

*MIGUEL ALBERTO
TREJO ESCOBAR*

**CURSO DE DERECHO
PENAL
SALVADOREÑO**

PARTE GENERAL

**VOLUMEN I
NOCIONES FUNDAMENTALES**

Editorial Triple "D"

**MIGUEL ALBERTO
TREJO ESCOBAR**

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

VOLUMEN I
NOCIONES FUNDAMENTALES

**Servicios Editoriales
Triple "D"**

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). *Los Recursos y otros medios de Impugnación en la Jurisdicción Penal* (1998). *Introducción General a la Teoría del Delito: Evolución del Sistema* (1999). *Autoría y Participación en Derecho Penal* (2000).

OBRAS DEL AUTOR PUBLICADAS POR SERVICIOS EDITORIALES TRIPLE "D".

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).

En proceso de elaboración:

Teoría de la ley Penal y Teorías de la Pena (Volumen II), Teoría del Hecho Punible (Volumen III) y Consecuencias Jurídicas del Hecho Punible (Volumen V). Con los cuales se completará el CURSO DE PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL SALVADOREÑO, por Miguel Alberto Trejo Escobar.

Adquiéralos en:
Servicios Editoriales Triple "D"
Tels.: 271 17 66 y 270 85 27

**MIGUEL ALBERTO
TREJO ESCOBAR**
Especialista en Ciencias Penales

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

VOLUMEN I
NOCIONES FUNDAMENTALES

Servicios Editoriales
Triple "D"

345.

T787c Trejo Escobar, Miguel Alberto

Curso de Derecho Penal Salvadoreño: (Parte General) /
Miguel Alberto Trejo Escobar. --1ª ed.-- San Salvador, El
Salvador: Servicios Editoriales Triple "D", 2002.
273 p.; 22 cm.

Contenido: V. 1. Nociones Fundamentales

ISBN 99923-807-3-X (V.1)

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

Primera edición, 2002

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la 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.

© Miguel Alberto Trejo Escobar

© Triple "D"

Servicios Editoriales 5ª C. Pte. y 7ª Av. Nte. N° 210
Plaza "San Angel", 1º Nivel, San Salvador, Tel. 271-1766

ISBN 99923-807-3-X (V1)

D.L.N°

Impreso en El Salvador, Printed in El Salvador.
Talleres Gráficos UCA

ÍNDICE

Presentación.....	XI
Siglas y Abreviaturas Utilizadas	XV

NOCIONES FUNDAMENTALES

PUNTO 1 INTRODUCCIÓN GENERAL

I CONCEPTO DE DERECHO PENAL

INTRODUCCIÓN	3
A. PERSPECTIVAS MODERNAS DE DERECHO PENAL	4
1. Derecho Penal: Sentido amplio.....	4
a. Derecho Penal Sustantivo o Material	5
b. Derecho Procesal Penal o Derecho Penal Formal	12
c. Derecho de Ejecución Penal.....	15
2. Derecho Penal: Sentido Estricto	16
a. Parte General.....	17
b. Parte Especial.....	18
c. Distinción entre Parte General y Parte Especial.....	18
3. Derecho Penal: Control Social	21
a. Control Social Informal.....	25
b. Control Social formal.....	26
c. Elementos Comunes a las formas de Control Social.....	28
4. Derecho Penal: Violencia Legítima	28

B. CONCEPTOS TRADICIONALES DE DERECHO PENAL	30
1. Ciencia del Derecho Penal	30
2. Derecho Penal Objetivo y Subjetivo	33
a. Derecho Penal Objetivo	34
b. Derecho Penal Subjetivo.....	37
MATERIALES PARA EL TRABAJO PRÁCTICO	39
1. Lecturas Seleccionadas	39
2. Cuestionario	40
3. Actividades Prácticas	41
4. Temas para Discusión	43

II DENOMINACIONES

INTRODUCCIÓN	45
A. PRINCIPALES DENOMINACIONES	45
1. Derecho Criminal.....	46
2. Derecho Penal.....	48
a. Denominación adoptada en el Derecho Penal Salvadoreño.....	50
b. Medidas de Seguridad y el Sistema Dualista o de la Doble Vía	51
c. La Tercera Vía y Nuestro Derecho Punitivo	56
d. Consecuencias Civiles y Accesorias del Hecho Punible.....	58
B. OTRAS DENOMINACIONES	60
C. CONCLUSIÓN	61
MATERIALES PARA EL TRABAJO PRÁCTICO	63
1. Lecturas Seleccionadas	63
2. Cuestionario	65
3. Actividades Prácticas	65
4. Temas para Discusión	66

III
CARACTERÍSTICAS

INTRODUCCIÓN	67
A. CARACTERÍSTICAS ESPECÍFICAS	68
1. Público	68
2. Teleológico	71
a. La Protección de la Sociedad	71
b. La Protección de Bienes Jurídicos	72
3. Coerción Penal	76
B. OTRAS CARACTERÍSTICAS	78
1. Normativo	78
2. Valorativo	79
3. Cultural	80
MATERIALES PARA EL TRABAJO PRÁCTICO	83
1. Lecturas Seleccionadas	83
2. Cuestionario	85
3. Actividades Prácticas	86
4. Temas para Discusión	86

IV
RELACIONES

INTRODUCCIÓN	89
A. EL CARÁCTER SECUNDARIO O NO DEL DERECHO PENAL	90
B. DERECHO PENAL Y CIENCIAS JURÍDICAS	97
1. Derecho Penal y Derecho Constitucional	97
2. Derecho Penal y Derecho Procesal Penal	101
3. Derecho Penal y Derecho Administrativo	104
4. Derecho Penal y Derecho Internacional	107

5. Derecho Penal y Derecho de Ejecución Penal	111
6. Derecho Penal y Derecho Civil.....	111
7. Derecho Penal y Derecho de Familia.....	113
8. Derecho Penal y otras Ramas Jurídicas.....	115
C. DERECHO PENAL Y DISCIPLINAS NO JURÍDICAS	116
1. Derecho Penal y Criminología	116
2. Derecho Penal y Victimología.....	120
3. Derecho Penal y Política Criminal.....	128
4. Derecho Penal y Medicina Jurídica	131
5. Derecho Penal y Criminalística.....	134
MATERIALES PARA EL TRABAJO PRÁCTICO	143
1. Lecturas Seleccionadas.....	143
2. Cuestionario	145
3. Actividades Prácticas.....	146
4. Temas para Discusión	146

PUNTO 2 EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO PENAL

I ETAPAS PRINCIPALES

INTRODUCCIÓN	151
A. ETAPA PRE-CIENTÍFICA	152
1. Período de la Venganza Privada.....	152
a. Tipos de Venganza.....	153
b. Principales Prácticas Penales.....	154
c. Prácticas Penales y Derecho Penal Vigente	157
2. Período Teológico-Político.....	157
a. Período Teológico o de la Venganza Divina.....	157
b. Período Político o de la Venganza Pública.....	158

c.	Características del Periodo de la Venganza Pública	159
3.	Periodo Humanitario	162
a.	Influencia en la Transformación Humanitaria	162
b.	La Obra del Marqués de Beccaria.....	164
c.	El Humanismo y la Reforma Carcelaria	169
B.	ETAPA CIENTÍFICA	170
	MATERIALES PARA EL TRABAJO PRÁCTICO	173
1.	Lecturas Seleccionadas.....	173
2.	Cuestionario	175
3.	Actividades Prácticas	176
4.	Temas para Discusión	176

II
ESCUELAS PENALES

	INTRODUCCIÓN	177
A.	ESCUELA CLÁSICA	178
1.	Nacimiento.....	179
2.	Principales Postulados.....	179
a.	El Delito como Ente Jurídico	180
b.	La Responsabilidad Penal y el Libre Albedrío	181
c.	La Pena como Mal y Medio de Tutela Jurídica.....	183
d.	El Delincuente como Ser Racional.....	184
B.	ESCUELA POSITIVA	186
1.	Nacimiento y Fundadores	186
a.	Nacimiento	186
b.	Fundadores	187
2.	Principales Postulados.....	188
a.	El Delito como Hecho Natural y Social	188
b.	La Responsabilidad Social y los Factores Exógenos y Endógenos	189
c.	La Pena como Medio de Defensa Social con Carácter Preventivo	190
d.	El Delincuente como Ser Anormal	192

C. PARALELO ENTRE LAS ESCUELAS CLÁSICA Y POSITIVA	193
D. ESCUELAS ECLÉCTICAS O MIXTAS	194
1. Escuela de Positivismo Crítico o Terza Scuola.....	194
2. Escuela de la Política Criminal Alemana.....	194
3. Escuela Dualista.....	196
4. Escuela Técnico – Jurídica.....	196
E. LAS ESCUELAS PENALES Y SU INFLUENCIA EN LA LEGISLACIÓN POSITIVA SALVADOREÑA	198
MATERIALES PARA EL TRABAJO PRÁCTICO	201
1. Lecturas Seleccionadas.....	201
2. Cuestionario	205
3. Actividades Prácticas.....	205
4. Temas para Discusión	206

III

HISTORIA DEL DERECHO PENAL SALVADOREÑO

INTRODUCCIÓN	207
A. ANTECEDENTES DEL DERECHO PENAL	209
1. El Derecho Prehispánico	210
2. Leyes Aplicadas Durante la Conquista y la Colonia	213
a. El Fluero Juzgo	214
b. El Fluero Real	214
c. Las Partidas	215
d. Las Leyes de Indias.....	215
B. EVOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL	216
1. El Movimiento Independentista.....	217
2. Épocas en que se Dicta la Legislación.....	218
a. Primera Época: Asamblea Constituyente Federal.....	218
b. Segunda Época: Asamblea Nacional de El Salvador.....	219

c. Tercera Época: Disolución de la Federación	220
C. LOS CÓDIGOS PENALES SALVADOREÑOS	221
1. El Código Penal de 1826	221
a. Estructura y Contenido	222
b. Principales Reformas	224
2. El Código Penal de 1859	225
3. El Código Penal de 1881	225
4. El Código Penal de 1904	227
5. El Código Penal de 1974	229
a. Vigencia del Código Penal	234
b. Estructura y Contenido	235
6. El Actual Código Penal (1998).....	240
a. Su Origen	240
b. Directrices Político-Criminales.....	241
c. Antecedentes	242
d. Estructura y Contenido	243
e. Principales Reformas.....	247
MATERIALES PARA EL TRABAJO PRÁCTICO	257
1. Lecturas Seleccionadas	257
2. Cuestionario	260
3. Actividades Prácticas	261
4. Temas para Discusión.	261
BIBLIOGRAFÍA	263

A la memoria de:
Miguel Alberto Escobar (+2002), mi padre
y **Adolfo Girón**(+2001), mi suegro.

PRESENTACIÓN

La obra que hoy presento constituye un trabajo parcial. Es el primer volumen en el cual desarrollo las Nociones Fundamentales de un **Curso de Parte General de Derecho Penal**, que más adelante, si Dios me lo permite, espero completar con otros tres, referidos a: Teoría de la Ley Penal y Teorías de la Pena (Volumen II), Teoría del Hecho Punible (Volumen III) y Consecuencias Jurídicas del Hecho Punible (Volumen IV). El material de estos otros volúmenes está en proceso de corrección, y recogen 17 años de mi actividad académica, período durante el cual he tenido el privilegio de alternar la docencia universitaria y la investigación con el ejercicio profesional en el campo de las Ciencias Penales.

Sin embargo, he preferido publicar ya las **Nociones Fundamentales** por dos razones:

a) La necesidad, por una parte, cada vez más apremiante, de contar con un libro de texto que complemente las clases dirigidas a los estudiantes, sobre todo cuando los programas de estudios, por regla general, se reducen a raíz de una serie de situaciones imprevistas y no se completa el tiempo lectivo en detrimento de los futuros profesionales del Derecho, lo que hace aconsejable que el alumno pueda complementar las explicaciones, obligadamente breves, con la lectura más amplia y sosegada de un texto. Y por otra, cumplir con un deber ineludible que trae consigo la docencia universitaria: suministrar a los que se inician en la Ciencia de los delitos y de las penas un material básico, para contrarrestar así, pese a que no es fácil tarea sistematizar un texto con fines didácticos, el vicio que acompaña a buen número de estudiantes desde los inicios de su carrera: estudiar únicamente los apuntes tomados en clase, que año tras año repite el docente y que, sin desconocer su valor, nunca alcanzan, por múltiples razones que no viene al caso citar, el rigor y la firmeza que dan los plomos de la imprenta. A lo anterior debo añadir que la poca bibliografía existente —escrita por juristas salvadoreños—, se

encuentra inspirada en Códigos Penales ya derogados y, por lo mismo desfasada.

b) La entrada en vigencia del nuevo Código Penal —el 20 de Abril de 1998, y la constelación de reformas que ha sufrido— introduce, en términos generales, una gama de novedades que mejoran sustancialmente la legislación derogada. Entre ellas adquieren gran significado las de la Parte General, de cuyo contenido se desprende el sentido político-criminal en que se inspira al nuevo orden punitivo, por ejemplo:

I) El Capítulo dedicado a las Garantías Penales Mínimas (legalidad, Art. 1; dignidad humana, Art. 2; lesividad del bien jurídico, Art. 3; responsabilidad, Art. 4; necesidad y proporcionalidad de la pena, Art. 5);

II) Los principios de especialidad, subsidiariedad y absorción que, en el apartado de la Aplicación de la Ley Penal, regulan el concurso aparente de normas penales (Art. 7);

III) Innovaciones sobre el hecho punible, base de la elaboración dogmática de la Teoría del Delito, verbigracia: 1) normas que impactan sobre la tentativa (o iter criminis) como la proposición y conspiración (Art. 23), delito imperfecto o tentado (Art. 24), delito imposible (Art. 25), desistimiento (Art. 26); 2) disposición única que engloba las causas que excluyen de responsabilidad penal, vgr: causas de justificación, inimputabilidad y culpabilidad, (Art. 27); 3) cambio sustancial en el tratamiento del error —de tipo y de prohibición— en materia penal (Art. 28); 4) en cuanto a la participación criminal: a) adecuada distinción de las categorías que originan responsabilidad penal: autoría directa (Art. 33), coautoría (Art. 33), autoría mediata (Art. 34), instigación (Art. 35) y complicidad (Art. 36); b) vigencia del principio de la accesoriedad penal (Art. 37); y,

IV) Ampliación de las consecuencias jurídico-penales del hecho punible (vgr: arresto de fin de semana, arresto domiciliario y prestación de trabajos de utilidad pública, Art. 45 y vigilancia, internación y tratamiento médico ambulatorio, Art. 93), etc.

El título de la obra, **CURSO DE DERECHO PENAL SALVADOREÑO**, pretende poner en perspectiva una exposición completa y actualizada de la Parte General del Derecho Penal salvadoreño vigente. El subtítulo, **NOCIONES FUNDAMENTALES**, abarca dos apartados: el primero, *Introducción General*, explica el concepto, la denominación, características y relaciones del Derecho Penal; el segundo, *Evolución Histórica del Derecho Penal*, desarrolla las etapas evolutivas del Derecho Penal en general, las principales Escuelas Penales y, por último, la Historia del Derecho Penal Salvadoreño.

La obra, como está destinada primordialmente a servir de texto de estudio para estudiantes, contiene una selección temática que recoge las cuestiones más importantes de la materia sin que pueda estimarse, bajo ningún concepto, que agota el contenido de la misma. Pero, también puede ser útil a un segundo grupo de destinatarios, los juristas ya formados, tanto docentes-investigadores como prácticos, a los que se ofrece una visión amplia y actualizada para contribuir al diálogo y discusión con la Ciencia y con la Praxis del Derecho Penal

Al final de cada tema, bajo la rúbrica **Materiales para el Trabajo Práctico**, existen lecturas seleccionadas, guías de autoevaluación, actividades prácticas y temas para discusión. Estos materiales están destinados para que el estudiante ponga a prueba gradualmente el conocimiento adquirido. Tanto las guías como las actividades son sencillas. Esto obedece a que en la clase teórica y con los ejercicios prácticos, es más provechoso tratar problemas sencillos con una información clara para lograr cierta seguridad en la solución de los mismos,

antes de abordar casos complicados que exigen una demostración de destreza y un dominio de la materia, que al inicio no se tiene y puedan traer frustración más que satisfacción.

Por lo demás, todos los temas aquí tratados pueden ser profundizados, y así se recomienda, en la relación bibliográfica que al final aparece. Esto prueba que la obra es, sin más, una introducción para todos aquellos que se inician en las Ciencias Penales.

Espero que este libro cumpla sus modestos objetivos, contribuya a la formación del futuro profesional del Derecho y fomente en él la dedicación y el respeto por su profesión.

Miguel Alberto Trejo Escobar

San Salvador, Junio de 2002

SIGLAS Y ABREVIATURAS UTILIZADAS

Art./Arts.	Artículo/Artículos
Cap.	Capítulo
C.C.	Código Civil
C.Com.	Código de Comercio
C.Fam.	Código de Familia
C.J.M.	Código de Justicia Militar
C.P.	Código Penal
C.P.P.	Código Procesal Penal
Cn.	Constitución de la República
D.O.	Diario Oficial
L.C.L.D. y A.	Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos
L.Pen.	Ley Penitenciaria
L.R.C.M. y D.R.A.	Ley Represiva de Contrabando y de la Defraudación de la Renta de Aduanas
L.R.A.R.D.	Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas
L.O.J.	Ley Orgánica Judicial
L.M.I.	Ley del Menor Infractor
L.V.C.E.M.M.I.	Ley de Vigilancia y Control de Ejecución de Medidas al Menor Infractor
Op. Cit.	Obra Citada
p./Pgs.	página/Páginas
Sgts.	Siguientes
Secc.	Sección
Tít.	Título
T.	Tomo
Vol.	Volumen

PUNTO 1
INTRODUCCIÓN GENERAL

- I. CONCEPTO DE DERECHO PENAL
- II. DENOMINACIONES
- III. CARACTERÍSTICAS
- IV. RELACIONES

I

CONCEPTO DE DERECHO PENAL

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. A. PERSPECTIVAS MODERNAS DE DERECHO PENAL. 1. Derecho Penal: Sentido Amplio. a. Derecho Penal Sustantivo o Material. b. Derecho Procesal Penal o Derecho Penal Formal. c. Derecho de Ejecución Penal. 2. Derecho Penal: Sentido Estricto. a. Parte General. b. Parte Especial. c. Distinción entre Parte General y Parte Especial. 3. Derecho Penal: Control Social. a. Control Social Informal. b. Control Social Formal. c. Elementos Comunes a las Formas de Control Social. 4. Derecho Penal: Violencia Legítima. B. CONCEPTOS TRADICIONALES DE DERECHO PENAL. 1. Ciencia del Derecho Penal. 2. Derecho Penal Objetivo y Subjetivo. a. Derecho Penal Objetivo. b. Derecho Penal Subjetivo. MATERIALES PARA EL TRABAJO PRÁCTICO.

INTRODUCCIÓN

En la actualidad, el concepto de Derecho Penal está subordinado al punto de vista desde el cual se le considere. Así, por ejemplo, puede ser enfocado a partir de perspectivas modernas o, bien, desde puntos de vista tradicionales.

Según las primeras, puede hablarse de Derecho Penal: a) en “*sentido amplio*”, abarcando todo el sistema de justicia penal; b) en “*sentido estricto*”, o sea, restringiendo la materia de estudio únicamente a una de las partes del sistema de justicia penal, en concreto, al Derecho Penal sustantivo o material; c) como instrumento de “*control social*”, en donde el Derecho Penal constituye sólo una parte de un sistema general de “*controles sociales*”; y, e) como sinónimo de “*violencia legítima*”, considerado así tanto por los hechos que prohíbe como por las sanciones que asocia a aquéllos.

De acuerdo con el segundo enfoque, es decir, tomando como punto de partida los conceptos tradicionales suele hablarse del Derecho Penal en una

triple perspectiva¹: a) como “*Ciencia del Derecho Penal*”, cuyo objeto de estudio es el conjunto de normas jurídico-penales y opiniones de la doctrina científica; b) en “*sentido objetivo*”, referido únicamente al conjunto normativo de naturaleza punible; y, c) en “*sentido subjetivo*”, como potestad punitiva del Estado.

Este singular punto de arranque, que no sólo permite observar un panorama global para entender el Derecho Penal, resulta, a nuestro juicio, de una importancia doble; pues, por un lado, orienta al estudiante en la comprensión de las diversas manifestaciones de esta rama del Derecho y, de otro, le precisa su contenido conceptual. Vamos, entonces, a describir cada uno de esos puntos de vista doctrinales.

A. PERSPECTIVAS MODERNAS DE DERECHO PENAL

Bajo esta rúbrica analizaremos cuatro aspectos: 1) el Derecho Penal en sentido amplio; 2) el Derecho Penal en sentido estricto; 3) el Derecho Penal como control social; y, 4) el Derecho Penal como sinónimo de violencia.

I. Derecho Penal: Sentido Amplio

Según JESCHECK², el Derecho Penal, en *sentido amplio*, se apoya en tres pilares fundamentales, estos son: a) el *Derecho Penal Sustantivo o Material*; b) el *Derecho Procesal Penal* o *Derecho Penal Formal*; y, c) el *Derecho de Ejecución de la Pena*.

Los tres pilares, en su conjunto, constituyen esencialmente el “*sistema de justicia penal*”. De allí que las relaciones entre uno y otros sean muy estrechas, distinguiéndose, como enseguida veremos, por el contenido y función que dentro del mismo sistema punitivo cumple cada uno.

¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel: “*Derecho Penal*”, (Parte General), Tomo I, Tercera edición, Bosch, Barcelona, España, 1996, p. 17.

² 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, p. 23.

a. Derecho Penal Sustantivo o Material

El Derecho Penal *sustantivo* o *material* regula los presupuestos —*delitos y faltas*— de la *pena* y de aplicación de las *medidas de seguridad* en general³; se ocupa por tanto del objeto propiamente dicho, de la “*sustancia*” o “*materia*” de la justicia penal, pues delito y falta, pena y medida de seguridad, son los elementos sustanciales de la disciplina penal, y se denomina por ello también “Derecho Penal material”.

El Derecho Penal sustantivo doctrinalmente se subdivide en una *Parte General* y en una *Parte Especial*.

