha proporción, pero debe permitirse siempre al juez la posibilidad de reducir la pena por debajo del mínimo genérico de la pena, e incluso sustituir las penas de prisión por otras más leves (Reemplazo de la Pena de Prisión, Art. 74 CP), o prescindir de la pena como tal, a través de instituciones como el perdón judicial (Arts. 82 y 372 CP), como la libertad condicional (Arts. 85 y 86 CP), o la suspensión condicional de la ejecución de la pena (Art. 77 CP), todo lo cual debe realizarse

¹²⁰ LUZÓN PENA, Diego-Manuel: «Curso...», Op. Cit., p. 85.

¹²¹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, et al: «Lecciones...», Op. Cit., p.53.

en vez de con criterios de proporcionalidad, con criterios de adecuación y de necesidad a los fines de prevención general y de resocialización, que debe perseguir la pena en su aplicación al caso concreto por parte del juez (Art. 5 CP). El Código Penal, tanto por la configuración de las propias penas como por las posibilidades de sustituir las de prisión por multas y arrestos de fin de semana, ha supuesto un importante progreso sobre el sistema anterior.

Finalmente, ha de tomarse en cuenta que el principio de proporcionalidad a los fines de la pena tiene una triple dimensión¹²²: ser necesaria, adecuada y proporcionada.

El principio de *necesidad* reclama que la incriminación de una conducta sea medio imprescindible de protección de bienes jurídicos y comporta la intervención mínima posible sobre los derechos de la persona para alcanzar tal fin, lo que conocemos, respectivamente, como principio de protección de bienes jurídicos y principio de intervención mínima.

En segundo lugar, el principio de *adecuación* requiere que la incriminación de la conducta y la consecuencia jurídica de la misma, pena o medida de seguridad, sea apta para alcanzar el fin que lo fundamentan.

En tercer y último lugar, el principio de *proporcionalidad* en sentido estricto requiere un juicio de ponderación entre la carga de privación o restricción de derechos que comporta la pena y el fin perseguido con la incriminación y con las penas en cuestión.

F. PRINCIPIO DE APLICACIÓN GENERAL DEL CÓDIGO PENAL

Las disposiciones penales salvadoreñas, que conforman el Derecho Penal sustantivo o material, esto es el Derecho Penal propiamente dicho, se encuentran¹²³: a) en el *Código Penal* (vigente a partir de 20 de abril de 1998); y, b) en una variedad de *leyes penales especiales*.

¹²² Cfr. SERRANO-PIEDRACASAS FERNÁNDEZ, José Ramón: «Conocimiento...», Op. Cit., p. 100.

¹²³ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes: «Derecho...», Op. Cit., p. 29.

Desde ese punto de vista, la doctrina subdivide el Derecho Penal sustantivo en *Derecho Penal común* y *Derecho Penal especial* o *accesorio*. Se trata de una relación entre el género y sus especies¹²⁴. La denominación de «*Derecho Penal accesorio*»¹²⁵ no responde a la importancia de dichos preceptos, que tanto por su naturaleza como por el peso de su contenido, constituyen sectores fundamentales del Derecho Penal y que sólo por razones de técnica legislativa no han sido incluidos en el Código Penal¹²⁶.

Por Derecho Penal común se designa el conjunto de normas penales organizadas o sistematizadas en un solo cuerpo de leyes, tal es el caso de nuestro Código Penal que, como todos los Códigos modernos, consta de una *Parte General* (Libro I), que contiene los principios rectores (Garantías Penales Mínimas) y otras disposiciones de carácter general reguladoras de los tipos penales, y una *Parte Especial*, que define los delitos (Libro II) y las faltas (Libro III) en particular y señala las penas a ellos aplicables.

Por Derecho Penal especial o accesorio se designa, en cambio, al contenido en otras leyes penales distintas del Código Penal, generalmente posteriores a la expedición del Código punitivo y, por tanto, no incorporadas expresamente en este, por ejemplo: la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos (vigente a partir de 1999), aunque puede tratarse también de leyes penales especiales preexistentes que no han sido derogadas por el Código Penal, tal es el caso de: la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas (vigente a partir de 1991). Estas leyes consagran no sólo tipos penales con sus consecuencias jurídicas, sino también preceptos generales de diversa índole.