La primera, la *Parte General*, abarca el estudio de los principios y las disposiciones de carácter general, por ejemplo, a través del principio de legalidad (Art. 1 CP) y de la descripción de formas específicas de los hechos punibles (delitos: Arts. 128 y Sgts.; y, faltas: Arts. 373 y Sgts.. CP), prescribe las penas (Art. 44 y Sgts.. CP), medidas de seguridad (Art. 93 y Sgts.. CP) y consecuencias civiles (Art. 114 y Sgts.. CP) y accesorias aplicables a cada hecho (Art. 126 y Sgts.. CP), fija las bases para la individualización y determinación de las consecuencias jurídicas de un hecho (Arts. 62, 63 y Sgts.. CP) y prescribe los límites territoriales del poder punitivo estatal en relación con el de otros países (Art. 8 y Sgts.. CP).

En tanto que, en la segunda, la *Parte Especial*, se estudian los distintos tipos penales y grupos de delitos (ordenados *sistemáticamente* sobre la base de los bienes jurídicos protegidos). Así, por ejemplo, el bien jurídico *vida humana* aparece protegido en un grupo de delitos que a partir del Art. 128 al 141 CP, recoge de manera general lo concerniente a los *delitos relativos a la vida*, como formas típicas que protegen tanto la vida humana independiente (*homicidios*) como la vida del ser humano en formación (*abortos*).

³ 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. 4.

El Derecho Penal sustantivo o material está regulado, fundamentalmente y con carácter general, en el *Código Penal*⁴ y, excepcionalmente, en varias *Leyes Penales Especiales*⁵.

El Código Penal, integrado por tres libros, como principal fuente del Derecho Penal, también se subdivide en una *Parte General* (Arts. 1 al 127, que conforman el Libro Primero) y en una *Parte Especial* (Arts. 128 al 370, delitos y sus penas, Libro Segundo y del Art. 371 al 403, faltas y sus penas, Libro Tercero). La primera, abarca lo que corresponde decir en general acerca de las garantías penales mínimas y aplicación de la ley penal (Arts. 1 al 17), del hecho punible y responsabilidad penal (Arts. 18 al 43), de las penas (Arts. 44 al 92) y medidas de seguridad (Arts. 93 al 95), etc.; mientras que en la Parte Especial, formada por el Libro Segundo y el Libro Tercero, como se anticipó, están los diferentes hechos punibles –*delitos y faltas*– sistemáticamente regulados sobre la base de un orden jerárquico de los bienes jurídicos protegidos, por ejemplo: la vida (Art. 128 y Sgts.), la integridad personal (Art. 142 y Sgts.), la libertad (Art. 148 y Sgts.), la seguridad personal (Art. 175 y Sgts.), el honor y la intimidad (Art. 177 y Sgts.), la familia (Art. 192 y Sgts.), el patrimonio (Art. 207 y Sgts.), etc. Orden similar se observa en el Libro de las Faltas.

Pero el ámbito del Derecho Penal va mucho más allá del Código Penal. Esto significa que comprende, además, la suma de todos los preceptos penales contenidos fuera del mismo Código Penal, es decir, en las *leyes penales especiales*, campo al cual se le denomina “*Derecho penal accesorio*”⁶. Pero debe tenerse presente que el contraste entre el Derecho

⁴ Por medio del Decreto Legislativo N° 1030, de fecha 26 de abril de 1997, publicado en el Diario Oficial N° 105, Tomo 335, del 10 de junio del mismo año, la Asamblea Legislativa decretó el actual Código Penal, el cual tenía prevista su vigencia, según el Art. 409, el día 20 de enero de 1998; pero por medio del Decreto Legislativo N° 205, de fecha 8 de enero de 1998, publicado en el Diario Oficial N° 5, Tomo 338, del 9 de enero del mismo año, la Asamblea Legislativa sustituyó el citado Art. 409, prorrogando la entrada en vigor del Código Penal hasta el 20 de abril de 1998.

⁵ CUELLO CONTRERAS, Joaquín: “*El Derecho Penal Español*”, Curso de Iniciación, (Parte General), Volumen I, Nociones Introductorias. Primera edición, Civitas, Madrid, España, 1993, p 29.

⁶ 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. 25. ROXIN, Claus: “*Derecho Penal*”, (Parte General), Tomo I, Traducción de la segunda

Penal común y el Derecho Penal accesorio es ante todo topográfico, pues la legislación penal especial es la que se encuentra extramuros del Código Penal, lo que no quiere decir que sea independiente de los principios establecidos en el propio Código Penal, pues éste constituye la ley penal fundamental⁷.

La existencia de una legislación penal especial constituye una realidad y, además, está reconocida en el Art. 6 del Código Penal. En efecto, de la constelación de leyes de distintos campos del ordenamiento jurídico, que sancionan con pena la vulneración de determinados preceptos contenidos en ellas, podemos mencionar por su importancia, por ejemplo, las siguientes:

- a) La *Ley contra el lavado de dinero y de activos*⁸. En esta ley especial se señala como objeto “prevenir, detectar, sancionar y erradicar el delito de lavado de dinero y de activos, así como su encubrimiento”. En el Capítulo II, aparecen los tipos penales siguientes: *Lavado de dinero y de activos*, *Casos especiales de lavado de dinero y de activos*, *Otros delitos generadores de lavado de dinero y de activos*, *Casos especiales del delito de encubrimiento* y *Encubrimiento culposo* (Arts. del 4 al 8, respectivamente);
- b) La *Ley reguladora de las actividades relativas a las drogas*⁹. En esta ley especial aparece, en el Capítulo IV (Arts. 34 al 62), una serie de comportamientos tipificados como delitos, así como los procedimientos de investigación y persecución que se relacionan con las drogas en los aspectos siguientes:

edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, España, 1997, p. 47.

⁷ Así, RODRÍGUEZ DEVESA, José María. “Derecho Penal Español”, (Parte General), 9ª edición, revisada y puesta al día por Alfonso Serrano Gómez, Dykinson, Madrid, España, 1985, p. 33.

⁸ Decreto Legislativo N° 498, de fecha 2 de diciembre de 1998, publicado en el Diario Oficial N° 240, Tomo 341, del 23 de diciembre de 1998.

⁹ Decreto Legislativo N° 728, de fecha 5 de marzo de 1991, publicado en el Diario Oficial N° 52, Tomo 310, del 15 de marzo de 1991.

- 1º) El cultivo, producción, fabricación, extracción, almacenamiento, depósito, transporte, adquisición, enajenación, distribución, importación, exportación, tránsito y suministro;
- 2º) La prescripción facultativa, posesión y tenencia, dispensación y consumo; y,
- 3º) La prevención, persecución y sanción de los hechos que constituyen delito.
- c) La *Ley represiva del contrabando de mercaderías y de la defraudación de la renta de aduanas*¹⁰. Esta ley especial tipifica como delitos las acciones u omisiones por las cuales la importación o exportación de mercaderías escapan a la correspondiente intervención aduanera y causan o pueden producir perjuicios económicos a la Hacienda Pública. Tales comportamientos pueden constituir *contrabando de mercaderías* (Art. 2) o *defraudación de la renta de aduanas* (Art. 3).
- d) El *Código de Justicia Militar*¹¹. En este Código aparecen descritos los delitos (Libro II, Arts. 54 al 163) y las faltas (Libro III, Arts. 164 al 176) puramente militares que se aplican a los miembros de la Fuerza Armada en el servicio activo.

Por lo general, el *Derecho Penal accesorio* no es objeto de clases especiales en la Universidad; por tanto, debe tenerse presente que los principios fundamentales, denominados *Garantías Penales Mínimas*, de la Parte General del Código Penal (Arts. 1 a 6), son aplicables siempre a la totalidad del ordenamiento jurídico punitivo, es decir, se aplican inclusive a las leyes penales especiales aunque estas contengan preceptos distintos. Ahora bien, las normas generales del Código Penal (Arts. 7 al 127) rigen también con carácter general para el Derecho Penal accesorio exactamente

¹⁰ Decreto del Directorio Cívico Militar N° 173, de 26 de Julio de 1961, publicado en el Diario Oficial N° 147, Tomo 192, del 6 de agosto de 1961.

¹¹ Decreto Legislativo N° 562, de 5 de mayo de 1964, publicado en el Diario Oficial N° 97, Tomo 203, del 29 de mayo de 1964.

igual que para las descripciones delictivas de la Parte Especial del Código Penal; salvo que en las prescripciones de las leyes penales especiales o en las de la parte especial existan disposiciones distintas. Nótese, en consecuencia, la fundamental importancia sobre este aspecto, pues así lo dispone el Art. 6 CP, que dice:

“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”.

Para una clara inteligencia del contenido que se desprende del inciso segundo de la norma transcrita, citamos los siguientes ejemplos:

a) El *miedo insuperable* se ha considerado tradicionalmente como una hipótesis de exclusión de la culpabilidad¹² y, por consiguiente, de la responsabilidad penal, basándose en la no exigibilidad de otra conducta (Art. 27 N° 5 CP). Con tal disposición se abarca aquellos supuestos en que el sujeto no se puede motivar a comportarse con normalidad, porque padece de miedo, es decir, sufre la incidencia de un factor externo que le provoca temor. Y político criminalmente se entiende que en esas circunstancias no corresponde sancionarle penalmente por haber actuado presionado por las circunstancias en situación de *“no exigibilidad”*. El punto de partida del miedo insuperable es una situación subjetiva de miedo, basada en un mal real o imaginario que afecta al individuo¹³. En virtud del mal que puede llegar a padecer, el sujeto lleva a cabo el delito no motivándose, en definitiva, conforme a la norma jurídica. Pero, esta disposición —el Art. 27 N° 5— de naturaleza general contenida en el Código Penal no

¹² TERRADILLOS BASOCO, Juan María: **“Teoría Jurídica del Delito”**, en Ciencias Penales, Monografías, CNJ, San Salvador, El Salvador, 2001, p. 128.

¹³ 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, España, 1996, p. 222.

sería aplicable, por ejemplo, a los delitos militares, pues respecto de éstos dispone con carácter general el Art. 4 del Código de Justicia Militar, lo siguiente:

“El miedo insuperable no es causa de exención de responsabilidad en los delitos militares”.

Este ordenamiento especial –CJM– prescribe, además, en el Art. 2, lo siguiente:

“Las disposiciones del Libro I del Código Penal común, serán de aplicación a las infracciones penales militares, en cuanto lo permita su naturaleza y no se opongan a las prescripciones especiales del presente Código”.

b) En la Ley Represiva del Contrabando de Mercadería y de la Defraudación de la Renta de Aduanas se regula en el Art. 17, lo siguiente:

“Las penas que establece esta ley podrán ser aumentadas o disminuidas cuando concurren circunstancias agravantes o atenuantes consignadas en el Código Penal, que fueren aplicables; sin perjuicio de la agravación especial a que se refiere el Art. 13”¹⁴.

El contenido del Art. 13, transcrito al pie de página, es totalmente diferente en su aplicación ante la concurrencia y valoración circunstancias atenuantes y agravantes que contiene el Código Penal (Art. 64). Observándose en la ley especial una mayor severidad

¹⁴ El Art. 13 de la LRCMyDRA, dice: “Las penas a que se refieren los artículos anteriores podrán elevarse en una tercera parte siempre que ocurra cualquiera de las circunstancias siguientes: a) Cuando el imputado tuviere el carácter de funcionario o empleado público; b) Cuando mediare violencia o intimidación; c) Cuando el imputado hubiere sido procesado anteriormente por actos que reprime la presente ley; y d) Cuando se simulen operaciones, falsifiquen, adulteren o sustituyan marcas, sellos o cualquier otro signo, con el objeto de realizar, facilitar u ocultar el contrabando o la defraudación”.

(ecuación matemática) que en el Derecho Penal común (que se fija entre el mínimo y el máximo de la pena señalada en el tipo penal).

c) En la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, el Art. 74 dice:

“En lo no previsto en la presente ley, se aplicarán en lo pertinente, las disposiciones de la legislación común, que no la contraríen”.

e) Por su parte, los Arts. 26 y 27 Inc. 2º de la Ley contra el Lavado de Dinero y de Activos, por el orden, disponen:

“Serán aplicables a la presente Ley, las normas y procedimientos contenidas en los Códigos Penal y Procesal Penal y demás disposiciones legales en lo que no contraríe su texto”; y,

“Los condenados por el delito de lavado de dinero y de activos no gozarán del beneficio de libertad condicional, ni de la suspensión condicional de la ejecución de la pena”.

Esto último, –la libertad condicional y la suspensión condicional de la ejecución de la pena– como instituciones previstas con carácter general por estar situadas en las disposiciones generales del Código Penal (Arts. 85 y 77), resultarían inaplicables a los delitos descritos en esta ley especial.

Como se puede apreciar, el Derecho Penal accesorio o especial puede contener normas generales modificadas o distintas a las disposiciones de carácter general del Código Penal en razón de especiales requerimientos de la materia punible que regula, las cuales se aplican con preferencia, cobrando vida el principio de especialidad (*lex specialis derogat legi generali*); o sea, que en caso de que una misma materia penal sea regulada por dos leyes o

disposiciones, una general y otra especial, la especial debe aplicarse al caso concreto.

El fundamento de la especialidad reside, por lo tanto, no en los principios, que son los mismos para el derecho común y para el especial, sino en la existencia de delitos que protegen bienes jurídicos no atendidos por el Derecho Penal común.

b. Derecho Procesal Penal o Derecho Penal Formal

Para poder aplicar el Derecho Penal sustantivo, es necesario recurrir al Derecho Procesal penal¹⁵. Éste contiene los preceptos que regulan el esclarecimiento de los hechos punibles y la imposición del derecho del Estado a castigar¹⁶. Por ello se sostiene que sirve a la realización material del primero, pues es el Derecho Procesal penal el que nos señala qué hacer con el imputado de un hecho punible. En tal sentido, la forma en la que se constata la comisión u omisión de una infracción normativa penal en el caso concreto y se imponen las sanciones aplicables a la misma constituye el *proceso penal*¹⁷. A su estudio se dedica el *Derecho Procesal Penal*. De allí que la relación entre éste y el Derecho Penal material sea tan estrecha que no pueden concebirse el uno sin el otro. Sin él, el Derecho Penal sería un simple objeto decorativo, sin eficacia alguna. Pero también el Derecho Procesal Penal necesita que el Derecho Penal le suministre el objeto que tiene que investigar (hechos punibles) y las consecuencias sancionatorias que tiene que imponer (penas y medidas de seguridad).

La forma en que el Derecho Procesal Penal tiene que llevar a cabo esa tarea investigadora y decisoria es, sin embargo, autónoma y no viene prejuzgada por el Derecho Penal material. Por eso, a pesar de su interrelación, cada uno conserva su autonomía científica y académica. Incluso a nivel legislativo se diferencian los cuerpos legales en los que principalmente, se contienen ambas disciplinas: el Derecho Penal en el Código Penal (CP) y, como ha quedado apuntado, en algunas leyes penales

¹⁵ MEZGER, Edmund: "**Derecho Penal**". (Parte General), Traducción por Ricardo C. Núñez, Cárdenas Editor, Tijuana, México, 1985, p. 30.

¹⁶ ROXIN, Claus: "Derecho...", Op. Cit. p. 45.

¹⁷ BAUMANN, Jürgen: "Derecho...", Op. Cit., p. 23.

especiales (Derecho Penal accesorio); el Derecho Procesal Penal en el Código Procesal Penal (CPP).

Ahora bien, pese a la separación existente, a raíz de la naturaleza de las normas, es posible encontrar entre ambos ordenamientos, excepcionalmente, preceptos de naturaleza formal o procesal en el mismo Código Penal. Así, por ejemplo: a) el Art. 183 CP regula el “*régimen de prueba*” en dos delitos contra el honor: calumnia y difamación; pero, tal aspecto –el *régimen de prueba*– pertenece, sin duda ninguna, al ámbito de la actividad probatoria cuya naturaleza es procesal; y, b) disposiciones que regulan condiciones de procedibilidad, verbigracia, el Art. 251 CP, que determina un requisito indispensable como “*presupuesto para proceder*”, en los delitos de defraudación al Fisco o, como los denomina el Código Penal, relativos a la Hacienda Pública. De igual forma se contiene un presupuesto similar en el delito de Alzamiento de Bienes (Art. 241 Inc. 2º CP), pues en tal hecho: “*la acción penal sólo podrá ser ejercida si la insolvencia resultare comprobada por actos de ejecución infructuosa en la vía civil*”. La acotación que hacemos no es esencialmente teórica, tiene un efecto fundamentalmente práctico, especialmente en lo que concierne a los motivos que autorizan el recurso de casación (Art. 421 CPP), esto es, para diferenciar si se está en presencia de una norma sustantiva o procesal no es suficiente atenerse al cuerpo legal en que se encuentra la disposición, por ejemplo Código Penal o Código Procesal Penal, sino a la naturaleza sustantiva o procesal de la norma que origina el motivo.

Por tanto, puede decirse –siguiendo a JULIO B. J. MAIER¹⁸– que el Derecho Procesal penal es: “*La rama del orden jurídico interno de un*

¹⁸ Así, MAIER, Julio B. J.: “**Derecho Procesal Penal Argentino**”, Tomo 1, Volumen A (Fundamentos), Segunda Edición, Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1989, p. 102. Para ampliar sobre el concepto y contenido del Derecho Procesal Penal, además, véase a: FLORIÁN, Eugenio: “**Elementos de Derecho Procesal Penal**”, Traducción y referencias al Derecho español por L. Prieto Castro, Bosch, Barcelona, España, 1933, p. 14. HERRARTE, Alberto: “**Derecho Procesal Penal**”, (El Proceso Penal Guatemalteco), Centro Editorial Vile, Reimpresión de la Primera edición, Guatemala, 1989, p. 51. ALMAGRO NOSETE, José y TOMÉ PAULE, José: “**Instituciones de Derecho Procesal**”, Tomo Tercero, Proceso Penal, 1, Primera edición, Madrid,

Estado, cuyas normas instituyen y organizan los órganos públicos que cumplen la función judicial penal del Estado y disciplinan los actos que integran el procedimiento necesario para imponer y actuar una sanción o medida de seguridad penal, regulando así el comportamiento de quienes intervienen en él". Trátase, pues, el Derecho Procesal Penal del conjunto de preceptos que son necesarios para la aplicación de las consecuencias jurídicas previstas en el Derecho Penal sustantivo o material.

En él —como lo indica la definición del profesor argentino— se incluyen normas sobre estructura orgánica funcional y principios de competencia de los juzgados y tribunales penales (Arts. 48 y Sgts.. CPP), así como los preceptos sobre el proceso en el que las acciones punibles son investigadas (Arts. 238 y Sgts.. CPP), perseguidas (Art. 19 CPP), tratadas (Arts. 20 y Sgts.. CPP) y absueltas o condenadas (Arts. 360 y 361 CPP).

En resumen, el Derecho Procesal penal, determina los límites de las facultades de intervención de los órganos encargados de la persecución penal y se propone como meta establecer la paz jurídica perturbada con una decisión definitiva¹⁹.

El Derecho Procesal penal está regulado básicamente en el Código Procesal Penal²⁰; pero, existen algunas otras leyes con procedimientos especiales para la aplicación de consecuencias jurídicas por la comisión de hechos punibles. Así, por ejemplo: a) el *Código de Justicia Militar*; y, b) la *Ley del Menor Infractor*²¹.

España, 1993, p. 109. DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENAS, Emilio: "**Derecho Procesal Penal**", (Manual para Criminólogos y Policías), Tirant lo blanch, Madrid, España, 1994, p. 31.

¹⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich: "Tratado...", Op. Cit., p. 23 y 24.

²⁰ Por medio de Decreto Legislativo N° 904, de fecha 4 de diciembre de 1996, publicado en el Diario Oficial N° 11, Tomo 334, de fecha 20 de enero de 1997, la Asamblea Legislativa decretó el actual Código Procesal Penal, el cual tenía prevista su vigencia, según el Art. 455, el día 20 de enero de 1998; pero por medio del Decreto Legislativo N° 203 del 8 de enero de 1998, publicado en el Diario Oficial N° 5, Tomo 338, del 9 de enero del mismo año, la Asamblea Legislativa sustituyó el citado Art. 455, prorrogando la entrada en vigor del Código Procesal Penal hasta el 20 de abril de 1998.

²¹ Por medio del Decreto Legislativo N° 863, de fecha 27 de abril de 1994, publicado en el Diario Oficial N° 106, Tomo 323, del 8 de junio de 1994, la Asamblea Legislativa decretó la actual Ley del Menor Infractor, la cual tenía prevista su vigencia, según el Art. 134, el día 1 de octubre de 1994; pero por medio del Decreto Legislativo N° 135, del 14 de septiembre de 1994, publicado en el

c. Derecho de Ejecución Penal

El Derecho de Ejecución de la pena comprende todos aquellos preceptos *jurídicos* y *administrativos* relativos a la *aplicación, ejecución, vigilancia y control* de las penas, medidas de seguridad y consecuencias accesorias ejecutoriamente impuestas. Al Derecho de ejecución de la pena, dice JESCHECK²², pertenece sistemáticamente, como Parte Especial, aunque distinta, el Derecho Penitenciario que regula la forma y clase de cumplimiento de las penas y medidas privativas de libertad en los establecimientos penitenciarios.

El Derecho de ejecución de la pena está contenido, por un lado, en normas del Código Penal (Por ejemplo, en los Arts. 47 Inc. 2º, 57, 84 a 92 y 95), pero por otro, la ejecución de las penas de prisión se regulan en su mayor parte en la Ley Penitenciaria²³ y en el Reglamento General de la Ley Penitenciaria²⁴.

También forma parte del Derecho de Ejecución Penal el *Derecho Registral penal* que regula la inscripción y cancelación de condenas ejecutoriadas en el *registro de antecedentes penales*. Las normas sobre estos registros se contienen en tres cuerpos normativos, a saber: a) Código Penal (Arts. 112 y 113); b) Ley Penitenciaria (Arts. 88 y 89); y, c) Reglamento General de la Ley Penitenciaria (Arts. 29 letra g, 35 letra g; 252 a 256).

Diario Oficial N° 173, Tomo 324, del 20 de septiembre del mismo año, la Asamblea Legislativa sustituyó el citado Art. 134, prorrogando la entrada en vigor de la Ley del Menor Infractor hasta el 1 de marzo de 1995.

²² JESCHECK, Hans-Heinrich: "Tratado...", Op. Cit., p. 24.