Esta clasificación es importante porque a las leyes penales no incluidas en el Código Penal, se les aplican siempre —como consecuencia del principio de jerarquía normativa¹²⁷— los principios fundamentales previstos en el Código, es decir, el Principio de Legalidad (Art. 1); el Principio de la Dignidad Humana (Art. 2); el Principio de Lesividad del Bien Jurídico (Art. 3); el Principio

¹²⁴ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: «Derecho...», Op. Cit., p. 52.

¹²⁵ A la suma de los preceptos penales contenidos fuera del Código Penal en leyes penales especiales se la denomina «Derecho penal accesorio». Así, ROXIN, Claus: «Derecho...», Op. Cit., p. 44.

¹²⁶ Ver JESCHECK, Hans-Heinrich: «Tratado...», Op. Cit., Pgs. 148 y 149.

¹²⁷ Ver RODRÍGUEZ DEVESA, José María: «Derecho...», Op. Cit., p. 34.

de Responsabilidad (Art. 4); y, el Principio de Necesidad (Art. 5), inclusive aunque estas leyes contengan preceptos distintos y, desde luego, las disposiciones generales, en cuanto ellas no dispongan otra cosa.

Así lo determina expresamente el Art. 6 CP, que regula el «Principio de Aplicación General del Código Penal», cuyo tenor literal reza¹²⁸:

«Los principios fundamentales del presente Capítulo, serán aplicables siempre.

«Las normas generales de este Código serán aplicables a los hechos punibles previstos en leyes especiales, salvo que estas contengan disposiciones diferentes».

Por último, cabe agregar que el Derecho Penal común es aplicable a la generalidad de las personas sin distingos de ninguna índole¹²⁹. En cambio, el Derecho Penal especial es aplicable a determinadas personas en atención a una cualidad especial¹³⁰ o tutelan bienes o valores jurídicos específicos¹³¹. En él se incluyen: el Derecho Penal de Menores, por medio de la Ley Penal Juvenil; el Derecho Penal Militar, por medio del Código de Justicia Militar.

Pero, además, forman parte del Derecho Penal especial el Derecho Penal Aduanero, por medio de la Ley Especial para Sancionar Infracciones Aduaneras, aunque debe observarse que esta ley no atiende al *status* de las personas, sino a la materia regulada, pues la ley ha erigido de manera específica el contrabando (Art. 15), por ejemplo, como delito tipificado en una ley especial por razones de Política Criminal. Lo mismo puede decirse de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas y de la Ley contra el Lavado de Dinero y de Activos.

¹²⁸ Para complementar el estudio de esta disposición véase: TREJO ESCOBAR, Miguel Alberto: «Curso de Derecho Penal Salvadoreño», (Parte General), Nociones Fundamentales, Volumen I, Triple «D», San Salvador, 2002, Pgs. 7 a 16.

¹²⁹ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: «Derecho...», Op. Cit., p. 52.

¹³⁰ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan: «Derecho...», Op. Cit., p. 51.

¹³¹ DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal y DE MATA VELA, José Francisco: «Curso...», Op. Cit., p. 82.

G. OTROS PRINCIPIOS

1. Principio de Resocialización

Doctrinalmente no existe acuerdo acerca de lo que debe entenderse por resocialización, ni lo que significan otros múltiples términos empleados, tanto a nivel legislativo como científico, tales como: reeducación, readaptación social, reinserción social, etc. En realidad, ello es producto de la ambigüedad de estos conceptos, que permite que sean defendidos desde posiciones doctrinales divergentes y en muchas ocasiones antitéticas. Pero la crisis que padece actualmente la resocialización no es solamente terminológica, sino que afecta a su propia esencia. Las críticas que recibe la idea de resocialización reflejan la crisis del propio Derecho Penal, sus íntimas contradicciones, sus fracasos y frustraciones¹³².

Se ha considerado con acierto que pretender reeducar a través de la ejecución penal es un despropósito, que pugna con los conocimientos actuales de la Criminología, de la Ciencia Penitenciaria, de las Ciencias de la Conducta y de la propia Política Criminal. La pena, en la forma que hoy se cumple y ejecuta no resocializa a nadie, sólo estigmatiza. La prisión es justamente el medio menos idóneo para resocializar.

La reinserción, entendida como la posibilidad de reincorporación pacífica del individuo en la sociedad es una meta que sí puede ser alcanzada. Por ese motivo se habla de resocialización para la libertad, procurando que el interno lleve en libertad una vida sin delito, «socializar significa que el sujeto lleve en el futuro una vida sin cometer delitos». La función de resocialización exige que el Estado auxilie a todo aquel sujeto que cumple una pena, en particular penas de privación de libertad, para que no sean aislados totalmente de la sociedad, además que se le proporcionen los medios adecuados para reincorporarse a la misma una vez cumplida aquella, es decir, que la prisión no se convierta en un medio desocializador. Así, el principio de resocialización permite al recluso participar de la vida en sociedad, sin privársele de su dignidad.