²³ Por medio del Decreto Legislativo N° 1027, de fecha 24 de abril de 1997, publicado en el Diario Oficial N° 85, Tomo 335, del 13 de mayo del mismo año, la Asamblea Legislativa decretó la actual Ley Penitenciaria, la cual tenía prevista su vigencia, según el Art. 138, el 20 de enero de 1998; pero por medio del Decreto Legislativo N° 204, del 8 de enero de 1998, publicado en el Diario Oficial N° 5, Tomo 338, del 9 de enero de ese mismo año, la Asamblea Legislativa sustituyó el citado Art. 138, prorrogando la entrada en vigor de la Ley Penitenciaria hasta el 20 de abril de 1998.

²⁴ Decreto Ejecutivo N° 95, de fecha 14 de noviembre de 2000, publicado en el Diario Oficial N° 215, Tomo N° 349, del 16 de noviembre de 2000.

Para la regulación de la privación de libertad de menores infractores (personas mayores de 12 años de edad y menores de 18), cuando a éstos se les impone, por la comisión de un hecho punible, la medida de internamiento o cualquiera otra medida, por ejemplo, libertad asistida, reglas de conducta, etc., son aplicables como leyes especiales reguladoras de la fase de ejecución de las medidas impuestas: a) la Ley del Menor Infractor (Arts. 118 a 127); b) la Ley de Vigilancia y control de Ejecución de Medidas al Menor Infractor²⁵; y, c) el Reglamento General de los Centros de Internamiento para Menores Infractores²⁶.

La totalidad de estos tres últimos ordenamientos jurídicos en su conjunto configura el *régimen jurídico especial* que señala la Constitución de la República (Art. 35 Inc. 2° Cn)²⁷. Tal régimen constituye un sistema *sui generis* que engloba preceptos especialísimos en cuyo contenido existen normas de diversa naturaleza, así: de Derecho Penal material, no tanto por los hechos punibles que puedan imputarse a los menores sino por la especial finalidad, forma de aplicación, variedad y dosimetría de las medidas que se imponen a los infractores de normas penales (Arts. 9 y 17 LMI); de Derecho Procesal penal, al establecerse un procedimiento especial para el juzgamiento de los menores sujetos de ese régimen (Arts. 66 y Sgts.. LMI); y, de Derecho de Ejecución en donde se regula el control, vigilancia y cumplimiento de las medidas impuestas (Arts 118 a 126 LMI, Ley de Vigilancia y Control de Ejecución de Medidas al Menor Infractor, por la cual se vigila y controla la ejecución de las medidas impuestas, y el Reglamento General, respectivo).

2. Derecho Penal: Sentido Estricto

Se entiende por Derecho Penal en sentido estricto, o simplemente Derecho Penal, únicamente al Derecho Penal sustantivo o material, en el que, como se ha expuesto, se comprende el estudio de las normas que, bajo

²⁵ Decreto Legislativo N° 361, de fecha 7 de junio de 1995, publicado en el Diario Oficial N° 114, Tomo 327, del 21 de junio de 1995.

²⁶ Decreto Ejecutivo N° 105, de fecha 11 de diciembre de 1995, publicado en el Diario Oficial N° 237, Tomo 329, del 21 de diciembre de 1995.

²⁷ En efecto, el citado inciso reza así: "La conducta antisocial de los menores que constituya delito o falta estará sujeta a un régimen jurídico especial".

la amenaza de una sanción, definen los hechos punibles, de las conductas que las infringen y de las sanciones aplicables a las mismas.

Para una exposición ordenada y sistemática del contenido del Derecho Penal en sentido estricto, en la doctrina y en los Códigos Penales, como antes enunciamos, se distingue entre una *Parte General* y otra denominada *Parte Especial*²⁸. Por consiguiente, la Parte General del Derecho Penal, objeto de esta obra, es sólo un campo parcial del Derecho Penal material.

a. Parte General

En la *Parte General*, doctrinalmente se estudian con carácter general tres aspectos importantes²⁹, que son:

En primer lugar: la Teoría de la Ciencia del Derecho Penal³⁰, que abarca: a) las Nociones Fundamentales del Derecho Penal; b) las Teorías de la Pena; y, c) la Teoría de la Norma Penal.

Tras ello se estudia, en segundo lugar, la Teoría General del Delito como infracción normativa específicamente penal, con sus elementos integrantes y formas de aparición comunes a cada una de las particulares infracciones delictivas (*tentativa y participación*).

Y, en tercer lugar, se concluye la Parte General con el estudio de las Consecuencias Jurídicas del Delito.

²⁸ WESSELS, Johannes: "Derecho...". Op. Cit., p. 5.

²⁹ Para Mezger: "...la exposición de la parte general se debe subdividir en tres partes principales: I parte. *La ley penal* — una reseña del derecho vigente. II parte. *El hecho punible* — como teoría del delito; la forma con que éste crea el presupuesto del castigo. III parte. *La pena en el sentido más amplio del término* — como teoría de las consecuencias jurídicas del actuar ilícito, propias del derecho penal". MEZGER, Edmund: "Derecho...", Op. Cit., p. 24.

³⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl: "**Manual de Derecho Penal**", (Parte General), Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1979, p. 21.

b. Parte Especial

En la *Parte Especial* se estudian las particulares infracciones delictivas (ya se trate de delitos: homicidio, aborto, lesiones, secuestro, violación, hurto, robo, etc., o de faltas: venta ilegal de abortivos, lesiones y golpes, etc.) y las sanciones específicas de cada una de ellas. Infracciones que aparecen agrupadas sistemáticamente en familias de delitos o de faltas.

Así, por ejemplo, la familia de los delitos relativos a la *vida* comprende: los delitos contra la *vida humana independiente* (el homicidio simple y sus formas, Arts. 128 a 132 CP) y los delitos contra la *vida humana dependiente* (vida del ser humano en formación, Arts 133 a 141 CP). Por tanto, quien quiera informarse sobre el homicidio (Art. 128 CP), aborto (Art. 133 CP), lesiones (Art. 142 CP), secuestro (Art. 148 CP), violación (Art. 158 CP), hurto (Art. 207 CP), robo (Art. 212 CP), etc., deberá consultar siempre en la Parte Especial. En cambio, la Parte General comprende las disposiciones, válidas para todos los delitos, sobre los presupuestos y consecuencias de la conducta punible.

c. Distinción entre Parte General y Parte Especial

La distinción entre Parte General y Parte Especial es el punto de partida para el estudio ordenado del Derecho Penal. Además, tiene importancia práctica, porque la misma ley la tiene en cuenta. En efecto, el Código Penal salvadoreño responde a esa sistemática, al incluir en el Libro Primero, Parte General (Arts. 1 al 127), un total de 7 Títulos, que ordenadamente se refieren a:

- 1) Garantías penales mínimas y aplicación de la ley penal (Arts. 1 al 17);
- 2) Hecho punible y responsabilidad penal (Arts. 18 al 43);
- 3) Penas (Arts. 44 al 92);
- 4) Medidas de seguridad (Arts. 93 al 95);
- 5) Extinción de la responsabilidad penal y sus efectos (Arts. 96 al 113);
- 6) Consecuencias civiles del hecho punible (Arts. 114 al 125); y,
- 7) Consecuencias accesorias (Arts. 126 y 127).

Y en sus Libros Segundo y Tercero, formando ambos la Parte Especial (Arts. 128 al 403), se refiere a: los “*delitos y sus penas*” (Arts. 128 al 370) y a las “*faltas y sus penas*” (Arts. 371 al 403), respectivamente. O sea que en la Parte Especial del Código Penal se describen conductas muy graves contra los bienes e intereses más importantes de la vida social.

A esa descripción que se hace en cada disposición, del comportamiento prohibido o exigido, se le denomina *tipo penal*, es decir, conjunto de caracteres que hacen penalmente relevante una conducta humana. Además, contiene el Código Penal un catálogo de diversas penas, Art. 44 y Sgts.. (prisión, Art. 47; arresto de fin de semana, Art. 49; arresto domiciliario, Art. 50; multa, Art. 50; prestación de trabajo de utilidad pública, Art. 55) y la previsión de la correspondiente a cada tipo delictivo.

Por ejemplo, veamos la *calidad y cantidad* de la pena asignada a cada uno de los siguientes tipos penales, según la gravedad del mismo: Homicidio Simple, pena de *prisión de diez a veinte años* (Art. 128 CP); Daños, pena de *multa de cincuenta a cien días multa* (Art. 221 CP); Hurto Impropio, pena de *arresto de fin de semana de diez a veinte fines de semana* (Art. 209 CP); Explotación de la Mendicidad, pena de *trabajo de utilidad pública de quince a treinta jornadas semanales de trabajo de utilidad pública* (Art. 205 CP); Amenazas Leves, pena de *arresto domiciliario de quince a treinta días de arresto domiciliario*, (Art. 376 CP).

Puede afirmarse, entonces, que pertenecen a la Parte General todas aquellas reglas que pueden ser importantes para los preceptos penales de la Parte Especial y que precisamente por eso se pueden “*extraer*” de aquella para aplicarlas en ésta³¹.

Con un sentido práctico, la división del Código Penal en Parte General y Parte Especial ha sido una exigencia de técnica legislativa, encontrándose en todas las codificaciones penales salvadoreñas desde 1826³²,

³¹ ROXIN, Claus: “Derecho...”, Op. Cit., p. 48.

³² TREJO ESCOBAR, Miguel Alberto: “**El Derecho Penal Salvadoreño Vigente. Antecedentes y Movimientos de Reforma**”, Ministerio de Justicia, Ediciones Último Decenio, San Salvador, 1995.

año en que se decretó el primer Código Penal, hasta el actual cuya vigencia nos rige desde el 20 de abril de 1998. Esta sistematización cobró especial significado, con carácter universal, a partir del modelo de codificación penal europeo del siglo XIX que tuvo su origen en el Código Penal francés de 1810³³.

Finalmente, sobre la división entre la Parte General y la Parte Especial, conviene acotar lo siguiente: en casi todos los Códigos, el límite entre ambas partes no siempre se lleva a cabo de un modo tajante, o sea, que ningún límite está fijado con carácter definitivo³⁴, de tal suerte que es posible encontrar, verbigracia, por un lado, en el Libro Primero preceptos que sólo afectan a un grupo reducido de delitos (por ejemplo: el Art. 30, N° 1 CP, relativo a la agravante de *alevosía*, no es aplicable a la generalidad de los delitos, sino únicamente, a los hechos punibles contra la *vida* (Arts. 128 al 141) o la *integridad personal* (Arts. 142 al 147)³⁵; lo mismo puede decirse del Art. 43 CP, que alude al *delito masa*, cuyo enunciado sólo es aplicable para aquellas defraudaciones en dinero que perjudican a una pluralidad de sujetos indiferenciados; y, por otro lado, encontramos en el Libro Segundo preceptos por los cuales, por ejemplo, se regula como *eximente* de responsabilidad penal *el consentimiento* en caso de lesiones (Art. 147 Inc. 2° CP), pese a que

En esta obra se describe el panorama cronológico de los seis Códigos Penales, incluido el vigente, que ha tenido nuestro país.

³³ JESCHECK, Hans-Heinrich: "Tratado...", Op. Cit., p. 25.

³⁴ MEZGER, Edmund: "Derecho...", Op. Cit., p. 22.

³⁵ Sobre esta disposición legal el profesor español Terradillos Basoco dice: "Resulta criticable la configuración de la *alevosía*: "Existe *alevosía* cuando, en los delitos contra la vida o la integridad personal, el hechor provoca o se aprovecha de la situación de indefensión de la víctima para prevenir el ataque o defenderse de la agresión, sin riesgo de su persona. Se presume legalmente la *alevosía* cuando la víctima fuere menor de doce años y en el caso de homicidio precedido de secuestro". En primer lugar, no parece razonable que se aprecie en los delitos contra la vida y la integridad personal y no en otros delitos contra bienes personalísimos. Además, no es correcta la equiparación entre provocar la indefensión y aprovecharse de una situación pre-existente: en este segundo caso lo que concurre es un abuso de superioridad. Finalmente, no procede presumir la *alevosía*: no siempre que la víctima tiene menos de 12 años, la actuación del autor es *alevosa*, con lo que la agravación queda ayuna de legitimidad. Además, si hay desigualdad objetiva entre agresor y víctima, sería más correcto apreciar abuso de superioridad. Finalmente, no tiene sentido presumir *alevoso* el homicidio precedido de secuestro. Si se pretendió agravar la pena, hubiera sido más correcto hacerlo en los correspondientes preceptos del Libro II". Así, TERRADILLOS BASOCO, Juan María: "Teoría...", Op. Cit., Pgs.143 y 144.

se trata de una disposición excluyente de responsabilidad penal, que sistemáticamente debería estar ubicada en otro lugar (propriadamente en el Art. 27 CP., en donde se regulan las "causas que excluyen de responsabilidad penal")³⁶. En consecuencia, la regulación del consentimiento eximente en la Parte Especial puede ser o no correcta según se refiera este precepto únicamente al delito de lesiones o se le atribuya una significación general.

3. Derecho Penal: Control Social

La convivencia humana se desarrolla ante todo conforme a una pluralidad de reglas transmitidas por la tradición, que forman en su conjunto el *orden social*. La vigencia de tales normas se basa en el reconocimiento de su necesidad por parte de todos y se hallan protegidas mediante ciertas sanciones inmanentes que actúan en caso de contravención³⁷.

Sin embargo, como el orden social no puede asegurar por sí solo la convivencia humana, se completa, perfecciona y refuerza por medio del *orden jurídico*. Este orden jurídico, o simplemente Derecho, debe garantizar

³⁶ "Cuando el artículo 147 del Código Penal de El Salvador, en su párrafo segundo ("*el consentimiento exime de responsabilidad penal...*") concede efectos eximentes al consentimiento en los supuestos de trasplante de órganos, esterilizaciones o cirugía transexual, en realidad le está reconociendo eficacia destipificadora. A falta de consentimiento, todavía podremos examinar si concurre alguna causa de justificación, destinada a decidir entre intereses jurídico-penalmente relevantes. Pero concurriendo el consentimiento del titular, el conflicto de intereses no existe. (...) el consentimiento impide la afirmación de atipicidad, no es necesario, ni conveniente, acudir, a posteriori, a una causa de justificación". Así, TERRADILLOS BASOCO, Juan María: "Teoría...", Op. Cit., p. 92. La posición del consentimiento en el sistema de la teoría del delito es polémica. Un sector de la doctrina considera que el consentimiento es una causa de justificación, otro lo ve como una circunstancia que excluye el tipo. Éstos ven en la falta de consentimiento un especial elemento negativo y su presencia, en los casos en que el bien jurídico se deja al poder de disposición del titular, como una circunstancia que de antemano sustrae al hecho de su relevancia jurídico-penal. Tal opinión se funda en que en los preceptos penales que protegen bienes jurídicos disponibles el auténtico bien jurídico no lo constituye la integridad del objeto, sino el dominio autónomo del legitimado sobre el mismo. Se critica esta posición porque implica una subjetivización del concepto de bien jurídico que traslada la vigencia del precepto penal al arbitrio del titular del bien jurídico. Así JESCHECK, Hans-Heinrich: "Tratado...", Op. Cit., p. 513.

³⁷ WESSELS, Johannes: "Derecho...", Op. Cit., p. 2.

la obligatoriedad general (coacción externa) de toda norma que rige como Derecho y oponerse a posibles abusos³⁸.

Titular del orden social previo es la Sociedad; titular del orden jurídico creado según un plan funcional, el Estado. En tal sentido, hay un sistema general de “*controles sociales*” cuyos titulares son instituciones de muy diversa naturaleza, como la familia, la escuela, la Iglesia, la empresa, los sindicatos y las asociaciones³⁹.

El Derecho Penal es sólo una parte de este sistema y las sanciones preventivas o represivas empleadas son incluso, hasta cierto punto, intercambiables⁴⁰. Por ejemplo, baste señalar del ámbito familiar, lo siguiente:

- 1) El ejercicio del derecho de corrección y orientación constituye en el ordenamiento jurídico familiar un deber —del padre y de la madre— de *corregir y orientar* a sus hijos (Art. 215 del C. Fam.), siempre que se ejerza en forma “*adecuada y moderadamente*”; y, al mismo tiempo, su ejercicio más allá de la forma indicada puede constituir una conducta punible tipificada como “*abuso del derecho de corrección*”, según el Art. 204 CP, cuando en el ejercicio de tal derecho exista una extralimitación que implique un evidente perjuicio material o moral para un menor; y,
- 2) Por otra parte, “*el abandono y desamparo de persona*”, aparece sancionado como hecho punible en el Art. 215 CP, y conectado a este tipo penal está la “*responsabilidad penal*” que por el “*abandono familiar moral y material*” refiere el Art. 222 C. Fam.

³⁸ STRATENWERTH, Günter: “**Derecho Penal**”, (Parte General), traducción de la 2ª edición alemana (1976) por Gladys Romero, EDERSA, Madrid, España, 1982, p. 1.

³⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich: “Tratado...”, Op. Cit., p. 4.

⁴⁰ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio: “**Manual de Criminología**”, Espasa-Calpe, Madrid, España, 1988, p. 105.

La intercambiabilidad también se presenta con el fenómeno de *sucesión de leyes penales*, verbigracia, con el actual Código Penal se derogó el delito de “*adulterio*”⁴¹, abandonándose la protección penal del matrimonio o “*la protección penal de la fidelidad conyugal*”; asimismo, el *adulterio*, como tal, dejó de ser causal de divorcio en el nuevo Código de Familia (Art. 106)⁴².

Volviendo al tema, hay, pues, diversos mecanismos de control social que toda sociedad genera, bien como instancias *formales* o *informales* para ejercer un control sobre las conductas de los individuos, con ello se pretende la adecuación de los comportamientos sociales a las pautas de organización de la convivencia que cada grupo social quiere.

El Derecho Penal, en tanto control social, se distingue en que posee un carácter jurídico altamente formalizado, lo cual no ocurre con las otras clases de control social cuyo carácter es informal. Por ello, MIR PUIG⁴³ ha dicho que: “El Derecho Penal: constituye uno de los *medios de control social* existentes en las sociedades actuales. La familia, la escuela, la profesión, los grupos sociales, son también medios de control social, pero poseen un carácter *informal* que los distingue de un medio de control *jurídico* altamente *formalizado* como es el Derecho Penal”.

Pero, ¿Qué debemos entender por control social? Control social es —siguiendo a GARCÍA-PABLOS DE MOLINA— el conjunto de instituciones, estrategias y sanciones sociales que pretenden promover y garantizar el sometimiento del individuo a los modelos y normas comunitarias⁴⁴.

En efecto, indica el criminólogo recién citado, el control social dispone de numerosos *medios* o *sistemas* normativos (la religión, la moral, la ética, la costumbre, la terapia, el Derecho Civil, Administrativo o Penal,

⁴¹ Tipificado en el Art. 165 del Código Penal derogado.

⁴² El adulterio era causal de divorcio según las reglas 2ª y 3ª del Art. 145 del Código Civil, derogadas por el nuevo Código de Familia.

⁴³ MIR PUIG, Santiago: “**Derecho Penal**”, (Parte General), PPU, Barcelona, España, 1990, p. 4.

⁴⁴ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio: “Manual...”, Op. Cit., p. 106.

etc.); de diversos *órganos* o *portadores* del mismo (la familia, la Iglesia, la Ciencia, el legislador, los partidos, los sindicatos, organizaciones varias, la Justicia, etc.); de distintas *estrategias* o respuestas (prevención, represión, socialización, etc.); de diferentes modalidades de *incentivos* o *sanciones* (incentivos: ascensos, recompensas, distinciones, etc.; sanciones: tratamiento clínico, reparación del daño causado, sanción pecuniaria, privación de libertad, etc.), y de particulares *destinatarios* (estratos sociales privilegiados, estratos sociales deprimidos, etc.).

Lo que diferencia, entonces, al Derecho Penal de otras instituciones de control social es simplemente la *formalización* del control⁴⁵. El control social jurídico penal es, por consiguiente, un control normativo, es decir, se ejerce a través de un conjunto de normas creadas previamente al efecto. En consecuencia, la expresión Derecho Penal como control social, se materializa a través del *ordenamiento jurídico* y surge como una *facultad* que tiene el Estado de conminar con sanción penal las conductas que ha descrito como punibles. El control social penal es un subsistema en el sistema global de control social; difiere de éste por sus fines (prevención y represión del delito) y por los medios de que se sirve (penas y medidas de seguridad).

Ahora bien, el concepto de control social tiene un origen sociológico⁴⁶, no jurídico, de reciente data que aparece estrechamente vinculado como reacción o control de la conducta desviada desde instancias o mecanismos sociales informales (la familia, la escuela, etc.) hasta instancias formales de control (el Estado y el Derecho), de modo que el Derecho penal es un mecanismo más, de esta última clase, de control social. La extensión en la Ciencia Penal permite considerar el “control social” como la misión o función característica de las normas y demás instituciones del Derecho penal.

Para obtener la conformidad o adaptación del individuo a sus postulados normativos (disciplina social) se sirve la comunidad de dos

⁴⁵ BACIGALUPO, Enrique: “Manual de Derecho Penal”, (Parte General), Temis-ILANUD, Bogotá, Colombia, 1984, p. 1.

⁴⁶ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio: “Manual...”, Op. Cit., p. 105.

clases de instancias o portadores de control social: instancias de *control social informal* y de *control social formal*.

a. Control Social Informal

Control social informal es el ejercido mediante mecanismos no formalizados jurídicamente, como las normas morales, las ideas religiosas, la educación, la ideología, la cultura, etc. Por consiguiente, se aplica en instancias estructurales de la sociedad, tales como⁴⁷: la familia, la religión, la educación, la actividad política, los medios masivos de comunicación social, etc. El espacio de esta clase de controles sociales es amplísimo y los medios que se usan están más o menos ocultos, o encubiertas⁴⁸. En efecto, los medios que se utilizan son difusos y muy diversos, pero en todos los niveles de control predomina una amplia intercambiabilidad y considerable flexibilidad. Por ejemplo: las instancias de control social informal tratan de condicionar al individuo, de adaptarle a las normas sociales, de disciplinarle a través de un largo y sutil proceso que comienza en sus núcleos primarios (la familia, que puede ser autoritaria o liberal), pasa por la escuela (en la educación, control ideológico de los textos), la profesión y la instancia laboral y culmina con la obtención de su actitud conformista, interiorizando el individuo pautas y modelos de conducta transmitidos y aprendidos (normas sociales como: reglas de vestir, hablar, saludar, etc.; detectándose al infringirse sanciones sociales, como: el ridículo, el silencio de los contertulios, interrupción de contactos sociales, rumores, perjuicios, etc.), todos estos medios de control social no son más que mecanismos naturales de regulación social; pero cuando estos medios informales fallan, los interesados se ven obligados a recurrir a mecanismos formales que son específicos y explícitos (como la policía, el Derecho, y entre éste, el denominado Derecho Penal), que actúan de modo coercitivo e imponen sanciones cualitativamente distintas de las sanciones sociales (sanciones estigmatizantes que atribuyen al infractor un singular "*status*": delincuente, criminal, infractor, malhechor, etc.).

⁴⁷ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio: "Manual...", Op. Cit., p. 106.

⁴⁸ VILLAVICENCIO T., Felipe: "Introducción a la Criminología", Grijley, Lima, Perú, 1997, p. 123.

Por ello, “La finalidad del Derecho Penal —señala PÉREZ PINZÓN⁴⁹— es servir como instrumento de control social, al lado de las demás ramas del ordenamiento, y después de la dirección ejercida —y fallida— por la familia, la escuela, la religión, los medios de comunicación, etc.” En tal sentido, se afirma que las sanciones penales son sólo un medio de control social y probablemente ni siquiera el más importante⁵⁰. Las mayores garantías de éxito en orden a la prevención del delito residen probablemente no en la superior efectividad o rendimiento del control social *formal* (mejor funcionamiento del sistema legal), sino en la más armoniosa integración o sincronización del control social *informal* y del control social *formal*⁵¹.

El control social podrá ser más o menos eficiente en relación a su actuación sobre el individuo en la medida que este último es capaz de autodeterminarse. Así, el sujeto puede presentar diferentes respuestas al condicionamiento disciplinario e ideológico a que es sometido en su paso por las diferentes formas de control social informal. Es decir, las instancias de control social informal son eficaces cuando convierten al individuo en un sujeto adaptado que acepta lo que la sociedad le impone a lo largo de su vida; nunca o raramente presentará una actitud que quebrante las reglas establecidas. Y en este caso su formación ideológica queda completa. Sin embargo, es de resaltar que circunstancias estructurales (marginación) o individuales (sociales, económicas, políticas, etc.) que destacan las falacias de la ideología oficial, origina disidencia y actuaciones al margen de las normas establecidas⁵².

b. Control Social Formal

Es control social formal el que se ejerce, naturalmente, a través de las *normas jurídicas*: el Derecho. Comprendiéndose, en consecuencia, las *normas penales*, junto con los aparatos institucionales destinados a aplicarlas y hacerlas cumplir, como: la Policía Nacional Civil (Art. 159 Inc. 3° Cn), la Fiscalía General de la República (Art. 193 N° 3° y 4° Cn), los

⁴⁹ PÉREZ PINZÓN, Alvaro Orlando: “Introducción al Derecho Penal”, Señal Editora, Medellín, Colombia, 1989, p. 28.

⁵⁰ STRATENWERTH, Günter: “Derecho...”, Op. Cit., p. 9.

⁵¹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio: “Manual...”, Op. Cit., p. 107.

⁵² VILLAVICENCIO T., Felipe: “Introducción...”, Op. Cit., Pgs. 124 y 125.

Tribunales de Justicia con funciones penales (Art. 172 Inc. 1° Cn, ya se trate de Juzgados de Paz, Art. 55 CPP; Juzgados de Instrucción, Art. 54 CPP; Tribunales de Sentencia, Art. 53 CPP; Cámaras de Segunda Instancia, Art. 51 CPP; Sala de lo Penal, Art. 50 Inc. 2° CPP; e, inclusive, de la Corte Suprema de Justicia, Art. 50 Inc. 1° CPP), y las instancias administrativas del sistema penitenciario (Art. 27 Inc. 3° Cn), tales como: la Dirección General de Centros Penales (Arts. 18 N° 1 y Sgts. L. Pen.), el Consejo Criminológico Nacional (Arts. 18 N° 2, 27 y Sgts. L. Pen.), los Consejos Criminológicos Regionales (Arts. 18 N° 3 y 31 L. Pen.) y la Escuela Penitenciaria (Arts. 18 N° 4 y 32 L. Pen.), que dependen en la actualidad del Ministerio de Gobernación⁵³. Todas las normas establecidas formalmente con disposiciones legales y los aparatos institucionales son las instancias que realizan el llamado control social formal.

“El Derecho penal es el instrumento de control social —dice CUELLO CONTRERAS⁵⁴— que persigue la finalidad de proteger bienes jurídicos imprescindibles para la vida social —cuando no hay medios menos drásticos de protección— mediante penas y medidas de seguridad y corrección encaminadas a lograr la reinserción social del delincuente restableciendo la paz social quebrantada”.

Puede concluirse, entonces, que el Derecho Penal es el instrumento jurídico más enérgico de que dispone el Estado para evitar las conductas que resultan más indeseables e insoportables socialmente. Pero, es de gran importancia entender, según lo expuesto antes, que este instrumento no es el

⁵³ Antes dependían del Ministerio de Seguridad Pública y Justicia que había sustituido al tradicional Ministerio de Justicia. Véanse en ese orden los Arts. 18 y 19 de la Ley Penitenciaria; y, además, el Decreto Ejecutivo N° 124 de la Presidencia de la República, de 18 de diciembre de 2002, publicado en el Diario Oficial N° 241, Tomo N° 353, de 20 de diciembre de ese mismo año. Con este Decreto se reforma el Reglamento Interno del Órgano Ejecutivo, suprimiéndose los Ministerios del Interior y de Seguridad Pública y Justicia y, a su vez, creándose un nuevo Ministerio denominado Ministerio de Gobernación, al cual se le fija, entre otras atribuciones, la siguiente: Art. 34, 9) *“Fijar la política penitenciaria del Estado, de conformidad con los principios que rigen la ley, así como organizar, dirigir, mantener y vigilar los centros penitenciarios, procurando la rehabilitación del recluso y su reinserción en la sociedad”.*

⁵⁴ CUELLO CONTRERAS, Joaquín: “Derecho...”, Op. Cit., p. 131.

único del que disponen la sociedad y el Estado para el control social de las conductas de los individuos.

c. Elementos Comunes a las Formas de Control Social

MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN⁵⁵, señalan tres elementos que son comunes a todas las formas de control social, ya se trate de un control social informal o formal, estos son: a) la infracción o *quebrantamiento* de una “norma”; b) la *reacción* a ese quebrantamiento en forma de “sanción”; y, c) la *forma*, “proceso” o procedimiento a través del cual se constata el quebrantamiento, se impone la sanción y se ejecuta.

Norma, sanción y proceso son, pues, los conceptos fundamentales de todas las formas de control social. También en el control social que se lleva a cabo a través del Derecho Penal están presentes; pero como es lógico, dadas las peculiaridades de esta forma de control social, revisten unas características propias que dan lugar a instrumentos distintos, constituyendo incluso disciplinas jurídicas separadas⁵⁶. Pero, en su conjunto, forman la parte nuclear del sistema de justicia penal: el Derecho Penal sustantivo, el Derecho Procesal Penal y el Derecho de Ejecución Penal.

4. Derecho Penal: Violencia Legítima

La violencia aparece como una característica de todas las instituciones sociales creadas para la defensa o protección de determinados intereses, legítimos o ilegítimos. La violencia es, pues, consustancial a toda sociedad y, por consiguiente, a todo sistema de control social⁵⁷.

Por tal motivo se señala que el Derecho Penal, tanto por los hechos que tipifica (delitos y faltas), como por los medios que utiliza para sancionarlos (penas o medidas de seguridad), es sinónimo de violencia: *violencia legítima*. Trátase, por consiguiente, de un instrumento para asegurar la protección de la Sociedad garantizando la paz pública,

⁵⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes: “Lecciones de Derecho Penal”, (Primera Parte. Fundamentos del Derecho Penal), Gráficas Minerva, Sevilla, España, 1991. p. 15.

⁵⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes: “Lecciones...”, p. 15.

⁵⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes: “Lecciones...”, p. 13.

respetando la libertad de actuación del individuo, a la vez que defendiéndola de la *violencia ilegítima*⁵⁸.

En efecto, por regla general, los hechos de que se ocupa el Derecho Penal son violentos, por ejemplo: homicidios (Arts. 128, 129 y 132 CP), abortos (Arts. 133, 134 y 135 CP), lesiones (Arts. 142, 143, 144 y 145 CP), secuestros (Arts. 149 y 150 CP), violaciones (Arts. 158, 159 y 162 CP), robos (Arts. 212 y 213 CP), etc. También, violenta es la forma en que el Derecho Penal soluciona estos casos, por ejemplo, con penas principales, tales como: la prisión (Arts. 45 No. 1 y 47 CP), arresto de fin de semana (Arts. 45 No. 2 y 49 CP) y con medidas de seguridad, entre ellas: internación (Arts. 93 al 95).

En la actualidad, no resulta difícil constatar que nuestro país y el mundo está teñido de violencia y no es, por tanto, exagerado decir que esta violencia constituye un ingrediente básico de todas las instituciones que rigen el mundo, también del Derecho Penal. Desde luego que sería mejor o, por lo menos, más deseable que alguna vez la violencia dejara de gobernar las relaciones humanas. Pero en ningún caso podemos deformar ideológicamente los hechos y confundirlos con nuestros más o menos buenos o bienintencionados deseos. La violencia está ahí, a la vista de todos y practicada por todos: por los que delinquen y por los que definen y sancionan la delincuencia, por el individuo y por el Estado, por los pobres y por los ricos⁵⁹. La violencia es, desde luego, un problema social⁶⁰.

SCHNEIDER⁶¹, criminólogo alemán proporciona el siguiente concepto de violencia: "*violencia es el efecto físico intencional sobre el ser humano, considerado socialmente ilegal, que consiste en un daño físico, psíquico o social*". El citado autor, se ocupa de temas como: la violencia en

⁵⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich: "Tratado...", Op. Cit., p. 5.

⁵⁹ Así los comentarios por Eugenio Raúl Zaffaroni al libro "**Criminología de la Violencia**", escrito por el profesor alemán Hans Joachim Schneider (1994), en Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, año 9, N° 13, Agosto, 1997, p. 122.

⁶⁰ MUNOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes: "Lecciones...", p. 13 y 14.

⁶¹ SCHNEIDER, Hans Joachim: "Criminología...", Op. Cit., en nota al pie *supra*, por Eugenio Raúl Zaffaroni.

los medios, los homicidios, la violación, la violencia institucional, familiar, deportiva, juvenil, tumultuaria, terrorista y el suicidio. Por consiguiente, recomienda: la reducción de la proyección de la violencia y, sobre todo, de la proyección de la solución violenta de conflictos como preferencial⁶², la sobrevaloración de la solución punitiva (violenta) del conflicto como generadora de un círculo que, por medio de los políticos, influye en la legislación penal en forma negativa.

B. CONCEPTOS TRADICIONALES DE DERECHO PENAL

Como quedó enunciado al principio de este apartado, tradicionalmente existen tres maneras diferentes para enfocar el Derecho Penal⁶³: como *disciplina científica* (Ciencia), en cuanto *Derecho Penal objetivo* (Ordenamiento Jurídico) y como *Derecho Penal subjetivo* (facultad de castigar). Vamos, a referirnos a ese enfoque doctrinal que, por lo común, es usual en todos los manuales de Derecho Penal.

1. Ciencia del Derecho Penal

Como aspecto previo al tema —LUZÓN PEÑA⁶⁴—, explica lo siguiente: al igual que en la mayoría de las otras áreas jurídicas, no hay un nombre distinto para el objeto, Derecho Penal, y para la Ciencia que lo estudia. Esta ambivalencia de la denominación, que no es exclusiva del Derecho, sino común con otras disciplinas, es producto de no haberse acuñado un término que propicie la distinción. Así, para designar la disciplina se emplea el de Ciencia del Derecho Penal o, simple y

⁶² Hoy en día existen otros mecanismos pacíficos que bajo el nombre de Resolución Alternativa de Disputas (RAD) –o de conflictos RAC– tienen los siguientes objetivos: mitigar la congestión de los tribunales; reducir el costo de la resolución de conflictos; reducir la demora en la resolución de los conflictos; incrementar la participación de la comunidad en los procesos de solución de conflictos; facilitar el acceso a la justicia y suministrar a la sociedad formas más efectivas de resolución de disputas. Así, ALVAREZ, Gladys Estella: "**Resolución Alternativa de Disputas en el Derecho de Familia y Menores**", C.N.J., San Salvador, El Salvador, 2001, p. 11.

⁶³ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA. "**Derecho Penal Fundamental**", Tomo I, Reimpresión de la segunda edición, Temis, Bogotá, Colombia, 1989, Pgs. 13 a 15. POLAINO NAVARRETE, Miguel: "Derecho...", Op. Cit., Pgs. 16 y 17.

⁶⁴ Así, LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: "**Curso de Derecho Penal**", (Parte General I), Editorial Hispamer, Bogotá, Colombia, 1995, Op. Cit., p. 47.

abreviadamente, el de “Derecho Penal”. No obstante, en puridad “Derecho Penal” designa el ordenamiento jurídico-penal, es decir, el objeto de la disciplina científica y no la Ciencia misma. Por tanto, a fin de evitar incurrir en el equívoco terminológico, hay que estar atentos para en cada caso deducir del contexto si “Derecho Penal” se refiere a la disciplina (Ciencia) o a su objeto (Ordenamiento Jurídico). Es decir, hay que distinguir el Derecho Penal, como conjunto de normas relativas a los delitos, penas y medidas de seguridad, y la disciplina que tiene por objeto el estudio de tales normas.

Aclarado lo ambivalente del término, podemos decir, que apreciado científicamente, esto es como Ciencia, el Derecho Penal es el conjunto sistemático de principios relativos al delito, pena y medidas de seguridad. La Ciencia Penal es —según POLAINO NAVARRETE⁶⁵— una Ciencia Jurídica que tiene como objeto de estudio el Derecho Penal, llevando a cabo una investigación de todos los conocimientos relativos a los delitos y a las penas y medidas de seguridad.

Pero, también puede hablarse de Ciencia Penal en *sentido amplio* y en *sentido estricto*.

En su sentido más amplio, las Ciencias Penales están integradas por las distintas disciplinas que “se ocupan de la investigación, ordenación y exposición de todo el sector de vida que está determinado por la criminalidad y la lucha contra la misma”⁶⁶. Del grupo que la integran se pueden distinguir tres importantes ramas que son a su vez ciencias en sí mismas, a saber: la Dogmática jurídicopenal o Ciencia del Derecho Penal en *sentido estricto*, la Criminología y la Política Criminal.

En similar sentido, CLAUS ROXIN⁶⁷, prefiere hablar de “*ciencia global del Derecho penal*”, pero ello es posible —indica— si al Derecho Penal material se le añaden los siguientes campos jurídicos:

⁶⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel: “Derecho...”, Op. Cit., p. 13.

⁶⁶ Asi, JESCHECK, Hans-Heinrich: “Tratado...”, Op. Cit., p. 57.

⁶⁷ ROXIN, Claus: “Derecho...”, Op. Cit., p. 47.

- 1) El Derecho Procesal Penal;
- 2) El Derecho de medición (o determinación) de la pena, el cual comprende las reglas que son decisorias en cuanto a la clase y cuantía de la pena que se debe imponer. Esta acotación es pertinente hacerla, por cuanto en las últimas décadas se ha venido considerando que esta disciplina jurídica —el Derecho de medición o de determinación de la pena— goza en buena medida de autonomía, pero, pese a su desarrollo científico, sistemáticamente pertenece al Derecho Penal material, a tal punto que los preceptos legales sobre la medición de la pena están contenidos en el Código Penal (Arts. 62 al 74 del Capítulo II, Adecuación de las Penas, del Título III, Penas, del Libro Primero, Parte General);
- 3) El Derecho Penitenciario;
- 4) El Derecho Penal Juvenil, no por el ámbito de las normas tratadas, sino por la especial clase del autor o personas sujetas a ese orden jurídico especial, pues trata de los delitos cometidos por jóvenes entre los 12 a 18 años de edad (Art. 2 LMI); y,
- 5) La Criminología, como ciencia de la realidad.

Dentro de las Ciencias Penales, la Dogmática jurídicopenal es, en palabras de ROXIN⁶⁸: “la disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización, elaboración y desarrollo de las disposiciones legales y opiniones de la doctrina científica en el campo del Derecho penal”. Es, pues, la que constituye la Ciencia Penal en sentido estricto.

La Ciencia Penal es, por consiguiente, una Ciencia Jurídica que se ocupa del examen de los comportamientos socialmente más desvaliosos que realiza el hombre y de las sanciones jurídicas de mayor gravedad que frente a los mismos está legitimado a imponer el ordenamiento positivo de un Estado, por exigencias de justicia y con finalidades preventivas⁶⁹.

⁶⁸ ROXIN, Claus: “Derecho...”, Op. Cit., p. 192.

⁶⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel: “Derecho...”, Op. Cit., p. 13.

2. Derecho Penal Objetivo y Subjetivo

En doctrina, constituye una distinción comúnmente admitida y utilizada, cuando se trata de formular el concepto de Derecho en general, dar una definición del mismo y de fijar sus límites, entenderlo en dos sentidos distintos: objetivo y subjetivo⁷⁰.

Por *derecho objetivo* (o simplemente Derecho) se entiende el conjunto de normas jurídicas que regulan —en principio con pretensión de justicia— la vida social de una comunidad; mientras que el *derecho subjetivo* hace referencia a la facultad de actuar de alguien dentro de ese conjunto de normas: se alude, pues, a la “*facultad*”, al tener “*derecho a*” algo⁷¹.

En consecuencia, al trasladar esa dicotomía al Derecho Penal, resultará que éste en sentido objetivo —también denominado *ius poenale*— significa el conjunto de normas jurídico-penales (Código Penal y leyes penales especiales o Derecho Penal accesorio), que “regulan el ejercicio de la función penal propia del Estado”⁷². Desde el punto de vista *subjetivo* —también denominado derecho a castigar o *ius puniendi*— es “una facultad del Estado para definir los delitos bajo la amenaza de una pena y para aplicar ésta cuando se realicen los hechos previamente definidos en la ley como delito”⁷³. Es pues, de manera más amplia, el derecho que corresponde

⁷⁰ Comparten esta concepción dual del concepto de Derecho Penal, entre otros: SOLER, Sebastián: “**Derecho Penal Argentino**”, Tomo I, 9ª reimpresión, Tipografía Editora, Buenos Aires, Argentina, 1983, Pgs. 6 y 7; FONTÁN BALESTRA, Carlos: “**Derecho Penal**”, (Introducción a la Parte General), 9ª edición actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1976, p. 13. BUSTOS RAMÍREZ, Juan: “**Introducción al Derecho Penal**”, Temis, Bogotá, Colombia, 1986, p. 6; RODRIGUEZ DEVESA, José María: “Derecho...”, Op. Cit., p. (Parte General), 9ª edición, Dykinson, Madrid, España, 1985, Pgs. 9 y 36; MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes: “Lecciones...”, Op. Cit., Pgs. 25 y Sgts. y 59 y Sgts.; MIR PUIG, Santiago: “Derecho...”, Op. Cit., p. 7 y Sgts. CUELLO CALÓN, Eugenio: “**Derecho Penal**”, (Parte General), Tomo I, Volumen I, 18ª edición, revisada y puesta al día por César Camargo Hernández, Bosch, Barcelona, Españ. 1980, p. 7.

⁷¹ Así, LUZÓN PENA, Diego-Manuel: “Curso...”, Op. Cit., p. 46.

⁷² ANTÓN ONECA, José: “**Derecho Penal**”, Reus, Madrid, España, 1929, p. 5.

⁷³ ANTÓN ONECA, José: “Derecho...”, Op. Cit., p. 5.

al Estado a crear, modificar y a aplicar el Derecho Penal objetivo castigando o imponiendo sanciones penales.

Por otra parte, si no se añade ninguna precisión o calificación, la expresión “Derecho penal” se usa generalmente en el sentido de Derecho penal objetivo; o sea, que el nombre se reserva para el ordenamiento penal.

Analizaremos ambos conceptos en detalle. Sin embargo, debe acotarse que con el primero intentaremos precisar su definición, de modo que a continuación podamos analizar sus aspectos formales y materiales más importantes. La alusión al Derecho penal en sentido subjetivo también se hará, pero será mejor su comprensión cuando más adelante se trate de fijar los límites que ha de encontrar el derecho del Estado a intervenir mediante normas penales.

a. Derecho Penal Objetivo

Se define el Derecho Penal, *objetivamente*, a partir de la definición propuesta, hace más de un siglo, por el profesor alemán FRANZ VON LISZT según la cual el Derecho Penal ha de ser entendido como:

“Conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian el crimen, como hecho, a la pena, como legítima consecuencia”⁷⁴.

Pese a que la definición de LISZT es generalmente aceptada y de uso corriente, ha sufrido algunas modificaciones que se corresponden con la evolución misma que ha tenido el Derecho Penal. Por ejemplo, además de la pena, como principal consecuencia jurídica, se incluyen, hoy en día, otras sanciones jurídicas para combatir los hechos punibles: las *medidas de seguridad*. De esa forma las definiciones actuales se han modificado, pero manteniendo los elementos esenciales. Veamos algunas de ellas:

⁷⁴ LISZT, Franz von: “**Tratado de Derecho Penal**”. (Parte General), Tomo I, 3ª edición, Reus, Traducción por Quintaliano Saldaña, Madrid, España, 1914, p. 1.

“Derecho penal es —para EDMUND MEZGER⁷⁵— el conjunto de las normas jurídicas que vinculan la pena, como consecuencia jurídica, a un hecho cometido”.

Por su parte, HANS WELZEL⁷⁶ expresa: *“El Derecho Penal es aquella parte del ordenamiento jurídico que determina las características de la acción delictuosa y le impone penas o medidas de seguridad”.*

“Por derecho penal se entiende —según JOHANNES WESSELS⁷⁷— la parte del ordenamiento jurídico que establece los presupuestos de la punibilidad y las distintas características de la conducta merecedora de pena, amenaza penas determinadas y prevé especialmente, al lado de otras consecuencias jurídicas, medidas de corrección y de seguridad”.