¹³² SERRANO-PIEDecasas FERNÁNDEZ, José Ramón: «Conocimiento...», Op. Cit., p. 115.

Este principio es acogido en nuestra Constitución en el Art. 27 Inc. 3°, que reza:

“El Estado organizará los centros penitenciarios con el objeto de corregir a los delincuentes, educarlos y formarles hábitos de trabajo procurando su readaptación y la prevención de delitos”.

Vemos, pues, como la Constitución contiene un precepto que fundamenta la formulación de un principio general del ordenamiento jurídico penal que se denomina de resocialización (27 Inc. 3°). El principio de resocialización se resuelve, pues, en la idea de ejecución de la pena a través del ofrecimiento de medios para que el sujeto pueda participar en el futuro en la vida social sin recaer en el delito. Es decir, el Estado no puede reducir su misión a la de mero gendarme, custodio del delincuente y desinteresado de su destino. El principio de resocialización así entendido permitiría considerar constitucionalmente ilegítimas penas que conceptualmente excluyen la resocialización, como ejemplo, la cadena perpetua, así como aquellas penas temporales que por su duración extrema tengan efectos similares.

Tal obligación estatal se traduce, por una parte, en la construcción de un sistema de ejecución de la pena que ofrezca al condenado medios y oportunidades para su reinserción, y por otra, cuando menos, en la exigencia de institutos jurídicos que puedan facilitar la resocialización sin lesionar los objetivos de prevención general, como es el sistema vigente de la libertad condicional (Arts. 85 y 96 CP) o de la suspensión condicional de la ejecución de la pena (Art. 77 y 78 CP).

Lamentablemente, la disposición constitucional poco o casi nada se cumple en nuestra realidad, pues, como decíamos al analizar otros principios, el sistema de corrección y readaptación no funciona a cabalidad en nuestro país, en abierta violación al principio enunciado. Las exigencias democráticas de que los ciudadanos pueden participar en la vida en sociedad, reclama que el Derecho Penal evite la marginación indebida del delincuente. Si la privación de libertad es inevitable, habrá que instrumentar los medios adecuados para que su ejecución evite los efectos desocializadores.

MATERIALES PARA EL TRABAJO PRÁCTICO

1. Lecturas Seleccionadas

A) EL CARÁCTER CONSTITUCIONAL DE LAS GARANTÍAS CONTENIDAS EN EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD. *«El principio de legalidad es el principal límite impuesto por las exigencias del Estado de Derecho al ejercicio de la potestad punitiva e incluye una serie de garantías para los ciudadanos que genéricamente pueden reconducirse a la imposibilidad de que el Estado intervenga penalmente más allá de lo que permite la ley. Esta formulación tan amplia se concreta en el contenido esencial del principio y en diferentes derivaciones del mismo que conforman las distintas garantías individuales. De esa forma, el contenido del principio de legalidad en materia penal radica en que no puede sancionarse ninguna conducta ni imponerse pena alguna que no se encuentre establecida en la ley, lo que coincide propiamente con el denominado principio de legalidad de los delitos y penas, frecuentemente expresado mediante el aforismo «nullum crimen, nulla poena, sine lege». Se trata de un principio cuya plena consolidación pertenece al nacimiento del Derecho penal moderno, si por tal entendemos el propio del Estado liberal. Y asimismo, nos encontramos ante un principio plenamente asumido por la comunidad internacional, como demuestra su acogimiento en los acuerdos supranacionales más importantes de nuestro tiempo (...) Sin embargo, la mera existencia de una ley no garantiza el cumplimiento del principio de legalidad en la aplicación de una pena, como demuestra el hecho de que la existencia de leyes e incluso, la proclamación formal del principio de legalidad hayan convivido en regímenes autoritarios a la constante violación de los derechos individuales. Precisamente para evitar que el principio de legalidad sea una proclamación vacía de contenido, la ley debe reunir una serie de requisitos que generalmente se resumen en la necesidad de que sea escrita, previa a la realización de los hechos que se pretende sancionar y estricta, esto es, que establezca claramente las características del hecho punible. Según los distintos momentos en que opera el principio de legalidad de los delitos y las penas, contiene, en primer lugar, las denominadas garantía criminal y garantía penal, lo que se corresponde con la originaria formulación de dicho principio. Estas garantías actúan en el momento de la definición legal de los delitos y las*