SANTIAGO MIR PUIG⁷⁸, concibe el Derecho Penal como el *“Conjunto de normas jurídicas que prohíben la comisión de delitos y asocian a éstos, como presupuesto, penas y/o medidas de seguridad, como consecuencia jurídica”;*

IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE⁷⁹, y otros, entienden que *“El Derecho Penal es el conjunto de normas jurídicas que definen determinadas conductas como delito y disponen la imposición de penas o medidas de seguridad a quienes lo cometen”;*

Para DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA⁸⁰, el Derecho Penal es el *“Conjunto de normas jurídicas que prevén delitos y determinadas*

⁷⁵ MEZGER, Edmund: “Derecho...”, Op. Cit., p. 27.

⁷⁶ WELZEL, Hans: **“Derecho Penal Alemán”**, (Parte General), 11ª edición, 2ª edición castellana, traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1975, p. 11.

⁷⁷ WESSELS, Johannes: “Derecho...”, Op. Cit., p. 4.

⁷⁸ MIR PUIG, Santiago: “Derecho...”, Op. Cit., p. 13.

⁷⁹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *et al*: “Lecciones...”, Op. Cit. p. 1. En igual sentido, literalmente hablando, SERRANO-PIEDRECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón: **“Conocimiento Científico y Fundamentos del Derecho Penal”**, Gráfica Horizonte, Lima, Perú, 1999, p. 3.

⁸⁰ Así, LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: “Curso...”, p. 48.

circunstancias del delincuente y les asignan, como consecuencias jurídicas más importantes, penas o medidas de seguridad”.

De estas definiciones se desprenden tres elementos comunes muy importantes: a) el ordenamiento jurídico (Derecho); b) el hecho punible (delito o falta); y, c) las consecuencias jurídicas (penas o medidas de seguridad).

a) **El ordenamiento jurídico** (“conjunto de normas jurídicas/parte del ordenamiento jurídico”). En efecto, el Derecho Penal es un conjunto de normas jurídicas recogidas en el Código Penal y en las leyes penales especiales. Las normas penales están agrupadas siguiendo una sistematización u orden. Ese orden entre las normas jurídicas es presupuesto lógico para el orden externo que el Derecho pretende conseguir (función reguladora y ordenadora de diversos ámbitos de la convivencia social). El orden de las normas y su presupuesto explican el nombre de “orden jurídico” u “ordenamiento jurídico”.

b) **El hecho punible** (“delito”/“hecho punible”). La especificidad de las normas jurídico-penales deriva de que su objeto son los hechos punibles (delitos o faltas). Si bien las definiciones apuntadas se refieren a variadas expresiones, tales como: “*crimen*”, “*hecho cometido*”, “*acción delictuosa*”, “*conducta merecedora de pena*”, con esas expresiones se alude, en verdad, al término “*delito*”, esto es, una de las especies de hecho punible, tal término debe considerarse empleado en su sentido de infracción de la ley penal. Por consiguiente, comprende tanto a los delitos, propiamente, como a las faltas penales, pues delitos y faltas son especies del género común hecho punible (Art. 18 CP).

c) **Las consecuencias jurídicas** (“*penas o medidas de seguridad*”). Como principal efecto jurídico por la comisión de hechos punibles se usan las penas (prisión, arresto de fin de semana, arresto domiciliario, multa, prestación de trabajos de utilidad pública: Art. 45 CP) y las medidas de seguridad (internación, tratamiento médico ambulatorio o vigilancia: Art. 93 CP).

En síntesis, del concepto objetivo de Derecho Penal, podemos señalar dos aspectos:

- a) La definición de conductas o comportamientos como hechos punibles —*delitos o faltas*— y la disposición de consecuencias jurídicas —*penas o medidas de seguridad*— por su comisión u omisión, lo hace un Derecho especializado dentro del ordenamiento jurídico general.

Las conductas delictivas, son aquellas que el legislador pretende evitar que se cometan por los ciudadanos, y el instrumento que utiliza para advertir, en general, y para sancionar, en especial, a los que llegan a cometer delitos o faltas son las penas —intervención más severa para la libertad y derechos de los ciudadanos (Arts. 46 y Sgts.. CP)— y las medidas de seguridad —aplicándose éstas en los supuestos de autores de hechos punibles inimputables (Arts. 93 y Sgts.. CP)—; y,

- b) El Derecho Penal objetivo se identifica con el ordenamiento jurídico penal de un Estado, puesto que toma como punto de partida la existencia del Estado con poder legítimo y control total centralizado, como único titular del poder de castigar.

b. Derecho Penal Subjetivo

El Derecho Penal subjetivo o *ius puniendi*, siguiendo a BUSTOS RAMÍREZ⁸¹, lo podemos definir como la potestad penal del Estado de declarar punibles determinados hechos a los que impone penas o medidas de seguridad.

⁸¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan: "Manual de Derecho Penal", (Parte General), 3ª edición aumentada, corregida y puesta al día, Ariel, Barcelona, 1989, p. 39.

El Derecho Penal subjetivo se vincula al poder del Estado para determinar qué hechos van a considerarse punibles y qué consecuencias jurídicas corresponderán a cada uno de ellos, caso de infringirse⁸².

El “*ius puniendi*”, es pues un *poder* jurídico que el Derecho objetivo —en este caso la Constitución de la República, Art. 131 N° 5— concede de manera única y exclusiva a uno de los Órganos del Estado —Asamblea Legislativa— para garantizar el mantenimiento del orden social y restablecerlo cuando ha sido perturbado⁸³.

Al Derecho Penal subjetivo se le ha señalado una doble característica, al mismo tiempo que un *poder*, es también un *deber*. Constituye un *poder* puesto que sólo el Estado, por medio de su Órgano Legislativo tiene facultad para “decretar, interpretar auténticamente, reformar y derogar” el Derecho Penal objetivo, (Arts. 121, 131 No. 5 Cn.). Es un *deber*, puesto que constituye una garantía indispensable en un Estado de Derecho⁸⁴.

⁸² VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: “Derecho Penal”, (Parte General), Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1994, p. 26.

⁸³ CAMARGO HERNÁNDEZ, César: “Introducción al Estudio del Derecho Penal”, Bosch, Barcelona, España, 1964, p. 49.

⁸⁴ Así: FONTÁN BALESTRA, Carlos: “Derecho...”, Op. Cit., p. 13. En ese mismo sentido: CAMARGO HERNÁNDEZ, César: “Introducción...”, Op. Cit., p. 50.

MATERIALES PARA EL TRABAJO PRÁCTICO

I. Lecturas Seleccionadas

- A) **CONCEPTO DE DERECHO PENAL.** *“La primera imagen de lo que es el Derecho penal va referida a un conjunto de normas legales, es decir, positivizadas por una ley, que describen comportamientos que se supone intolerables o graves y los amenaza con reacciones represivas que consisten en penas o medidas de seguridad. Pero inmediatamente después de esa apreciación se percibe, al continuar la meditación sobre el tema, una sucesiva aparición de dificultades o contradicciones, que determinan que aquella definición inicial explique sólo la vestimenta externa del mismo. Se duda sobre qué comportamientos deben recibir graves castigos; sobre dónde reside la legitimidad para decidir lo bueno y lo malo, pues al fin la descripción de esos comportamientos encierra el deseo de sentar qué es lo bueno y qué es lo malo; sobre cómo y cuánto han de castigarse esas conductas; sobre qué beneficio obtiene la sociedad haciéndolo, y así podríamos alargar casi indefinidamente la relación de dudas que se abre”.* QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: **“Derecho Penal”**, (Parte General), Marcial Pons, Madrid, España, 1992. p. 7.
- B) **CONTENIDO Y SINGULARIDAD DEL DERECHO PENAL.** *“De todos los campos del Derecho es el Derecho Penal el que resulta más conocido y de mayor interés para quienes no son juristas. La opinión pública se estremece ante los delitos más espectaculares, y las noticias sobre crímenes, contenidas tanto en las novelas policíacas como en las series televisivas, ocupan la atención de un amplio público. Mientras el observador contempla las cosas desde la barrera, su interés por la delincuencia suele ser tan considerable como su deseo de no tener cuentas con la justicia penal, pues es de todos conocido que una condena puede tener graves consecuencias para su vida particular y sus relaciones sociales”.* ROXIN, Claus/ARZT, Günter 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, p. 19.

- C) **LEGITIMACIÓN DEL “IUS PUNIENDI”**. *“Imaginémonos que una persona ha sido condenada a una larga pena de prisión por la comisión de varios delitos. Muchas y diversas son las consecuencias; a los ojos de la sociedad aparece desde ahora como “delincuente”; pierde su empleo y, con ello, su fuente de ingresos; queda separado de su mujer y sus hijos; en la cárcel todos los actos de su vida diaria quedan reglamentados y se le priva de las satisfacciones más habituales, como la tertulia tras la comida, la televisión, conducir, etc. En todo ello puede verse que la imposición de una pena privativa de libertad es la más grave intervención en la libertad de una persona que el ordenamiento jurídico autoriza al Estado, intervención que se proyecta incluso más allá del tiempo de privación de libertad, sobre toda la vida posterior del condenado. La pena de multa, por su parte, suele afectar generalmente en forma menos gravosa, si bien se inscribe igualmente en el registro de condenas y puede tener efectos personales y sociales bien desagradables”*. ROXIN, Claus/ARZT, Günter 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, p. 20.

2. Cuestionario

- A) ¿Qué comprende el Derecho Penal en sentido amplio?
- B) ¿Cuál es la división doctrinal que se hace del Derecho Penal sustantivo o material?
- C) ¿Qué se estudia en la Parte Especial del Derecho Penal?
- D) ¿El ámbito del Derecho Penal está circunscrito al Código Penal? Explique.
- E) Mencione cuatro leyes penales especiales vigentes en El Salvador.
- F) ¿Qué es el Derecho Procesal Penal y en qué se diferencia del Derecho Penal?
- G) ¿Qué comprende el Derecho de Ejecución Penal?

- H) ¿Qué es y dónde está contenido el Derecho Registral Penal?
- I) ¿Qué debemos entender por Control Social?
- J) ¿Cuáles son y en qué consisten los elementos comunes a las formas de Control Social?
- K) Explique por qué se afirma que el Derecho Penal es violencia legítima.
- L) ¿Cuáles son las importantes ramas que integran las Ciencias Penales?
- M) ¿Cuál es la diferencia entre el Derecho Penal objetivo y el Derecho Penal Subjetivo?

3. Actividades Prácticas

- A) Elabore un esquema que comprenda las perspectivas modernas y tradicionales del Derecho Penal.
- B) Elabore un cuadro sinóptico del Libro Primero del Código Penal que comprenda únicamente la denominación y el número de Títulos, Capítulos y Secciones. Indique, además, en cada uno de los epígrafes que elabore el Artículo con el cual se inicia y con el cual termina.
- C) Complete el siguiente Cuadro de Delitos y sus Penas. Auxíliese para ello de un Diccionario Jurídico o de un Manual de Derecho Penal (Parte Especial) y de los Códigos Penal y Procesal Penal. Para esta actividad se sugiere seguir el modelo siguiente: Homicidio *es la muerte de una persona producida por otra*, está tipificado en el Art. 128 del Código Penal y tiene una pena mínima de 10 años y una máxima de 20 años de prisión, según el Art. 18 Inc. 2º del CP se trata de un delito grave y es perseguible penalmente por acción pública (Arts. 19, 26 y 28 CPP).

CUADRO DE DELITOS Y SUS PENAS

Nº	Delito	Concepto	Artículo	Penas	Gravedad	Persecución
1	Homicidio simple					
2	Aborto consentido y propio					
3	Lesiones					
4	Secuestro					
5	Amenazas					
6	Violación					
7	Omisión del deber de socorro					
8	Difamación					
9	Allanamiento de morada					
10	Bigamia					
11	Incump. deberes de asistencia económica					
12	Hurto					
13	Hurto impropio					
14	Robo					
15	Daños					
16	Amenazas leves					

4. Temas para Discusión

- A) Tiene o no importancia práctica la distinción que se hace en el Código Penal entre la Parte General y la Parte Especial.
- B) Cuál es la diferencia entre principios fundamentales y normas generales que se hace en el Código Penal (Art. 6). Determine en qué supuestos se aplican siempre las normas generales y en que otros son inaplicables.
- C) Establezca si la agravante de alevosía (Art. 30 N° 1 CP) es aplicable o no a la generalidad de los delitos.
- D) Analice los tres elementos comunes de todo control social, desde la perspectiva del Derecho Penal, y argumente si es o no posible considerar que alguno de ellos es predominante.

II DENOMINACIONES

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. A. PRINCIPALES DENOMINACIONES. 1. Derecho Criminal. 2. Derecho Penal. a. Denominación adoptada en el Derecho Penal Salvadoreño. b. Medidas de Seguridad y el Sistema Dualista o de la Doble Vía. c. La Tercera Vía y Nuestro Derecho Punitivo. d. Consecuencias Civiles y Accesorias del Hecho Punible. B. OTRAS DENOMINACIONES. C. CONCLUSIÓN. MATERIALES PARA EL TRABAJO PRÁCTICO.

INTRODUCCIÓN

La denominación de una Ciencia supone una orientación en la que se puede advertir cuál es la esencia de su contenido y cuál la característica particular que la distingue de otras¹.

En cuanto al Derecho Penal, este ha sido denominado básica y tradicionalmente de dos diferentes formas²: una, totalmente descriptiva del hecho (crimen): *Derecho Criminal*; otra, de la principal consecuencia jurídica (pena): *Derecho Penal*. Ambas denominaciones se conservan en la actualidad, tanto en la doctrina como en el Derecho comparado. Pero, no son las únicas, existen además otros nombres con los que se ha bautizado al Derecho Penal, aunque éstos, en verdad, son más bien producto de corrientes del pensamiento jurídico o del personalismo de algunos autores³. Vamos a referirnos, en ese orden, las denominaciones del Derecho Penal.

A. PRINCIPALES DENOMINACIONES

Como se anticipó, entre la variedad de nombres que se han utilizado para denominar la materia objeto de nuestro estudio, dos resultan ser los de

¹ FONTÁN BALESTRA, Carlos "Derecho...", Op. Cit., p. 11.

² NUÑEZ, Ricardo C.: "**Manual de Derecho Penal**", (Parte General), Editorial Córdoba, Córdoba, Argentina, 1987, p. 13.

³ Así, ZAFFARONI, Eugenio Raúl: "Tratado...", T. I., Op. Cit., p. 26.

mayor acogida por parte de los tratadistas, tales son: Derecho Criminal y Derecho Penal⁴.

La designación más conocida en la actualidad es la de “*Derecho Penal*” que, como se ha dicho, apunta a la “*pena*” como principal consecuencia jurídica del delito; sin embargo, esta denominación no se impuso sino hasta principios del siglo XIX, mientras que con anterioridad la expresión más usual era “*Derecho Criminal*”, que alude al “*crimen*” como la otra integrante fundamental del Derecho Penal⁵.

1. Derecho Criminal

Existe unanimidad en la doctrina en que primitivamente se hablaba de “*ius criminale*”, como denominación más antigua⁶. El énfasis se concentraba, entonces, en el aspecto descriptivo de la conducta que se regulaba: *el crimen*. Sin embargo, esta expresión muy generalizada en los inicios del Derecho Penal, se refería tanto a disposiciones de naturaleza penal sustantiva o material como de índole procesal penal⁷. Tal amplitud de significado hizo necesario, en determinado momento, cambiar la denominación, para emplear los términos Derecho Penal y Derecho Procesal Penal, con la finalidad de delimitar la naturaleza, el contenido normativo y la autonomía de cada una de esas ramas del Derecho.

⁴ Por todos ZAFFARONI, Eugenio Raúl: “**Manual de Derecho Penal**”, (Parte General), Ediar, Segunda Edición, Buenos Aires, Argentina, 1979, p. 22.

⁵ MEZGER, Edmund: “Derecho...”, Op. Cit. p. 27.

⁶ CUELLO CALÓN, Eugenio: “Derecho...”, Op. Cit., p. 7. En el mismo sentido: BUSTOS RAMÍREZ, Juan: “Introducción...”, Op. Cit., p. 3.

⁷ RODRIGUEZ DEVESA, José María: “Derecho...”, Op. Cit., p. 14. QUINTERO OLIVARES, GONZALO: “Derecho...”, Op. Cit., p. 9. Históricamente, la legislación y la doctrina penal y procesal penal se hallaban unidas. Restos de esta concepción antigua se hallan en el Código de Justicia Militar, donde se recogen preceptos sobre organización de tribunales militares, derecho penal militar y procedimientos militares.

No obstante, la expresión Derecho Criminal goza todavía del favor de muchos especialistas, principalmente italianos (*Diritto Criminale*)⁸, franceses (*Droit Criminel*)⁹ y en el sistema anglosajón (*Criminal Law*)¹⁰, en razón de convenir mejor a las actuales orientaciones de esta rama jurídica, que hacen que ella abarque las medidas de seguridad además de las penas¹¹.

Precisamente, por un tiempo, con la inclusión de las “*medidas de seguridad*” o “*medidas de tratamiento, corrección y educación*”, como la otra consecuencia jurídica más importante del delito en el ámbito del Derecho Penal, además de las penas, cobró auge la vuelta a la intitulación Derecho Criminal¹². Sin embargo, tal denominación y su uso no logró ni ha logrado imponerse hasta nuestros días.

A favor del criterio que postula la conveniencia del uso de la denominación Derecho Criminal, se aducen, entre otros, los siguientes argumentos¹³:

- a) La referencia al término “*crimen*” abarca un contenido objetivo más amplio que el de “*pena*”, en el que literalmente las medidas de seguridad quedan por fuera; y,
- b) Con la denominación Derecho Criminal se comprende cualquier tratamiento sancionador, no necesariamente punitivo sino asistencial, que corresponda imponer a los sujetos inimputables, toda vez que no hace específica referencia al tipo de sanción, sino al presupuesto de ella, es decir, al comportamiento descrito en el tipo incriminado;

⁸ LABATUT GLENA, Gustavo: “**Derecho Penal**”, (Parte General), Tomo I, Quinta Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, Chile, 1968, p. 18.

⁹ CUELLO CONTRERAS, Joaquín: “El Derecho...”, Op. Cit., p. 130.

¹⁰ CUELLO CONTRERAS, Joaquín: “El Derecho...”, Op. Cit., p. 130.

¹¹ NOVOA MONREAL, Eduardo: “**Curso de Derecho Penal Chileno**”, (Parte General), Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, Chile, 1960, p. 24.

¹² QUINTERO OLIVARES, GONZALO: “Derecho...”, Op. Cit., p. 8.

¹³ POLAINO NAVARRETE, Miguel: “Derecho...”, Op. Cit., p. 36 y 37.

2. Derecho Penal

La denominación Derecho Penal deja por fuera la referencia a la conducta prohibida y, como es obvio, alude a la pena. Hoy en día, es la expresión más usada en textos y códigos y, por lo mismo, la más conocida universalmente y en nuestro medio. Tal criterio se observa en las posturas doctrinales y en la legislación penal comparada.

Se ha señalado que quien empleó por primera vez la denominación Derecho Penal —intentándose así una caracterización de este Derecho por su nota más específica: la pena— fue el penalista alemán REGNERUS ENGELARHD, en 1756, expresión que se popularizó con la entrada en vigencia del Código Penal francés de 1810¹⁴.

En la actualidad, en que junto a la pena van cobrando importancia creciente las medidas de seguridad, la designación “Derecho Penal” ha resultado demasiado restringida¹⁵, pues no alcanza ya, en su sentido literal, a todo el sector jurídico a que se refiere en el aspecto punitivo, pues no se comprende a las medidas de seguridad. Por tal motivo, se ha manifestado que la denominación Derecho Penal ya no resulta adecuada¹⁶, pretendiéndose la vuelta a la designación Derecho Criminal.

Algún autor contemporáneo, concretamente CLAUS ROXIN¹⁷, afirma que es preferible cambiar la denominación a una que se corresponda con sus principales consecuencias jurídicas, pues la denominación generalmente acuñada Derecho Penal es —a su juicio— incorrecta. Más exactamente —indica el citado profesor alemán— debería denominarse a esta rama del Ordenamiento Jurídico “*Derecho Penal y de Medidas*”.

¹⁴ BUSTOS RAMÍREZ, Juan: “Introducción...”, Op. Cit., p. 3. QUINTERO OLIVARES, GONZALO: “Derecho...”, Op. Cit., p. 8.

¹⁵ WELZEL, Hans: “Derecho...”, Op. Cit., p. 30.

¹⁶ Así, 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.

¹⁷ ROXIN, Claus: “Derecho...”, Op. Cit., p. 42.

Sin embargo, la titulación tradicional —Derecho Penal— puede defenderse todavía para el Derecho Penal, en general, porque en él la pena se emplea como medio —con finalidad preventiva y represiva— *preferente* de coacción social, mientras que se atribuye a las medidas de seguridad una función sustancialmente *complementaria*¹⁸.

En efecto, la imposición de las medidas de seguridad, tal como aparecen reguladas en nuestro Código Penal (Arts. 93 y Sgts.), son de aplicación muy excepcional, es decir, su imposición cobra importancia única y exclusivamente cuando el sujeto a quien se le atribuye la comisión del ilícito penal resulta ser un *inimputable*, es decir, persona que no está dotada de la capacidad psíquica suficiente para orientar sus actos de acuerdo con el conocimiento de su significación, verbigracia por: enajenación mental, grave perturbación de la conciencia o desarrollo psíquico retardado o incompleto (Arts. 27 N° 4 y 94 CP) y, en consecuencia, no se le puede aplicar una pena.

Entre los argumentos a favor de que se siga destacando, al sustantivo Derecho, el adjetivo “*penal*” están¹⁹:

- 1) El contenido y fin fundamental del sistema de normas jurídicas que son objeto de nuestro estudio es la *prevención y represión* del delito mediante la *pena*;
- 2) El término *pena*, por efecto de una larga tradición del lenguaje jurídico común, es suficientemente idóneo para distinguir las sanciones establecidas para los verdaderos hechos punibles —delitos y faltas— de otras sanciones de carácter aflictivo previstas con respecto a otras formas de lo ilícito cuya disciplina jurídica —Derecho Administrativo— no ha sido nunca comprendida en el Derecho Penal;
- 3) Nuestro Derecho positivo, desde el primer Código de esta naturaleza decretado en 1826, denominó *penal*, y no criminal, al

¹⁸ JESCHECK; Hans-Heinrich: “Tratado...”, Op. Cit., p.15.

¹⁹ RODRÍGUEZ DEVESA, José María: “Derecho...”, Op. Cit., p. 13.