penas y en el de la decisión sobre la responsabilidad penal y la pena aplicable, pero a ellas se ha añadido otras que operan en momentos distintos; concretamente, el principio exige también que la decisión sobre la responsabilidad penal y sobre la pena aplicable se lleve a cabo mediante el proceso establecido legalmente y por los órganos judiciales competentes, en cumplimiento de lo que se conoce como garantía procesal y jurisdiccional. Por último, se exige también que la pena impuesta se ejecute con arreglo a las disposiciones vigentes, exigencia que constituye la llamada garantía de ejecución o principio de legalidad de la ejecución. Se trata, por tanto de que el Estado actúe con total sometimiento al imperio de la ley y dentro de sus límites, pero también de que los ciudadanos conozcan en todo momento cuáles serán las consecuencias de su conducta y el modo en que dichas consecuencias les van a ser aplicadas, con la absoluta seguridad de que si la ley no las establece, nunca podrán afectarles». MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes: **«Derecho Penal»**, (Parte General), Tirant lo blanch, Valencia, España, 1993, Pgs. 89 a 91.

B) ¿CRISIS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD? Los indicios de la crisis: «Hans Ludwig Schreiber planteó no hace mucho tiempo el dilema sobre la posible superación del principio de legalidad en Derecho penal, ya que una serie de circunstancias parecían convertir el ideal ilustrado de sumisión del poder penal del Estado a la voluntad objetivada en la ley en una pura utopía; lo que habría de llevar a la superación del principio «formal» de legalidad. Las circunstancias que podrían hacer pensar en una crisis del principio de legalidad son fundamentalmente: 1. El empleo por parte del legislador de elementos que hacen inviable la mera subsunción del caso concreto en la ley (cláusulas generales, elementos necesitados de valoración por el juez y que la ley no proporciona, tipos normativos, criterios y cláusulas facultativas de medición de la pena, etc.). 2. La investigación sociológica, tendente a demostrar que la decisión judicial está guiada por prejuicios e intereses perseguidos por los jueces al margen de los contenidos legales aplicables (justicia clasista). 3. La propia doctrina sobre el método jurídico, proclive a entender el proceso de aplicación del Derecho como un acto de creación del mismo antes que como mera ejecución de la ley. A las anteriores circunstancias cabe añadir (4) el frecuente uso por parte del legislador de las remisiones normativas

de rango inferior a la ley, lo que deja en manos del ejecutivo la regulación de la materia penal. Frente a esta situación, no cabe otra alternativa que mantener la vigencia del principio de legalidad, pero dando cuenta de lo que significan las mencionadas circunstancias, que obligan a renunciar a concebir hoy el principio de legalidad como pretendió la Ilustración (que haría de la actividad judicial la «mera boca que pronuncia la palabra de la Ley»: Evidentemente, la aplicación del Derecho legislado por parte de los Tribunales no es un proceso consistente en un puro acto de subsunción del hecho bajo la ley, lo que, sin embargo, no implica renunciar a lo que el principio de legalidad entraña en el Estado de Derecho». CUELLO CONTRERAS, Joaquín: **«El Derecho Penal Español»**, Curso de Iniciación, (Parte General), Nociones Introdutorias, 1ª edición, Civitas, Madrid, España, 1993, Pgs. 173 a 174.

C) ¿HUMANIZACIÓN DEL DERECHO PENAL?

«Frecuentemente se atribuye la humanización del Derecho penal a una especie de legado del Iluminismo. Es, desde luego, cierto que la teoría del contrato social entre los ciudadanos era especialmente adecuada para fundamentar derechos y libertades frente al Estado, y así fue utilizada tanto en el Derecho penal material como en el proceso penal. Pero esto no quiere decir que no haya habido épocas anteriores con las mismas ideas humanizadoras del Derecho penal. En todo caso, lo cierto es que el principio de humanidad, correctamente entendido, debería ser el principio rector del Derecho penal y de la Política criminal, pues sólo un sistema jurídicopenal que tenga como meta exclusiva la protección de intereses humanos corresponde a una teoría personalista del bien jurídico y a un control formalizado de la desviación. Pero, desgraciadamente, no es tan seguro que este principio de humanidad sea una de esas conquistas estables e irreversibles en la evolución del Derecho penal. Basta sólo con recordar cuántas veces a través de la historia ha faltado ese rasgo de humanidad en el Derecho penal. Y desgraciadamente no se trata de casos «aislados», sino de consecuencia natural de toda una ideología que ya existía previamente. En todo caso, ello demuestra que no existe una línea continua que lleve directamente a la humanización del Derecho penal, a través de una continua atenuación de sus consecuencias y la construcción de unas garantías formales. Estas mismas dudas sobre la tendencia a la humanización del Derecho penal se basan también en el concepto mismo