Ordenamiento Jurídico donde se recogen los delitos, las penas y, actualmente, como veremos, por modo complementario, medidas de seguridad; y,

- 4) Con el término *criminal*, que viene de la palabra *crimen* –de vario y restringido significado–, no se llegaría a una mayor comprensividad, ni a más neta delimitación.

a. Denominación adoptada en el Derecho Penal Salvadoreño

La restrictiva denominación Derecho Penal, en nuestro país, se explica por dos razones:

- a) Por el hecho de que las medidas de seguridad se introdujeron hasta un momento tardío, concretamente fue en el Código Penal de 1973 en donde aparecen por primera vez²⁰; por lo tanto, la pena había sido antes la única sanción de la ley;
- b) Nuestro Derecho Penal es hoy, por encima de todo, un Derecho Penal de la culpabilidad (Arts. 4 y 63 CP) que, mediante la pena, propicia la reconciliación del infractor y de la sociedad tras el daño causado; y,
- c) Lo que realmente denota que una conducta es delictiva es la *pena* que la sigue. Las medidas de seguridad, lo mismo que otras consecuencias jurídicas del delito, siguen estando en el Derecho actual en un segundo plano. Para que puedan imponerse hay que comprobar siempre primero si estamos ante una conducta a la que la ley señala una pena. Es decir, si se trata de una acción típica y antijurídica (injusto o ilícito penal), aunque el sujeto activo no sea culpable por concurrir en él alguna causal de inimputabilidad.

²⁰ El Título V del Libro Primero del Código Penal (1973), contenía dos Capítulos que se denominaban: "Principios que rigen las medidas de seguridad post-delictuales y enumeración de las mismas" (Cap. I, Arts. 101 a 109) y "Sujetos y ejecución de las medidas de seguridad" (Cap. II, Arts. 110 a 118).

b. Medidas de Seguridad y el Sistema Dualista o de la Doble Vía

Desde la introducción de las *medidas de seguridad* en los Códigos Penales se habla universalmente de “*sistema pluralista de las sanciones penales*”, “*sistema de la doble vía*” o “*sistema dualista*”²¹, por contraposición a los sistemas “*unitarios de sanciones*”, conocidos también como de “*única vía*” o “*monistas*”, que o bien sólo conocen penas o sólo medidas²².

Políticocriminalmente —explica CLAUS ROXIN²³— las medidas de seguridad se basan en que la pena debido a su vinculación a la *culpabilidad* sólo pueden cumplir parcialmente la misión de protección de la sociedad. El sujeto no culpable pero peligroso no puede ser castigado con pena, pero no obstante en interés de la población —y concretamente mediante la imposición de una medida de seguridad— se le puede impedir que cometa otros hechos punibles. Por ejemplo, al autor de un hecho delictivo que en el momento de ejecutarlo, no estuviere en situación de comprender lo ilícito de su acción u omisión o de determinarse de acuerdo a esa comprensión, porque padece perturbaciones psíquicas (Vgr.: enajenación mental, grave perturbación de la conciencia o por desarrollo psíquico retardado o incompleto, Art. 27 N° 4 CP) no se le puede imponer una pena; en su lugar se le puede aplicar una medida de seguridad.

Obsérvese, entonces, que, contrariamente a lo que ocurre con las *penas*, las *medidas de seguridad* no se conectan a la *culpabilidad*, sino a la *peligrosidad del autor*. De allí que pueda afirmarse categóricamente que las medidas de seguridad no son penas y, por consiguiente, no están sometidas al *principio de culpabilidad (responsabilidad)* contenido en el Inc. 3° del Art. 4 CP; sino al *principio de necesidad y de proporcionalidad* que rige de un

²¹ “La primera propuesta dualista se atribuye al Proyecto de Código Penal suizo elaborado por Karl Stoos en 1894”. Así, QUINTERO OLIVARES, GONZALO: “Derecho...”, Op. Cit., p. 112.
BACIGALUPO, Enrique: “Manual...”, Op. Cit., p. 17.

²² COBO DEL ROSAL, M y VIVES ANTON, T. S.: “Derecho Penal”, (Parte General), 3ª Edición corregida y actualizada, Tirant lo blanch, Valencia, España, 1991, p. 775. BACIGALUPO, Enrique: “Manual...”, Op. Cit., p. 17.

²³ ROXIN, Claus: “Derecho...”, Op. Cit., p. 43.

modo expreso en el Art. 5 CP. De esta manera, las medidas pueden ordenarse incluso si la culpabilidad, por ausencia de imputabilidad, no existe. En este sentido, y sin duda ninguna, las medidas coinciden con una ineludible necesidad social.

En el ámbito de nuestra materia se ha venido distinguiendo modernamente entre *peligrosidad social* y *peligrosidad criminal*. Esta consiste en la posibilidad de que el sujeto así considerado pueda cometer algún delito en el futuro, por tanto, ya ha delinquirido; aquélla, por el contrario, implica que un sujeto comete actos que si bien no son constitutivos de delitos, en cierta medida perturban el orden social²⁴.

La distinción anterior constituye, por lo demás, un criterio clasificatorio de las medidas de seguridad orientado a su *fundamento*²⁵, así:

- a) Las medidas de seguridad *post-delictuales*, se imponen al sujeto que ha realizado una conducta punible para resocializarlo, luego de haber cumplido la pena por el hecho cometido y ante el fracaso de los fines de ésta para su resocialización; y,
- b) Las medidas de seguridad *pre-delictuales*, se aplican a la persona antes de que cometa transgresión alguna a la ley penal; éstas, en consecuencia, se corresponden con lo que suele llamarse “*estado peligroso sin delito*”²⁶, por ejemplo, vagancia, prostitución, drogadicción, mendicidad, etc.

El basamento asignado a ambas es la “*peligrosidad del agente*” después o antes de haber cometido el delito²⁷.

La mayoría de los Códigos Penales modernos se basan hoy en el principio de la doble vía o dualismo²⁸. El Código Penal salvadoreño queda

²⁴ MUÑOZ POPE, Carlos Enrique: “Lecciones...”, Op. Cit., p. 17.

²⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl: “Manual...”, Op. Cit., p. 50.

²⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl: “Manual...”, Op. Cit., p. 50.

²⁷ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: “Derecho...”, Op. Cit. Pgs. 99 y 671.

configurado como un *sistema dualista* o de la *doble vía*, que mantiene como consecuencias jurídicas del delito la pena y la medida de seguridad. La primera —*la pena*— es aplicable cuando en el sujeto infractor no concurren circunstancias que alteren las condiciones normales de motivación por las normas, es decir, se está ante un sujeto: *imputable*; la segunda —*la medida de seguridad*— se aplica cuando el sujeto adolece de algún trastorno psíquico que le impide comprender lo ilícito de su comportamiento o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, es decir, se está ante un sujeto: *inimputable*²⁹.

Ahora bien, las medidas de seguridad que establece nuestro Código Penal (Art. 93 y Sgts.) no son, atendiendo a su naturaleza, medidas *pre-delictuales* ni *post-delictuales*³⁰. Son medidas de seguridad que se aplican a sujetos que poseen una incapacidad psíquica o, mejor, “*medidas de seguridad para inimputables*”. Por cuanto para su imposición debe constatarse un *injusto* o *ilícito penal*, es decir, los extremos del hecho punible con excepción, desde luego, de la culpabilidad del sujeto activo. En otras

²⁸ La coexistencia de penas y medidas de seguridad es denominado dualismo o doble vía, frente a los sistemas “monistas”, que optan exclusivamente por una u otra reacción. Aunque también se denomina “sistema monista” a la coexistencia de ambas consecuencias en un sistema penal, en donde existe una rígida separación en su aplicación: para los culpables sólo penas y nunca medidas, y éstas solamente para los inculpables peligrosos. Pero realmente el sistema penal es dualista, por poseer ambas formas de reacción frente al delito. Así, LUZÓN PENA, Diego Manuel: “Curso...”, Op. Cit., p. 56.

²⁹ Sin embargo, pena y medida de seguridad pueden imponerse conjuntamente (Art. 95 CP), cuando no se establecen todos los presupuestos para excluir la responsabilidad criminal por la vía del Art. 27 N° 4 CP (y no como incorrectamente se alude en el mismo Código al Art. 27 N° 5), aunque exista una culpabilidad disminuida en el sujeto activo. Además de la pena, se puede imponer una medida de seguridad que en todo caso se cumplirá antes que la pena. Debe, no obstante, tenerse presente la previsión que se hace en el inciso segundo del Art. 95 que dice: “Una vez cumplida la medida de seguridad el Juez de Vigilancia correspondiente, podrá, si con la ejecución de la pena se pusiera en peligro los efectos conseguidos a través de la medida suspender el cumplimiento de aquella”.

³⁰ Sin embargo, existen otras opiniones. Cfr. FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos: “**Las Consecuencias Jurídicas del Delito**”, en Ciencias Penales, Monografías, C.N.J., San Salvador, El Salvador, 2001., p. 288.

palabras, se requiere la existencia de una acción u omisión delictiva que por lo menos participe de las características de tipicidad y antijuridicidad³¹.

Por consiguiente, en nuestro Ordenamiento Jurídico podríamos afirmar, en principio, que están proscritas tanto las medidas de seguridad pre-delictuales³² como las post-delictuales, pues el 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), este último precepto determina que *no hay pena o medida de seguridad sin una acción u omisión dolosa o culposa*, frente a un Derecho Penal de autor ("*forma de ser del autor*"), fundamentado únicamente en la peligrosidad.

Sin embargo, el concepto de peligrosidad, que da pie al Derecho Penal de autor, no es ajeno a la normativa constitucional, pues el Art. 13 Inc. 3º Cn., literalmente, señala lo siguiente³³:

³¹ Dice Roxin: "Ante una acción típica y antijurídica se habla de "injusto" penal, concepto que comprende por tanto las tres primeras categorías". No incluyéndose la culpabilidad, cuarta categoría con lo cual se estructura el concepto de delito. "El injusto expresa un juicio de desvalor sobre el hecho, y en cambio la culpabilidad, un juicio de desvalor sobre el autor." ROXIN, Claus: "Derecho...", Op. Cit., p. 195.

³² Es opinión hoy dominante, tanto en el Derecho Penal extranjero como en la doctrina, el rechazo a las medidas de seguridad postdelictuales, las que surgieron como consecuente aplicación del principio de peligrosidad social y de la idea de llegar a una sustitución del Derecho Penal por los planteamientos criminológicos de la Escuela Positiva. BUSTOS RAMÍREZ, Juan: "Introducción...", Op. Cit., p. 13.

³³ La disposición constitucional 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 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. Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich: "Tratado...", Op. Cit., Pgs. 1047 a 1049.

“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”.

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*³⁴. La cual, salvo excepcionales casos, no fue aplicada cayendo en desuso. En la actualidad está expresamente derogada, pues sus preceptos contradicen los principios conocidos como garantías penales mínimas del Código Penal y así lo establece una de sus normas (Arts. 1 a 6 y 408 CP). Pero, no puede ignorarse y ha de tenerse presente que las medidas pre-delictuales, aplicables por peligrosidad social, tienen constitucionalmente un marco referencial en el Art. 13 Inc. 3º.

Lo que sí debe quedar claro, después de todo, es que los principios constitucionales (legalidad, Arts. 8 y 15 y culpabilidad, Art. 12) favorecen más el desarrollo de un Derecho Penal de acto o del hecho (reprochándole al hombre lo que hizo) que el de un Derecho Penal de autor (que reprocha al hombre lo que es); 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 o temporal en la persona del autor. De ahí puede colegirse que un Ordenamiento Jurídico que se base en principios de un Estado Democrático de Derecho, como debe ser entendido el nuestro, se inclinará siempre hacia un Derecho Penal de acto o del hecho³⁵.

³⁴ Decreto Legislativo N° 1028, de 15 de mayo de 1953, publicado en el Diario Oficial N° 92, Tomo N° 159 el día 25 de ese mismo mes y año. Esta nueva ley derogó la vetusta Ley de Vagos y Maleantes (de fecha diecisiete de junio de mil novecientos cuarenta, publicada en el Diario Oficial el día 20 de ese mismo mes y año).

³⁵ ROXIN, Claus: “Derecho...”, Op. Cit., p. 177.

c. La Tercera Vía y Nuestro Derecho Punitivo

Últimamente se ha venido discutiendo y estudiando en la doctrina, concretamente en la Alemana³⁶, si *la reparación del daño*, como sanción novedosa frente a las penas y a las medidas de seguridad, puede dar lugar a una *tercera vía* del Derecho Penal. Pues con ello se sirve más a los intereses de la víctima³⁷ que una pena privativa de libertad o de otra naturaleza, que generalmente frustran la reparación del daño por el autor del hecho. De ahí que se proponga, que en delitos menos graves³⁸, se podría prescindir de la pena cuando se produce la reparación del daño, mediante una remisión condicional de la pena³⁹; y en los delitos graves tal reparación origine una atenuación obligatoria de la pena⁴⁰.

Según la concepción moderna, la reparación del daño, como *tercera vía*, no es una cuestión meramente civil, tal como aparece en nuestro Ordenamiento Jurídico punitivo. En realidad tiene una *naturaleza punitiva*, se trata de una sanción penal, y, por tanto, contribuye esencialmente a la consecución de los fines de la pena, por los aspectos siguientes:

- a) En primer lugar, tiene, según la concepción punitiva no civil, un *efecto resocializador*, pues obliga al autor a enfrentarse con las consecuencias de su hecho y a aprender a conocer los intereses legítimos de la víctima.
- b) En segundo lugar, además, la reparación del daño puede *conducir a una reconciliación* entre autor y víctima y, de esa manera, *facilitar la reintegración* del responsable.

³⁶ ROXIN, Claus: "Derecho...", Op. Cit., Pgs. 108 a 110.

³⁷ Veáanse los Arts. 13 y 31 N° 11 CPP.

³⁸ Ver el inciso segundo del Art. 18 CP que dice: "*Los delitos pueden ser graves y menos graves. Son delitos graves los sancionados con pena de prisión cuyo límite máximo exceda de tres años y multa cuyo límite máximo exceda de doscientos días multa*". Lo que debe entenderse, entonces, por delitos menos graves ha de hacerse por exclusión, en cada tipo penal, de la escala penal que se asocie como sanción.

³⁹ Ver el Art. 77 N° 2 CP.

⁴⁰ Ver los Arts. 85 N° 3 y 86 CP.

- c) Finalmente, se le atribuye una *utilidad para la prevención integradora*, al ofrecer una contribución considerable a la restauración de la paz jurídica. Al repararse el daño, la víctima y la comunidad consideran eliminada —a menudo incluso independiente de un castigo— la perturbación social originada por el delito.

La legitimación político-jurídica de la reparación del daño como una tercera vía —es decir, como sanción penal— la proporciona —según ROXIN— el *principio de subsidiariedad*. Pues, de la misma forma en que la medida de seguridad sustituye la pena como *segunda vía* donde ésta, a causa del principio de culpabilidad, no puede, o sólo de forma limitada, satisfacer las necesidades preventivo-especiales, del mismo modo la reparación del daño sustituiría como tercera vía a la pena, o la atenuaría completamente allí donde se satisfacen los fines de la pena y las necesidades de la víctima igual o mejor que una pena no atenuada⁴¹.

En la actualidad, *delito, pena y medida de seguridad* son los conceptos básicos del Derecho Penal moderno. Sin embargo, a la vista del planteamiento alemán, sobre la *tercera vía* y del Derecho positivo vigente, tanto sustantivo como procesal, debe hacerse una matización, así:

En primer lugar, en el Derecho Penal salvadoreño tanto las consecuencias reparatorias de carácter civil derivadas de la comisión de un hecho punible, es decir, las *consecuencias civiles del delito: restitución de las cosas, reparación del daño, indemnización a la víctima y las costas procesales* (Arts. 114 a 125 CP) como también, en concreto, las *consecuencias accesorias*⁴² (Arts. 126 y 127 CP), no son penas, en el sentido de los Arts. 44 y Sgts. CP., sino consecuencias civiles y accesorias del delito.

⁴¹ Dice ROXIN, que "...todo esto es hasta ahora más programa que realidad: sólo se podrá hablar de un Derecho penal de tres vías (en vez del actual de dos vías), cuando el legislador tenga en cuenta la reparación del daño en el sistema de sanciones de una manera totalmente distinta a la actual". ROXIN, Claus: "Derecho...", Op. Cit. p. 110.

⁴² La naturaleza de estas sanciones es ciertamente discutible, pues respecto de ellas puede sostenerse, y se ha sostenido, que son penas, o medidas de seguridad, o incluso medidas

En segundo lugar, en el Derecho Procesal Penal salvadoreño, se dispone en el Art. 31 N° 11 CPP, lo siguiente: "*La acción penal se extinguirá (...):11) Por la reparación integral del daño particular o social causado, realizada antes de la vista pública, en los delitos relativos al patrimonio o de contenido patrimonial, siempre que lo admitan la víctima o la Fiscalía General de la República, según el caso;*". Tal causa extintiva de la acción penal, tratándose de ilícitos patrimoniales o de contenido patrimonial que hayan afectado bienes jurídicos individuales o colectivos, exige la reparación integral del daño particular o social causado y condiciona, por lo demás, la procedencia de la misma, por un lado, a que se realice antes de la vista pública y, de otro, a la admisión de la reparación por parte de la víctima (caso de bienes jurídicos personales) o de la Fiscalía General de la República (caso de bienes jurídicos difusos o colectivos). La conexión entre esta causa de extinción de la acción penal y la extinción de la acción civil (Art. 45 N° 1 CPP), es obvia. Sin embargo, tampoco puede colegirse de estas disposiciones procesales que la tercera vía —en el sentido de la doctrina alemana— esté presente en el Derecho salvadoreño.

c. Consecuencias Civiles y Accesorias del Hecho Punible

El autor de un daño debe responder por él, señala un criterio vigente en los ordenamientos jurídicos desde el Derecho romano, aplicable también sin lugar a dudas en materia de consecuencias jurídicas que dimanen de un hecho punible. Por ese motivo se dispone, por un lado, el Art. 114 CP que: "*La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito o falta, origina*

administrativas. Pero tales sanciones tienen en común que afectan, o en el caso del comiso, pueden afectar a terceras personas no responsables del delito. Por eso no son penas. Y tampoco son medidas de seguridad, pues ésta requieren peligrosidad criminal en el sujeto a quien se aplican, y ni el comiso ni la pérdida del producto, ganancias o beneficios ilícitos lo presuponen en absoluto. Por lo demás, las consecuencias accesorias son de naturaleza jurídicopenal —y no meramente administrativa—, pues son consecuencias precisamente de un hecho punible y, aparte de ser sanciones impuestas por un juez penal (y previstas en normas penales), suponen privaciones de derechos de entidad considerable y (anticipando su contenido material) en todo caso de carácter preventivo.

*obligación civil en los términos previstos en este Código*⁴³, y de otro, el inciso primero del Art. 116 CP que: “*Toda persona responsable penalmente de un delito o falta, lo es también civilmente, si del hecho se derivan daños o perjuicios, ya sean éstos de carácter moral o material*”.

Entre las consecuencias civiles del hecho punible, están:

- a) *La restitución de las cosas* obtenidas como consecuencia de la realización de un hecho punible o en su defecto, el pago del respectivo valor. La restitución debe hacerse, siempre que sea posible, con abono de los deterioros. La restitución opera aunque la cosa se encuentre en poder de un tercero y éste la haya adquirido por medio legal (Art. 115 N°1 CP);
- b) *La reparación del daño* que se haya causado. Esto se hace valorando —por el juez o tribunal—, con ayuda de prueba pericial, la entidad del daño causado (115 N° 2 CP);
- c) *La indemnización* a la víctima o a su familia por los perjuicios causados ya sea por daños materiales o morales. Tal indemnización de perjuicios comprende no sólo los causados al agraviado directamente, sino los que se irroguen a familiares o a terceros (Art. 115 N° 3 CP); y,
- d) *Las costas procesales*. El condenado deberá abonar las costas procesales, esto es, todos los gastos que ha ocasionado el proceso (Art. 115 N° 4 CP).

⁴³ Esta obligación surge en la medida en que el delito ha provocado daños y perjuicios, ya que en los delitos de peligro, o aquellos en los que no se provocan daños, esta responsabilidad no es exigible. Así, FERRÉ OLIVE, Juan Carlos. “Consecuencias...”, Op. Cit., p. 292.

Entre las consecuencias accesorias⁴⁴ del hecho punible, están:

- a) *La pérdida del producto, de las ganancias y de las ventajas obtenidas* por el condenado con motivo del hecho (Art. 126). Para la imposición de esta sanción es suficiente con un hecho antijurídico, no siendo necesario un hecho culpable; pues la pérdida de las ventajas patrimoniales obtenidas ilícitamente supone una regulación clara, necesaria y justa de la privación de los beneficios obtenidos ilícitamente.
- b) *El comiso* (Art. 127 CP). El comiso exige la presencia de dos presupuestos. En primer lugar, debe existir un hecho antijurídico doloso, siendo improcedente en caso de hechos culposos. En segundo lugar, es suficiente con que se haya intentado la comisión del delito.

B. OTRAS DENOMINACIONES

La materia que nos ocupa ha tenido también otras denominaciones, entre ellas⁴⁵:

- a) *Derecho de Castigar*;

⁴⁴ El legislador las califica como consecuencias accesorias, expresando con ello que no se trata de penas accesorias, en el sentido que se les da a éstas en el Art. 46 CP (inhabilitación absoluta, inhabilitación especial, expulsión del territorio nacional para los extranjeros y privación del derecho de conducir), y tampoco de medidas de seguridad en el sentido de los Arts. 93 y 94 CP), sino sanciones de naturaleza peculiar que, en virtud de la ley o por decisión judicial, se unen o pueden unirse a una condena penal. En otras palabras, la confiscación de beneficios ilícitos o pérdida del producto de las ganancias provenientes del hecho, así como el comiso pueden o no concurrir con la pena principal, según el ilícito que se trate.

⁴⁵ Así, DEL RIO, Raymundo: "**Explicaciones de Derecho Penal**", Editorial Nacimiento, Santiago de Chile, Chile, 1945, p. 13. ARRIETA GALLEGOS, Manuel: "**Lecciones de Derecho Penal**", Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, El Salvador, 1972, p. 13 y Sgts. DE LEÓN VELASCO, Héctor Anibal y DE MATA VELA, José Francisco: "**Curso de Derecho Penal Guatemalteco**", (Parte General y Parte Especial), Guatemala, 1989, Pgs. 25 y 26. POLAINO NAVARRETE, Miguel: "Derecho...", Op. Cit., p. 38.

- b) *Derecho Represivo*;
- c) *Derecho Sancionador*;
- d) *Derecho Determinador*;
- e) *Derecho Reformador*;
- f) *Derecho de Prevención*;
- g) *Derecho de Defensa Social*, denominación que se produjo con la Escuela Positiva italiana a fines del siglo XIX, que al negar los conceptos de delito y pena y reemplazarlos por los de delincuente y medidas de seguridad, introdujo como denominación amplia sustitutiva de Derecho Penal la de Defensa Social, dentro de esta tendencia el legislador cubano de 1936 denominó al Código Penal "*Código de Defensa Social*"⁴⁶;
- h) *Derecho Protector de los Criminales*, intituló así al Derecho Penal el ilustre profesor salmantino PEDRO DORADO MONTERO, quien asumió en España los planteamientos de la Escuela Positiva; aunque el maestro español no innovó sólo la denominación, sino que fundó, a partir de ella, nuevos contenidos⁴⁷.

C. CONCLUSIÓN

Como hemos visto, las dos denominaciones más frecuentes de nuestra Ciencia son Derecho Penal y Derecho Criminal. En la actualidad predomina la primera. Derecho Criminal ha caído casi en desuso, con excepción de los países anglosajones, que siguen prefiriendo *criminal law*. Hemos anotado, además, que algunos autores contemporáneos afirman que es preferible volver a llamarla Derecho Criminal, porque el Derecho Penal no se agota hoy con la pena como única forma de coerción penal, sino que abarca también las medidas de seguridad. Tendencia que no ha logrado su sustitución, sino más bien a una renovación de su contenido. Sin embargo, aún cuando esto fuese cierto, no sería menos cierto que la principal forma de coerción penal en el Derecho Penal salvadoreño sigue siendo la pena (Arts. 44 a 61 CP.), que para

⁴⁶ Título que le dio su autor José Agustín Martínez. El que sólo vino a ser derogado y sustituido por un "Código Penal" en 1979. Así, BUSTOS RAMÍREZ, Juan: "Introducción...", Op. Cit., p. 6.

⁴⁷ Así, JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: "*La Ley y el Delito*" (Principios de Derecho Penal), Hermes, México, 1986, p. 17.

nosotros en estricto sentido, también es la única de sus manifestaciones (Arts. 93 a 95 CP)., pudiéndose admitir otras en un sentido muy amplio y casi formal (Arts. 114 y 115 y 126 y 127 CP).

MATERIALES PARA EL TRABAJO PRÁCTICO

I. Lecturas Seleccionadas

- A) **DENOMINACIÓN DEL DERECHO PENAL.** *“Hoy se acostumbra designar esta disciplina con el nombre de Derecho penal. La mayoría de los actuales tratadistas emplean esta denominación (los franceses Droit pénal, los italianos Diritto penale, los alemanes Strafrecht), otros la de Derecho criminal (Droit criminel, diritto criminale, Kriminalrecht) que, en la mayor parte de los países, es una denominación anticuada. Creo indiferente decir derecho penal o derecho criminal, si nos colocamos en el punto de vista del delito, diremos derecho criminal, si en el de la pena, hablaremos de derecho penal. Sin embargo, para algún autor no es indiferente el empleo de cualquiera de ambas denominaciones, para unos la idónea sería "derecho penal" (Petrocelli, Principi di diritto penale, Padua, 1º, 1944, pág. 5 y sigts.), más para otros la denominación de ius criminali es de mayor antigüedad y responde mejor a la tradición de la ciencia jurídica italiana (Manuale di Diritto Penale. Parte general. 4ª edic. Milán, 1960, pág. 2)”. Así, CUELLO CALÓN, Eugenio: “**Derecho Penal**”, (Parte General), Tomo I, Volúmen I, Decimoctava edición, revisado y puesto al día por César Camargo Hernández, Bosch, Barcelona, España, 1980. p. 7.*
- B) **SOBRE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD EN EL DERECHO PENAL.** *“Cuando en el derecho penal se habla de "medidas de seguridad", se está haciendo referencia a un conjunto de reacciones estatales frente al delito (injusto típico) que, sin embargo se dispensan al lado o en lugar de la pena propiamente dicha. Se parte, pues de la base de que las llamadas "medidas de seguridad predelictuales", que se imponen por un "estado de peligro sin delito", de ninguna manera pertenecen al derecho penal, si acaso tienen alguna justificación en un Estado de derecho, que no lo creemos. Se enfrenta así un sistema llamado "dualista" o "binario", que puede asumir dos modalidades: a) sistema dualista acumulativo, cuando la medida asegurativa se aplica como complemento de la pena a delincuentes a la vez culpables y de*

extraordinaria peligrosidad (casos de multi-reincidencia, el múltiple concurso de delitos, los delincuentes profesionales, etc.). Este sistema existió en el Código Penal de 1973/74, ya derogado (Arts. 110 a 118) (...). b) sistema dualista disyuntivo: el autor del injusto típico es imputable "o" inimputable, y en tal calidad es judicialmente 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 (sistema vicarial). Estas medidas se destinan exclusivamente para los inimputables que realicen un injusto típico (...) y tienen por esto carácter estrictamente "postdelictual", de modo que jamás se pueden imponer "sin delito" o por mero "estado peligroso"'. FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan: "Derecho Penal Fundamental", Tomo I, reimpresión de la segunda edición, Temis, Bogotá, Colombia, 1989, Pgs. 93 y 94.

- C) **DOBLE O TERCER MODO DE REACCIÓN PENAL.** *"Un tercer modo de reacción frente al delito previsto por las leyes penales lo constituyen lo que se puede denominar "consecuencias accesorias". El concepto procede del Derecho alemán, queriéndose indicar con el mismo que se trata de sanciones de naturaleza peculiar que, sin ser penas ni medidas, se unen o pueden unirse a una condena penal (...) aquel concepto es aplicable a la confiscación de beneficios ilícitos y al comiso, que el Título VII del Libro I, del Código Penal, en los Arts. 126 y 127 regula asimismo separadamente, reconociendo que no son penas ni medidas. La naturaleza de estas sanciones es ciertamente discutible, pues respecto de ellas puede sostenerse, y se ha sostenido, que son penas, o medidas de seguridad o incluso medidas administrativas (...) Pero tales sanciones tienen en común que afectan o, en el caso del comiso, pueden afectar a terceras personas no responsables del delito (...) Por eso no son penas. Y tampoco son medidas de seguridad, pues éstas requieren peligrosidad criminal en el sujeto a quien se aplican, y ni el comiso ni la confiscación de beneficios ilícitos lo presuponen en absoluto (...) Por lo demás, las consecuencias accesorias son de naturaleza jurídicopenal —y no meramente administrativa—, pues son consecuencias precisamente del delito y, aparte de ser sanciones impuestas por el juez penal (y previstas en normas penales), suponen*

privaciones de derechos de entidad considerable y (anticipando su sentido material) en todo caso de carácter preventivo". LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: "**Curso de Derecho Penal**", (Parte General), Editorial Hispaner, Bogotá, Colombia, 1995, Pgs. 58 y 59.

2. Cuestionario

- A) ¿Cuáles son las denominaciones básicas y tradicionales que ha tenido el Derecho Penal?
- B) ¿Por qué es importante la denominación Derecho Criminal?
- C) ¿Cuáles son los principales argumentos que se aducen a favor de la denominación Derecho Criminal?
- D) ¿Cuál es la principal crítica que se le formula a la denominación Derecho Penal?
- E) ¿Según nuestro Código Penal las medidas de seguridad son de aplicación general? Explique.
- F) ¿Qué argumentos a favor se mencionan en cuanto a la denominación Derecho Penal?
- G) ¿Qué diferencias puede mencionar entre penas y medidas de seguridad?
- H) ¿En qué se distingue la peligrosidad social de la peligrosidad criminal?
- I) ¿Qué debemos entender por estado peligroso sin delito?
- J) ¿En qué consiste el sistema de la tercera vía?
- K) ¿Cuáles son los aspectos que conectan a la tercera vía con los fines de la pena?
- L) Explique si además de las penas y medidas de seguridad existen en nuestro Ordenamiento Penal otras consecuencias que derivan del delito.
- M) ¿Qué otras denominaciones ha tenido el Derecho Penal?

3. Actividades Prácticas

- A) Elabore un esquema que comprenda todas las consecuencias jurídicas del delito según nuestro Derecho Penal.

- B) Elabore un cuadro sinóptico de las denominaciones del Derecho Penal.

4. Temas para Discusión

- A) Importancia práctica la denominación del Derecho Penal.
- B) Diferencia entre medidas de seguridad predelictuales y postdelictuales.
- C) Analice si la reparación del daño (Art. 115 N° 3 CP) tiene el carácter de una sanción penal.
- D) Estudie y cite las disposiciones del Código Penal que pudieran originar de *lege ferenda* la reparación del daño como tercera vía punitiva.

III CARACTERÍSTICAS

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. A. CARACTERÍSTICAS ESPECÍFICAS. 1. Público. 2. Teleológico. a. La Protección de la Sociedad. b. La Protección de Bienes Jurídicos. 3. Coerción Penal. B. OTRAS CARACTERÍSTICAS. 1. Normativo. 2. Valorativo. 3. Cultural. MATERIALES PARA EL TRABAJO PRÁCTICO.

INTRODUCCIÓN

Doctrinalmente no existe un criterio uniforme en cuanto a determinar las esenciales características del sistema de normas positivas que estructuran el Derecho Penal. En verdad, la mayoría de las que se le atribuyen son comunes con las del Derecho en general.

En consecuencia, dada la relación existente entre el género próximo (*Derecho*=género) y la diferencia específica (*Penal*=especie), las características de aquél se confunden con las de éste, como enseguida veremos. Por tal motivo, al analizar las notas esenciales del Derecho Penal, no pretendemos efectuar una enumeración exhaustiva, sino sólo considerar aquellas que, a nuestro juicio, ofrecen especial relevancia en el núcleo esencial de la materia.

Dicho lo anterior, y a los efectos estrictamente didácticos, destacaremos la naturaleza pública, finalidad y coerción penal, como los datos que caracterizan de manera específica al Derecho Penal; pero, también, mencionaremos otras características no menos importantes, entre ellas: el carácter normativo, valorativo y cultural.

A. CARACTERÍSTICAS ESPECÍFICAS

El reconocido profesor argentino EUGENIO RAÚL ZAFFARONI¹, en particular, señala que son propias del Derecho Penal el carácter público, teleológico y de coerción penal.

1. Público

El Derecho Penal es una parte del Derecho público² (*ius publicum*) que de acuerdo con su definición clásica atiende a la eficacia y a los fines del poder público³. Esto es así porque el Derecho Penal, a diferencia del Derecho Civil (*ius privatum*), no se basa en el *principio de equiparación* (por cuanto no regula las relaciones entre los particulares), sino en el de *subordinación* del individuo al poder del Estado (que se le enfrenta ordenándole mediante la norma penal); siendo, por consiguiente, parte integrante del Derecho Público⁴.

Titular del poder punitivo es solamente el Estado como representante de la comunidad jurídicamente organizada⁵, porque sólo el Estado es capaz de crear normas que definan delitos y que impongan sanciones penales⁶. La finalidad del Derecho Penal, dentro de esa comunidad, es el mantenimiento

¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl: "Tratado...", T. I., Op. Cit., p. 55.

² WESSELS, Johannes: "Derecho...", Op. Cit., p. 5. BAUMANN, Jürgen: "Derecho...", Op. Cit., Pgs. 7 y 20. SERRANO-PIEDRECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón: "Conocimiento...", Op. Cit., p. 6. Otros hablan de que el Derecho Penal es una de las ramas del Derecho Público interno. Así, RODRÍGUEZ DEVESA, José María: "Derecho...", Op. Cit., p. 10, como CUELLO CALÓN, Eugenio: "Derecho...", Op. Cit., p. 15.

³ JESCHECK, Hans-Heinrich: "Tratado...", Op. Cit., p. 22.

⁴ Explica Roxin: "Si no obstante por lo general se divide la materia jurídica en los tres grandes campos del Derecho civil, el Derecho público y el Derecho penal, con ello se desmembra e independiza el Derecho penal del Derecho público en sentido estricto por razones tradicionales y por su especial significación; pero ello no cambia para nada su pertenencia sistemática al Derecho público en sentido amplio". ROXIN, Claus: "Derecho...", Op. Cit., p. 43.

⁵ BACIGALUPO, Enrique: "Manual...", Op. Cit., p. 1.

⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel: "Derecho...", Op. Cit., p. 106.

de la paz y la seguridad jurídica, procurando proteger los valores fundamentales que armonicen la convivencia en comunidad⁷.

La comunidad, pues, aparece o está representada en el sistema penal por una serie de instituciones estatales. Por ejemplo:

- a) La *Asamblea Legislativa* que, como órgano legiferante del Estado, tiene como principal atribución, en lo que atañe al sistema punitivo, tipificar los hechos punibles y establecer sus respectivas sanciones (Art. 131 N° 5 Cn);
- b) La *Fiscalía General de la República*, a la cual corresponde dirigir la investigación del delito —con la colaboración de la *Policía Nacional Civil* (Art. 193 Ordinal 3° Cn) — y promover las acciones penales respectivas (Art. 193 Ordinal 4° Cn);
- c) La *Policía Nacional Civil*, que tiene a su cargo las funciones de policía urbana y policía rural para garantizar el orden, la seguridad y la tranquilidad pública, así como la colaboración en el procedimiento de investigación del delito (Art. 159 Inc. 3° Cn);
- d) Los *tribunales con competencia penal*. La aplicación de las normas penales al caso concreto, con base en las evidencias recabadas en la instrucción y pruebas producidas en el juicio, corresponde a determinados tribunales que se encargan de la administración de la justicia punitiva (Arts. 172 y 14 Cn);
- e) *Organismos de aplicación y control penitenciario*. Vigilar la ejecución y cumplimiento de los fallos jurisdiccionales se atribuye tanto a tribunales de vigilancia penitenciaria y de ejecución de la pena (Arts. 27 Inc. 3° Cn. y 33 L. Pen.) como a organismos administrativos de los centros penales (Arts. 27 Inc. 3° Cn. y 18 y Sgts. L. Pen.)

⁷ WESSELS, Johannes: "Derecho...", Op. Cit., p. 3.

La naturaleza pública del Derecho Penal encuentra su asidero en la Constitución de la República, pues el Derecho Penal se realiza en la sociedad a través de la actividad jurisdiccional (Art. 172 Inc. 1° Cn.). Los particulares no pueden por sí mismos realizar el *ius puniendi*, es decir, administrar justicia imponiendo sanciones; por ello, se recurre al proceso público (Art. 12 Inc. 1° Cn). En toda sociedad moderna, es el juez el encargado de aplicar la norma jurídica positiva (Arts. 12 y 14 Cn).

Ahora bien, la participación de la víctima en el proceso penal⁸ (*querrela*, en los delitos de acción pública, Art. 95 CPP; *denuncia previa*, en los delitos de acción pública previa instancia particular, Art. 26 CPP; *acusación particular*, en los delitos de acción privada, Arts. 28 y 400 CPP) no excluye la naturaleza pública del Derecho Penal, pues este también debe considerar los intereses privados. Es decir, la existencia de algunos delitos perseguibles sólo por acción privada (Arts. 28 y 400 CPP) o cuya persecución depende de instancia particular (Art. 26 CPP), se debe a simples razones de carácter procesal⁹ que no afectan en nada al monopolio estatal de la pena pública¹⁰.

En conclusión, el Derecho Penal tiene un carácter público por una doble razón:

⁸ Sobre el concepto de víctima, sus derechos y participación en el proceso penal, véanse los Arts. 12 y 13 CPP, respectivamente.

⁹ En efecto, el Art. 19 CPP, que regula el ejercicio de la acción penal dispone lo siguiente:

"La acción penal se ejercitará de los siguientes modos:

- 1) *Acción pública;*
- 2) *Acción pública, previa instancia particular; y,*
- 3) *Acción privada*

Corresponde a la Fiscalía General de la República ejercer la acción penal pública, para la persecución de oficio de los delitos en los casos determinados por este Código; asimismo, cuando la persecución deba hacerse a instancia previa de los particulares.

Corresponde a los particulares en los casos determinados en la ley, el ejercicio de la acción penal privada".

¹⁰ MEZGER, Edmund: "Derecho...", Op. Cit., p. 29.

Primera, porque la facultad de erigir en punible una conducta, y asociarle a ésta una pena, pertenece exclusivamente al legislador (Art. 131 N° 5 Cn); y,

Segunda, porque su aplicación y ejecución concreta compete solamente a los organismos estatales jurisdiccionales y administrativos (Arts. 172 y 14 Cn).

2. Teleológico

Al igual que los demás sectores del Ordenamiento Jurídico¹¹, el Derecho Penal persigue una finalidad: velar por la seguridad jurídica, esto es la salvaguarda de los valores fundamentales del individuo y de la comunidad¹². Por consiguiente, la característica teleológica del Derecho Penal, puede verse desde una doble dimensión¹³: a) *mediata*, la protección de la sociedad; y, b) *inmediata*, la protección de bienes jurídicos¹⁴.

a. La Protección de la Sociedad

Misión del Derecho Penal es proteger la convivencia humana en la comunidad¹⁵. Nadie puede, a la larga, subsistir abandonado a sus propias fuerzas; toda persona depende, por la naturaleza de sus condicionamientos existenciales, del intercambio y de la ayuda recíproca que le posibilita su mundo circundante.

¹¹ El Derecho Penal, como todo Ordenamiento Jurídico, cumple un cometido ordenador del comportamiento humano en sociedad orientado a la satisfacción de exigencias de Justicia. El Derecho sirve a la Justicia y en esta dirección teleológica alcanza su última y definitiva justificación. Así, POLAINO NAVARRETE, Miguel: "Derecho...", Op. Cit., p. 128.

¹² JESCHECK, Hans-Heinrich: "Tratado...", Op. Cit., p. 1. WELZEL, Hans: "Derecho...", Op. Cit., p. 11

¹³ En líneas más profundas sobre este planteamiento véase a JESCHECK, Hans-Heinrich: "Tratado...", Op. Cit., Pgs. 1 a 11.

¹⁴ SERRANO-PIEDCASAS FERNÁNDEZ, José Ramón: "Conocimiento...", Op. Cit., p. 40.

¹⁵ WELZEL, Hans: "Derecho...", Op. Cit., p. 11. BAUMANN, Jürgen: "Derecho...", Op. Cit., p. 7.

El Derecho Penal, como orden de paz y de protección de las relaciones sociales humanas, tiene en ello una importancia fundamental¹⁶. En primer lugar, el Derecho Penal realiza su tarea de protección de la sociedad castigando las infracciones ya cometidas, por lo que es de naturaleza *represiva*. En segundo lugar, cumple esa misma misión por medio de la prevención de infracciones de posible comisión futura, por lo que posee naturaleza *preventiva*.

La función preventiva y represiva del Derecho Penal no son, sin embargo, contradictorias, sino que deben considerarse como una unidad¹⁷.

b. La Protección de Bienes Jurídicos

El Derecho Penal no puede intervenir ante cualquier perturbación de la vida comunitaria, sino que debe limitarse a la protección de los valores fundamentales del orden social. Por consiguiente, el Derecho Penal tiene encomendada la misión de proteger bienes jurídicos¹⁸. En toda norma jurídico-penal subyacen juicios de valor positivos sobre bienes vitales imprescindibles para la convivencia humana en sociedad que son, por tanto, merecedores de protección a través del poder coactivo del Estado representado por la pena pública.

Para ROXIN¹⁹ “los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”. Con los términos “*circunstancias dadas y finalidades*”, dicho autor, quiere expresar que tal concepto abarca tanto los estados previamente hallados por el Derecho como

¹⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich: “Tratado...”, Op. Cit., p. 3.

¹⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich: “Tratado...”, Op. Cit., p. 6.

¹⁸ Entre los intentos de determinar el objeto del Derecho Penal de una manera racional y verificable, está el punto de partida consistente en la teoría desarrollada especialmente en el siglo XIX, según la cual la tarea del Derecho Penal consistiría en la protección de bienes jurídicos. Así, STRATENWERTH, Günter: “Derecho...”, Op. Cit., p. 3.

¹⁹ ROXIN, Claus: “Derecho...”, Op. Cit., p. 56.

los deberes de cumplimiento de normas creados sólo por el mismo, o sea que no se limita a la primera alternativa.

En palabras de MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, los bienes jurídicos son aquellos presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad. La autorrealización humana necesita de unos presupuestos existenciales que, en tanto son de utilidad para el hombre se denominan “bienes” y, concretamente, en tanto son objeto de protección por el Derecho, “bienes jurídicos”²⁰.

Sentidos doctrinales de la expresión “bien jurídico”. El concepto de bien jurídico se utiliza por la doctrina penal en dos sentidos distintos²¹: el sentido *político-criminal* y en *sentido dogmático*.

- a) En el *sentido político-criminal (de lege ferenda)*. La expresión “bien jurídico” invoca el objeto que puede reclamar protección jurídico-penal, es decir, de lo único que merece ser protegido por el Derecho Penal (en contraposición, sobre todo, a los valores meramente morales)²²; y,
- b) En el *sentido dogmático (de lege lata)*. El término “bien jurídico” alude al de objeto efectivamente protegido por la norma penal, como “objeto de la tutela jurídica”²³; por ejemplo, la vida, la propiedad, la libertad, el honor, la Administración de Justicia, etc.

²⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes: “Derecho...”, Op. Cit., p. 54.

²¹ Así, MIR PUIG, Santiago: “Derecho...”, Op. Cit., Pgs. 100 y 101.

²² Aludiendo a **Moral y Derecho Penal**, el profesor SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, dice: “Al Derecho penal no le compete la consagración de jerarquías axiológicas ni la decisión de controversias éticas. Asegurar la viabilidad y compatibilidad de los diversos órdenes éticos, y no imponer unos a costa de los otros, es una de las piedras de toque generalmente admitidas como prueba de validez y admisibilidad de un ordenamiento jurídico penal (...) Un Derecho penal limitado a la defensa de bienes jurídicos, y entendemos que ni política ni técnicamente puede ser de otro modo, renunciará, pues a identificarse con un programa ético...”. SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón: “Conocimiento...”, Op. Cit., Pgs. 16 a 18.