de «humanidad». La concepción personalista del bien jurídico y las garantías formales no son cualidades, sino misiones a cumplir. Tanto en su fundamentación como en su configuración son elaboradas científicamente tras un proceso de lucha política a través del cual se consiguen. Esto quiere decir que siempre serán científicamente discutibles y políticamente superables. Su existencia depende, pues, de condiciones evolutivas antropológicas, sociales y políticas que son, obviamente, inestables y, por tanto, no disponibles por la Política». HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco: «Introducción a la Criminología y al Derecho Penal», Tirant lo blanch, Valencia, España, 1989, p. 172.

D) DAÑO Y BIEN JURÍDICO. (I) «Por daño o lesión ha de entenderse aquí, si no quiere privarse al principio de su alcance impeditivo de la punibilidad para los hechos inocuos —que es la forma principal en que el mismo se manifiesta como garantía de justicia material—, la pérdida, destrucción o disminución de un bien jurídico (daño real), o al menos la creación de un riesgo innecesario e indebido (daño potencial o peligro concreto o «corrido»); al menos para casos muy extremos, como el de las conspiraciones o conciertos para delinquir, algunos sectores doctrinales toleran que se hable de conductas idóneas para lesionar bienes jurídicos (peligro abstracto o «temido»). Si el concepto se limita a daño público propio de todo delito (alarma social, mal ejemplo, estímulo a la desconfianza en el orden jurídico), desvinculándolo de su relación con bienes jurídicos concretos contra los cuales atenta, se difumina lo que el principio quiere precaver y garantizar. El daño público se produce por la afectación del bien jurídico, no por otras causas, y es solo una resonancia suya. Es claro que el bien jurídico puede ser individual, social o estatal, a condición de que no sea tan etéreo o «espiritualista» que se reduzca a una denominación más o menos rimbombante y demagógica». FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan: «Derecho Penal Fundamental», Segunda Edición, Volumen II, Temis, Bogotá, Colombia, 1989, p. 47. **(II) PRINCIPIO DE OFENSIVIDAD O LESIVIDAD.** «Para inferir comportamiento punible no basta su realización formal. Requiere, entre otros elementos, la real causación de daño o creación de riesgo para el bien jurídico tutelado. En este orden de ideas, no constituye delito el mero desconocimiento de las normas estatales, o principio de Desobediencia al precepto, que corresponde a los sistemas totalitaristas, para los cuales

el delito es, ante todo, «...violación al deber de fidelidad, rebelión de la voluntad particular contra la voluntad estatal-colectiva». En el análisis de este principio se impone concluir que impera la concepción realista o de necesaria lesividad, sobre aquella sustancialista. De acuerdo con la primera, el delito se entiende como verdadera lesión, mientras la segunda se funda en la infracción como hecho socialmente peligroso. En fin, este axioma se orienta a la aceptación del delito no sólo como algo erigido como tal por el legislador sino, además, como comportamiento que imprescindiblemente hiere el interés específicamente tutelado en la norma». PÉREZ PINZÓN, Alvaro Orlando: «**Introducción al Derecho Penal**», Primera Edición, Señal Editora, Medellín, Colombia, 1989, p. 41.

E) EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD. «En su sentido más amplio el término «culpabilidad» se contrapone al de «inocencia». En ese sentido, bajo la expresión «principio de culpabilidad» pueden incluirse diferentes límites del *ius puniendi*, que tiene de común exigir, como presupuesto de la pena, que pueda «culpase» a quien la sufra del hecho que la motiva. Para ello es preciso, en primer lugar, que no se haga responsable al sujeto por delitos ajenos: principio de personalidad de las penas. En segundo lugar, no pueden castigarse formas de ser, personalidades, puesto que la responsabilidad de su configuración por parte del sujeto es difícil de determinar, sino sólo conductas, hechos: principio de responsabilidad por el hecho, exigencia de un «Derecho penal del hecho». Mas no basta requerir que hecho sea materialmente causado por el sujeto para que pueda hacérsele responsable de él; es preciso además que el hecho haya sido querido (doloso) o se haya debido a imprudencia: principio de dolo o culpa. Por último, para que pueda considerarse culpable del hecho doloso o culposo a su autor ha de poder atribuírsele normalmente éste, como producto de una motivación racional normal: principio de atribuibilidad o de culpabilidad en sentido estricto. Ello no sucede cuando el sujeto del delito es imputable, como lo son, por ejemplo, el menor de edad penal y el enfermo mental». MIR PUIG, Santiago: «Derecho Penal», Parte General, (Fundamentos y Teoría del Delito), 3ª edición corregida y puesta al día, PPU, Barcelona, España, 1990, Pgs. 105 y 106.

F) DERECHO PENAL DE AUTOR Y DERECHO PENAL DE

ACTO. «Aunque no hay un criterio unitario acerca de lo que es el derecho penal de autor, podemos decir que, al menos en su manifestación extrema, es una corrupción del derecho penal en que no se prohíbe el acto en sí, sino el acto como manifestación de una «forma de ser» del autor, que sería lo verdaderamente delictivo. El acto tendría valor de síntoma de una personalidad; lo prohibido y reprochable o peligroso sería la personalidad y no el acto. Dentro de esta concepción no se condena tanto el hurto como el «ser ladrón», no se condena tanto el homicidio como el ser homicida, la violación como el ser delincuente sexual, etcétera. El derecho penal que parte de una concepción antropológica que considera al hombre incapaz de autodeterminarse (sin autonomía moral), no puede menos que ser un derecho penal de autor: el acto es el síntoma de una personalidad peligrosa, que es menester corregir del mismo modo que se compone una máquina que funciona mal. No obstante, no todo el derecho penal de autor se funda en una concepción determinista o biológica del hombre, o sea que no todo derecho penal de autor es derecho penal de peligrosidad en el sentido expuesto. Hay una concepción del derecho penal de autor que es también derecho penal de culpabilidad y que, como tal, no niega la autonomía moral del hombre, aunque, justo es decirlo, lleva a su destrucción. Parte de la base de que la personalidad inclinada al delito se genera en la repetición de conductas que en un comienzo fueron libremente elegidas y, por ende, pretende que lo que se le reprocha al autor no es un acto, sino la personalidad que ese acto revela (culpabilidad de autor). También pretende que lo prohibido es la personalidad, lo que se llama «tipo de autor». Por ende: todo el derecho penal de peligrosidad es derecho penal de autor, en tanto que el derecho penal de culpabilidad puede ser de autor o «de acto» (que es su supuesto). Cualquiera que fuere la perspectiva desde la que se quiera fundar el derecho penal de autor (culpabilidad de autor o peligrosidad), lo cierto es que un derecho que reconozca pero también respete la autonomía moral de la persona, desde que el derecho es un orden regulador de conducta humana. No se puede penar a un hombre por ser como ha elegido ser, sin que ello violente su ámbito de autodeterminación, garantizado por nuestra Constitución...».

ZAFFARONI, Eugenio Raúl: «**Manual de Derecho Penal**», Parte General, segunda edición, Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1979, Pgs. 47 y 47.

2. Cuestionario

- A) ¿Qué entiende por principio de legalidad?
- B) ¿Cuáles son las garantías que están consagradas en el principio de legalidad?
- C) Mencione los fundamentos que se le atribuyen al principio de legalidad.
- D) Enumere las consecuencias que dimanar del principio de legalidad.
- E) ¿Tiene fundamento constitucional el principio de la dignidad humana? Explique brevemente.
- F) ¿Cuál es y en qué consiste la doble proyección del principio de proporcionalidad de las penas?

3. Actividades Prácticas

- A) Elabore un cuadro sinóptico de las garantías penales mínimas que contiene el Capítulo I, Título I, del Libro Primero Parte General del Código Penal.
- B) Seleccione dos principios consagrados como garantías penales mínimas, analice su contenido y elabore dos casos en los que hipotéticamente se demuestre que se son vulnerados al aplicar el Derecho Penal.

4. Temas para Discusión

- A) Está usted de acuerdo si se afirma que: al Derecho Penal sólo le importan las infracciones de una norma punitiva si con ella se lesiona un bien jurídico protegido. ¿Cuál sería su fundamentación jurídica para afirmar o negar tal enunciado?
- B) ¿Cuál es la diferencia entre el Derecho penal del Hecho y el Derecho Penal de autor?

BIBLIOGRAFÍA

ARANDA, Rafael Marcos: **“Recopilación de Tratados Internacionales en Materia Penal”**, Corte Suprema de Justicia, San Salvador, El Salvador, 2001.

BACIGALUPO, Enrique: **«Manual de Derecho Penal»**, (Parte General), Temis-ILANUD, Bogotá, Colombia, 1984.

BAUMANN, Jürgen: **«Derecho Penal»**, (Conceptos Fundamentales y Sistema), Traducción de la 4ª edición alemana (1972) por el Dr. Conrado A. Finzi, primera edición 1973, Buenos Aires, Argentina, 1981.

BECCARIA, Cesare: **«De los Delitos y de las Penas»**, Traducción de Juan Antonio de las Casas, Alianza Editorial, Madrid, España, 1986.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio/ARROYO ZAPATERO, Luis/FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos/SERRANO PIEDECASAS, José Ramón/GARCÍA RIVAS, Nicolás: **«Lecciones de Derecho Penal»**, (Parte General), Praxis, Barcelona, 1996.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZABAI MALAREE, Hernán: **«Fundamentos del Sistema Penal»**, Trota, Madrid, España, 1997.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan: **«Manual de Derecho Penal»**, (Parte General), 3ª edición aumentada, corregida y puesta al día, Ariel, Barcelona, 1989.

CEREZO MIR, José: **«Curso de Derecho Penal»**, (Parte General), I, Introducción, teoría jurídica del delito/1, Tercera edición actualizada y considerablemente ampliada, Tecnos, Madrid, España, 1993.

COBO DEL ROSAL, M y VIVES ANTON, T. S.: **«Derecho Penal»**, (Parte General), 3ª Edición corregida y actualizada, Tirant lo blanch, Valencia, España, 1991.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín: **«El Derecho Penal Español»**, Curso de Iniciación, (Parte General), Volumen I, Nociones Introductorias, Primera edición, Civitas, Madrid, España, 1993.

CRESPO, Eduardo Demetrio: «**Notas sobre la Dogmática de la Individualización Judicial de la Pena**», en Revista Justicia de Paz, N° 12, año V - Vol. II, mayo-agosto, Corte Suprema de Justicia, San Salvador, El Salvador, 1002.

DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal y DE MATA VELA, José Francisco: «**Curso de Derecho Penal Guatemalteco**», (Parte General y Especial), Guatemala, 1989.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA: «**Derecho Penal Fundamental**», Tomos I y II, Reimpresión de la segunda edición, Temis, Bogotá, Colombia, 1989.

FERRÉ OLIVEÁ, Juan Carlos: «**Las Consecuencias Jurídicas del Delito**», en Ciencias Penales, Monografías, CNJ, San Salvador, El Salvador, 2002.

FLORIÁN, Eugenio: «**Elementos de Derecho Procesal Penal**», Traducción y referencia al Derecho español por L. Prieto Castro, Bosch, Barcelona, España, 1931.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio: «**Manual de Criminología**», Espasa-Calpe, Madrid, España, 1988.

GONZÁLEZ BONILLA, Rodolfo Ernesto, (Compilador): «**Constitución y Jurisprudencia Constitucional**», Sección de Publicaciones, Corte Suprema de Justicia, San Salvador, El Salvador, 2003.

JESCHECK, Hans-Heinrich: «**Tratado de Derecho Penal**», (Parte General), Volumen Primero, traducción y adiciones de Derecho español por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, España, 1981.

HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco: «**Introducción a la Criminología y al Derecho Penal**», Tirant lo blanc, Valencia, España, 1989.

LISZT, Franz von: «**Tratado de Derecho Penal**», (Parte General), Tomo I, 3ª edición, Reus, Traducción por Quintiliano Saldaña, Madrid, España, 1914.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: «**Curso de Derecho Penal**», (Parte General I), Editorial Hispamer, Bogotá, Colombia, 1995.

MEZGER, Edmund: «**Derecho Penal**», (Parte General), Traducción por Ricardo C. Núñez, Cárdenas Editor, Tijuana, México, 1985.

MIR PUIG, Santiago: «**Derecho Penal**», (Parte General), PPU, Barcelona, España, 1990.

MUÑOZ CONDE, Francisco: «**Introducción al Estudio del Derecho Penal**», Bosch, Barcelona, España, 1975.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes: «**Lecciones de Derecho Penal**», (Primera Parte: Fundamentos del Derecho Penal), Gráficas Minerva, Sevilla, España, 1991.

PÉREZ PINZÓN, Alvaro Orlando: «**Introducción al Derecho Penal**», Señal Editora, Medellín, Colombia, 1989.

POLAINO NAVARRETE, Miguel: «**Derecho Penal**», (Parte General), Tomo I, Tercera edición, Bosch, Barcelona, España, 1996.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: «**Derecho Penal**», (Parte General), Marcial Pons, Madrid, España, 1992.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María: «**Derecho Penal Español**», (Parte General), 9ª edición, revisada y puesta al día por Alfonso Serrano Gómez, Dikynson, Madrid, 1985.

ROXIN, Claus: «**Derecho Penal**», (Parte General), Tomo I, Traducción de la segunda edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, España, 1997.

ROXIN, Claus/ARZT, Gunter y TIEDEMANN, Klaus: «**Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal**», Versión española, notas y comentarios de los profesores Luis Arroyo Zapatero y Juan Luis Gómez Colomer, Ariel, Barcelona, 1989.

ROXIN, Claus: «**El Desarrollo de la Política Criminal desde el Proyecto Alternativo**», en Política Criminal y Reforma al Derecho Penal, Temis, Bogotá, Colombia, 1982.

SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón: «**Conocimiento Científico y Fundamentos del Derecho Penal**», Gráfica Horizonte, Lima, Perú, 1999.

STRATENWERTH, Günter: «**Derecho Penal**», (Parte General), traducción de la 2ª edición alemana (1976) por Gladys Romero, EDESA, Madrid, España, 1982.

TREJO ESCOBAR, Miguel Alberto: «**Curso de Derecho Penal Salvadoreño**», (Parte General), Nociones Fundamentales, Volumen I, Triple «D», San Salvador, El Salvador, 2002.

TREJO ESCOBAR, Miguel Alberto: «**El Derecho Penal Salvadoreño Vigente. Antecedentes y Movimientos de Reforma**», Ministerio de Justicia, Ediciones Último Decenio, San Salvador, 1995.

TREJO ESCOBAR, Miguel Alberto/SERRANO, Armando Antonio/FUENTES DE PAZ, Ana Lucila/RODRÍGUEZ CRUZ/Delmer Edmundo/CORTEZ DE ALVARENGA/ Alba Evelyn: «**Manual de Derecho Penal**», (Parte General), Primera Edición, Centro de Investigación y Capacitación Proyecto de Reforma Judicial, San Salvador, El Salvador, 1992.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: «**Derecho Penal**», (Parte General), Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1994.

VIQUEZ JIMÉNEZ, Mario A.: «**Delincuente por Motivación Política y Acción Penitenciaria**», en Revista Judicial N° 33, San José, Costa Rica, 1985.

WESSELS, Johannes: «**Derecho Penal**», (Parte General), Traducción de la 6ª edición alemana de 1976 por el Dr. Conrado A. Finzi, Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1980.

WELZEL, Hans: «**Derecho Penal Alemán**», (Parte General), 11ª edición castellana, traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1975.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl: «**Manual de Derecho Penal**», (Parte General), Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1979.

La función punitiva del Estado se ejerce a través del Derecho Penal. Este está compuesto de todos aquellos preceptos que regulan los presupuestos de una conducta sancionada con una pena o con una medida de seguridad. De ahí que tanto la pena como la medida de seguridad sean parte del arsenal que utiliza el Estado en la intervención punitiva para cumplir con su doble misión: asegurar la convivencia humana en la sociedad y proteger bienes jurídicos personales o colectivos.

La pena, arma fundamental y medio tradicional que caracteriza al Derecho Penal, se basa en la culpabilidad del autor, y presupone la comisión de un delito. Las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad del autor, y presuponen la comisión de un hecho típico y antijurídico (injusto o ilícito penal, al que hace falta la culpabilidad del autor para que sea delito). La culpabilidad y la peligrosidad, aparecen, entonces, como el fundamento de la pena y de la medida de seguridad, respectivamente, y se convierten en el motivo y el límite de la intervención punitiva del Estado.

El libro de Miguel Alberto Trejo Escobar, trata en general de esos aspectos; pero, además, con el título TEORÍAS DE LA PENA _La Función Punitiva del Estado_, el autor abarca cuatro importantes capítulos: I. Los aspectos básicos y teóricos de la pena y de las medidas de seguridad; II. Las teorías de la pena; III. Los momentos fundamentales y características de la función punitiva del Estado; y, IV. Los principios limitadores de la potestad punitiva estatal.