²³ “El Derecho penal, alejado de la defensa de una determinada moral, encuentra su objeto de protección en los bienes jurídicos”. SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón: “Conocimiento...”, Op. Cit., p. 100.

Ahora bien, que el Derecho Penal sólo deba proteger bienes jurídicos no significa, en modo alguno, que todo bien jurídico haya de ser protegido penalmente, ni tampoco que todo ataque a los bienes jurídicos deba determinar la intervención del Derecho Penal. Ambas cosas se opondrían a los principios de subsidiariedad y fragmentariedad del Derecho Penal²⁴, respectivamente. El concepto de bien jurídico es, pues más amplio que el de bien jurídico penal.

De esto último se desprende que la protección de bienes jurídicos no se realiza sólo mediante el Derecho Penal, sino que a ello ha de cooperar el instrumental de todo el Ordenamiento Jurídico. El Derecho Penal sólo es incluso la "*ultima ratio*" de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir, que sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios menos lesivos de solución del problema²⁵. De esta manera, el Derecho Penal debe estar guiado por el *principio de intervención mínima*²⁶, ya que sus intervenciones en la esfera de los derechos de la persona son las más graves que permite el Ordenamiento Jurídico.

Por tanto, como el Derecho Penal posibilita las más duras de todas las intromisiones estatales en la libertad del ciudadano, sólo se le puede hacer intervenir cuando otros medios menos drásticos no prometan tener un éxito suficiente. Por ejemplo, las infracciones contractuales habituales se pueden compensar muy bien mediante la acción civil y medidas de ejecución forzosa,

²⁴ SERRANO-PIEDCASAS FERNÁNDEZ, José Ramón: "Conocimiento...", Op. Cit., p. 103.

²⁵ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: "Curso...", Op. Cit., p. 82.

²⁶ "Una posible línea de cambio y evolución del Derecho penal puede ir encaminada hacia lo que FERRAJOLI 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 esta 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 sociedad, ya sea generado por la propia sociedad o por el Estado, respetando siempre las garantías individuales". Así, SERRANO-PIEDCASAS FERNÁNDEZ, José Ramón: "Conocimiento...", Op. Cit., p. 103.

por lo que sería inadecuado intervenir en esos casos con el Derecho Penal. Sólo si alguien perjudica mediante *engaño* y con *ánimo de lucro* a la otra parte de un negocio, el bien jurídico del patrimonio individual se ve menoscabado de un modo tan consistente que entra en juego el tipo penal de la estafa (Art. 215 CP).

Clasificación de los bienes jurídicos. Los bienes jurídicos que son objeto de protección penal, en atención a la vinculación directa o no con su titular, son de dos clases²⁷:

- a) *Individuales*, por ejemplo: la vida humana (Arts. 128 y Sgts. CP), la integridad personal (Arts. 142 y Sgts. CP), la libertad individual (Arts. 148 y Sgts. CP), el patrimonio (Arts. 207 y Sgts. CP). La vida humana, por ejemplo, aparece protegida tanto si es independiente como si es dependiente. En efecto, la “*vida del ser humano en formación*”, protegida por el Art. 133 CP, ciertamente no se trata aún de la vida de una “*persona*”; pero a pesar de ello debe ser considerada como un bien jurídico, porque la Constitución de la República (Arts. 1 Inc. 2º y 2) “*reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción*”, es decir, también protege la vida en formación como forma previa de existencia humana. Por eso el legislador puede legítimamente prohibir bajo pena el aborto; y,
- b) *Colectivos o universales*, verbigracia, el orden constitucional (Arts. 340 y Sgts. CP), la paz pública (Arts. 343 y Sgts. CP), la salud pública (Arts. 271 y Sgts. CP), la naturaleza y el medio ambiente (Arts. 255 y Sgts. CP).

El fenómeno de la penalización y despenalización. El elenco de bienes jurídicos protegidos penalmente no es estático, está abierto al cambio social y a los progresos del conocimiento científico, aparecen nuevos hechos punibles (fenómeno de la penalización) y desaparecen otros (fenómeno de la despenalización). Esto no puede considerarse como algo anormal, pues el

²⁷ WESSELS, Johannes: “Derecho...”, Op. Cit., p. 3. BAUMANN, Jürgen: “Derecho...”, Op. Cit., p. 9.

Derecho está sujeto a los vaivenes sociales, culturales y científicos y, por lo mismo, no debe convertirse en un obstáculo para el cambio social.

En el nuevo Código Penal se ha producido tanto el fenómeno de la *penalización* como el de la *despenalización*.

Con el primero se introdujeron como conductas punibles hechos que antes —por lo menos a partir de abril de 1998— no estaban tipificados como delitos, por ejemplo: *lesiones en el no nacido*, Art. 138; *manipulación genética y clonación de células humanas*, Art. 140; *inseminación artificial no consentida*, Art. 156; *acoso sexual*, Art. 165; *violencia intrafamiliar*, Art. 200; *desobediencia en caso de violencia intrafamiliar*; Art. 338-A; *conducción de mercadería de dudosa procedencia*, Art. 214-B; *quema de rastrojos*, Art. 262”A”; *tráfico ilegal de personas*, Art. 367-A.

Con el segundo desaparecieron algunos hechos antes considerados como punibles, verbigracia: *el rapto*²⁸, *el adulterio*²⁹.

3. Coerción Penal

Todo ordenamiento jurídico procura la seguridad jurídica. De tal suerte que la *coerción penal* constituye un atributo que pertenece a la propia

²⁸ Rapto Propio. Art.- 200 (CP derogado):

“El que por medio de violencia, amenazas o engaño hubiere llevado, sustraído o retenido, con fines erótico-sexuales, a una persona mayor de dieciséis años, será sancionado con prisión de dos a cuatro años.

Si la persona raptada fuere menor de dieciséis años, la sanción será de tres a seis años de prisión”.

Desaparecieron también otras especies de rapto, tales como: el rapto impropio y el rapto atenuado (Arts. 201 y 202 CP derogado, respectivamente).

²⁹ Adulterio. Art.- 265 (CP derogado):

“Serán sancionados con prisión de seis meses a dos años:

1º) La mujer casada que tuviere acceso carnal con varón que no sea su marido y el que lo tuviere con ella sabiendo que es casada, y,

2º) El marido que tuviere concubina con menosprecio de su cónyuge o de las buenas costumbres o con incumplimiento de las obligaciones de asistencia familiar y la concubina”.

naturaleza normativa del Orden Jurídico en general. Pero, se sostiene que la coerción penal es lo que distingue al Derecho Penal de otras ramas del Derecho³⁰, concretamente, por la pena que es el instrumento de coerción que esta rama del Derecho utiliza³¹.

En ese orden de ideas, es posible afirmar que el Derecho Penal asegura la inquebrantabilidad del orden jurídico por medio de la coerción penal estatal. Aunque también es cierto que el Derecho civil y otras ramas del Derecho público prevén el recurso de la coerción; pero la amenaza de coacción punitiva y su realización pertenecen al núcleo mismo del Derecho Penal. En efecto, éste se sirve para ello del más poderoso mecanismo coercitivo de que dispone el Estado: *la pena pública*³².

La pena es la consecuencia jurídica, la sanción tradicional del delito, hoy sigue siendo la principal forma de reacción jurídica frente al mismo. Consiste en una privación o restricción de derechos, de bienes jurídicos, aplicada obligatoriamente y, si es preciso, coercitivamente al delincuente³³.

Por eso, cuando otras medidas jurídicas y posibilidades de solución del conflicto fracasan, el Derecho Penal asegura, en última instancia, la coercibilidad del orden jurídico positivo. Pero, tan pronto como el Derecho Penal deja de poder garantizar la seguridad y el orden, aparece o puede aparecer la venganza privada³⁴, como ha enseñado repetidamente la más reciente experiencia histórica que hemos vivido en El Salvador, con la

³⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl: "Tratado...", T. I., Op. Cit., p. 55.

³¹ "El Derecho penal en cuanto rama del ordenamiento jurídico incluye, al igual que el resto del ordenamiento, normas jurídicas, por lo cual se vincula a la realización de un supuesto de hecho a una consecuencia jurídica. La gravedad de las consecuencias jurídicas (penas, medidas de seguridad) y el tener como presupuesto conductas que perturban gravemente la vida comunitaria, es decir los delitos, constituye sus rasgo diferenciador frente al resto del ordenamiento. Desde otra perspectiva las normas penales regulan y limitan el ejercicio de la potestad punitiva del Estado al establecer el marco de utilización de las penas y medidas de seguridad". Así, SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón: "Conocimiento...", Op. Cit., p. 103.

³² POLAINO NAVARRETE, Miguel: "Derecho...", Op. Cit., p. 118.

³³ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: "Curso...", Op. Cit., p. 54.

³⁴ Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich: "Tratado...", Op. Cit., p. 4.

aparición de grupos clandestinos —como la *Sombra Negra*— que realizan una limpieza social, exterminando a sujetos que tienen el estigma de delincuentes.

B. OTRAS CARACTERÍSTICAS³⁵

1. Normativo

Una de las características inherentes a todo Derecho positivo es su carácter normativo³⁶. El Derecho Penal es esencialmente normativo, porque en tanto Derecho, se refiere a normas jurídicas; y en tanto disciplina científica, estas normas constituyen su objeto de estudio. En consecuencia, no se concibe la existencia del Derecho Penal, que establece las consecuencias jurídicas de máxima gravedad, sin la previa imposición de preceptos positivos inspirados en el *principio de legalidad* (Arts. 8, 12, 15 Cn y 1 CP) que han de poseer un concreto objeto de regulación y pretender una finalidad cierta en relación con la tutela a los mismos conferida³⁷.

Del carácter normativo del Derecho Penal se deriva la exclusión de la costumbre³⁸ en el sentido de que no pueden crearse nuevos hechos punibles ni agravarse la pena de los ya existentes a través suya. El Derecho consuetudinario admitido en otros sectores del Ordenamiento Jurídico —como en el Derecho Mercantil (Art. 2 C. Com.)— puede tener, sin embargo, un efecto reflejo en el Derecho Penal, cuando éste se remite a él. Así, por ejemplo: la violación de las leyes o *costumbres de guerra*, que

³⁵ Se sostiene que caracterizar al Derecho Penal como una ciencia normativa, valorativa y cultural, es redundar, pues, como se observa, tales características le son propias por ser una rama del Derecho en general y no por su especificidad "la materia penal". Así, FERNÁNDEZ CARASQUILLA, Juan: "Derecho...", T. I., Op. Cit., p. 33.

³⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel: "Derecho...", Op. Cit., p. 88.

³⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel: "Derecho...", Op. Cit., p. 88.

³⁸ Las costumbres son "*normas estables de conducta establecidas en el transcurso de un largo periodo y reguladoras del género de vida del hombre en determinados aspectos. Las costumbres poseen la fuerza de los usos sociales e influyen sobre la conducta de las personas. Como quiera que las costumbres son de naturaleza social, están sujetas a estimación moral*". Así, ROSENAL, M. M. y IUDIN, P. F.: "Diccionario Filosófico", Tecolut, México, 1971, p. 90.

describe el tipo penal en el Art. 362 CP; los actos contrarios a las buenas *costumbres* y al decoro públicos, tipificados en el Art. 392 CP³⁹.

La razón de por qué se excluye el Derecho consuetudinario del Derecho Penal, fuera de los casos citados, descansa en el principio de legalidad (*Nullum crimen, nulla poena sine previa lege penale*) por el cual las normas penales sólo pueden ser decretadas a través del Órgano Legislativo, que representa la voluntad del pueblo (Arts. 121 y 125 Cn) y por un procedimiento legalmente establecido (Arts. 133 a 143 Cn).

Con la exigencia de una norma escrita queda, por consiguiente, excluida la posibilidad de recurrir a la costumbre como posible fuente de delitos y penas. Pero tampoco basta cualquier norma escrita, sino que es preciso que tenga rango de ley emanada del Órgano Legislativo en la forma que prescribe la Constitución (Arts. 133 a 143). Así, las cosas, quedarían excluidas como fuente de delitos y penas las normas que emanan del Órgano Ejecutivo, tales como: Decretos Ejecutivos, Reglamentos, Órdenes Ministeriales, etc.

2. Valorativo

El Derecho Penal es valorativo, pues consiste en un conjunto de normas jurídicas que son concreción de todo un catálogo de valores aseguradores de la convivencia comunitaria; es que, no debe olvidarse, el Derecho nace para realizar ciertos valores entre los cuales deben destacarse: la dignidad de la persona humana, justicia, libertad, igualdad y seguridad jurídica.

Por otra parte, en toda norma penal están implícitos juicios de valor positivos sobre bienes jurídicos. Por ello, casi todos los preceptos penales son reconducibles a la protección de uno o varios bienes jurídicos. En el delito de homicidio (Art. 128 CP), por ejemplo, el bien jurídico protegido por la norma

³⁹ "La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella". Así, el Art. 2 C. C.

es la vida de una persona. Se sanciona, pues, la lesión o puesta en peligro de ese bien jurídico.

Lo que el precepto penal quiere evitar radica en el *desvalor del resultado* del hecho punible: la muerte de un ser humano; pero los juicios de valor subyacentes en las normas penales también se refieren a la cualidad de las acciones humanas que, de forma reprobable, desprecian esos bienes jurídicos. En la conducta que lesiona o pone en peligro un bien jurídico radica también un *desvalor de la acción* del hecho punible.

“Toda acción humana —explica WELZEL⁴⁰—, para bien o para mal, está sujeta a dos aspectos valorativos diferentes. Puede ser valorado de acuerdo al resultado que origina (valor de resultado o material), y también, independientemente del logro del resultado, según el sentido de la actividad como tal (valor del acto)”.

En consecuencia, el hecho punible está constituido por el *desvalor del resultado* (lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos) y por el *desvalor de la acción* (cualidad de la acción que se traduce en el abandono de los valores éticosociales)⁴¹.

3. Cultural

El Derecho Penal es cultural. La necesidad de la existencia del Derecho Penal se ha advertido por la humanidad desde los tiempos primitivos, y la punición de los delitos ha contado en todas las culturas entre las más antiguas tareas de la comunidad.

De acuerdo con la teoría de las normas de cultura⁴², el sustrato de las normas penales se encuentra en las reglas culturales y de convivencia estipuladas por el medio histórico-social en que vive el individuo. Son normas de cultura las religiosas, las morales, las sociales, las jurídicas, etc.

⁴⁰ WELZEL, Hans: “Derecho...”, Op. Cit., p. 11.

⁴¹ WESSELS, Johannes: “Derecho...”, Op. Cit., p. 6.

⁴² PÉREZ PINZÓN, Alvaro Orlando: “Introducción...”, Op. Cit., p. 7.

Desde este punto de vista, las normas penales no son más que un orden de cultura, ya que tutelan la totalidad de los intereses de la sociedad. En términos más precisos, en todo grupo social existen pautas, finalidades, objetivos, etc., generalizados, hacia los que propende la colectividad. La norma penal, así, nace para protegerlos.

El Derecho es, entonces, la cultura codificada, y por ello se concluye que la ley surge de la cultura. Por eso el que el Derecho Penal sea fundamentalmente normativo lo hace también cultural, ya que las normas reflejan la cultura de un pueblo. En la norma jurídica están implícitas las reglas culturales.

MATERIALES PARA EL TRABAJO PRÁCTICO

I. Lecturas Seleccionadas

- A) **CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO PENAL.** *“El Derecho penal de hoy es un Derecho público, normativo, valorativo y finalista que tiene la norma y el bien jurídico como polos de su eje y cuya naturaleza es eminentemente sancionadora (...) El Derecho penal de hoy es un Derecho público, porque sólo el Estado es capaz de crear normas que definan los delitos y que impongan sanciones en holocausto al apotegma liberal nullum crimen, nulla poena sine lege (...) los juristas de hoy aceptan una clasificación de las ciencias (...) de un lado están las ciencias del ser (que incluyen a las naturales), del otro, las del deber ser (entre las que se halla el Derecho). La filosofía de los valores ha penetrado profundamente en el Derecho, y por eso hemos afirmado que nuestra disciplina es valorativa (...). A nuestro entender, la Dogmática jurídica no puede quedar desnuda de finalidad, y nuestro Derecho penal tiene carácter finalista. En efecto; el Derecho, pues que se ocupa de conductas, no puede menos de tener un fin. El Estado debe recoger y enfocar, teleológicamente, todos los intereses que constituyen la cultura, dirigiéndolos al fin de la vida”.* JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: **“La Ley y el Delito”**, Hermes/Sudamericana, México, 1986. Pgs. 19 y 20.
- B) **CARÁCTER PÚBLICO DEL DERECHO PENAL.** *“Es tradicional la división del derecho en público y privado. El primero, se caracteriza por estar orientado al ejercicio del poder, pues sus normas están destinadas a regular la organización y la actividad del ente estatal y demás organismos públicos, así como las relaciones con los particulares; el segundo se ocupa de los vínculos entre los particulares sin que ninguna de las partes involucradas actúe revestida del poderío estatal. Ahora bien, el derecho penal está signado por este rasgo, pues es público el interés por la defensa penal de los bienes jurídicos y por la aplicación de las penas (criterio objetivo); y porque le da vida a una relación pública, uno de cuyos sujetos es el Estado como titular del poder o detentador del monopolio de la fuerza (criterio subjetivo). Sin embargo, el hecho de que el derecho penal positivo proteja al lado de*

intereses públicos (la seguridad del Estado, el orden económico social, el medio ambiente, la salubridad pública, etc.) bienes que pertenecen directamente a los particulares (la vida, la integridad personal, la libertad individual, el patrimonio económico, etc.), no significa que pierda el carácter examinado, pues, en todo caso, esos bienes individuales se hallan salvaguardados por la norma penal en interés de la comunidad. Como resultado de lo anterior el Estado, personificado en el órgano judicial (los jueces o el fiscal general, según el caso), investiga de oficio los hechos punibles cometidos y lleva adelante sus averiguaciones, sin necesidad de que el particular incoe la acción correspondiente. Esta característica no sufre mengua alguna cuando el ente estatal, en algunos eventos, deja librada a la voluntad de los particulares la posibilidad de reclamar la iniciación de la persecución penal, como sucede en los casos previstos de manera expresa en el Código Penal y en el Código Procesal Penal; ni, por supuesto, cuando la ley permite a los particulares ofendidos o perjudicados con la infracción hacerse parte dentro del respectivo proceso penal para procurar la indemnización de perjuicios correspondientes”.
VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: “**Derecho Penal**”, (Parte General), Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1994, Pgs. 34 y 35.

- C) **CARACTERÍSTICAS.** “*El Derecho Penal se caracteriza por ser: 1º Función pública; 2º Regulador externo de conductas humanas; 3º Valorativo y finalista; 4º Sistema discontinuo de ilicitudes; 5º Sancionatorio, y 6º Personalísimo. Su primera característica, la de ser una función pública, no fue reconocida siempre (...) en un comienzo se aceptaba que el paterfamilias o algunas corporaciones pudieran aplicar penas a los delincuentes. Hoy día no se discute que la determinación de los hechos punibles y de las sanciones que les son aplicables corresponden exclusivamente al Estado; que éste es, también, el único encargado de aplicar penas por medio de sus órganos jurisdiccionales, y que, además, sólo a él toca hacer efectivo el cumplimiento de éstas. Esta función del estado es exclusiva y excluyente de todo otro individuo, corporación o poder (...) Su segunda característica es común a todo el Derecho. Cogitationis poenam nemo patitur (nadie será castigado por sus pensamientos). Lo que se*

mantiene en el plano puramente psíquico (ideas, deseos, propósitos), sin exteriorizarse en forma alguna, queda sustraído a la esfera de acción del Derecho (...) La valoración adquiere capital importancia en el Derecho Penal, en razón de que éste debe hacer la estimación de las conductas humanas para juzgar si ellas constituyen o no el antijurídico de intensa coloración que sus preceptos procuran concretar (...) En cuanto a su finalidad (...) es eliminar de la vida colectiva ciertos hechos antijurídicos de tan especial gravedad que significan la más notoria y trascendente perturbación del ordenamiento jurídico (...) El Derecho Penal no comprende todos los hechos contrarios al Derecho. Tampoco versa sobre un determinado género de lo ilícito, diverso en esencia del ilícito que pueda surgir de las violaciones de otros aspectos del derecho (...) Por esto se dice que el Derecho Penal es fragmentario, ya que su objeto no cubre la plenitud de un ámbito, sino que ocupa puntos bien delimitados unos de otros, con soluciones de continuidad entre ellos, que quedan al margen de sus preceptos. Lo concebimos, por ende, como un sistema discontinuo de ilicitudes (...) El carácter sancionatorio del Derecho Penal aparece (...) con la más enérgica de las reacciones de que es capaz el Derecho (...) Una de las características más diferenciales que presenta el Derecho Penal en relación con otras ramas del Derecho, es su alcance personalísimo, en cuanto al individuo al cual debe aplicarse. El delincuente responde personalmente de las consecuencias penales de su conducta; la sanción que haya de aplicársele ha de recaer solamente sobre él". Así. NOVOA MONREAL, Eduardo: "Curso de Derecho Penal Chileno", (Parte General), Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, Chile, 1960, Pgs. 26 a 31.

2. Cuestionario

- A) ¿Qué características específicas puede atribuir al Derecho Penal?
- B) ¿Cuáles otras características, no menos importantes, puede mencionar del Derecho Penal?
- C) ¿Por qué se dice que el Derecho Penal es público?
- D) ¿Qué diferencia esencial puede destacar entre el Derecho Público y el Derecho Privado? Explique.

- E) ¿Explique brevemente la doble dimensión del carácter teleológico del Derecho Penal?
- F) ¿Describa y explique cómo se clasifican los bienes jurídicos de naturaleza penal?
- G) ¿Qué entiende por el fenómeno de la penalización y despenalización en Derecho Penal?
- H) ¿Explique porqué se afirma que del carácter normativo del Derecho Penal se excluye a la costumbre?
- I) ¿Cuáles son y en qué consisten los juicios de valor que están implícitos en las normas penales?
- J) ¿Cuál de todas las características del Derecho Penal es, a su juicio, la más importante? Explique.
- K) ¿Cuál es la diferencia entre el carácter valorativo y el cultural del Derecho Penal?

3. Actividades Prácticas

- A) Elabore un esquema que comprenda las características del Derecho Penal.
- B) Investigue, analice y haga un breve resumen comparativo de las características que JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA (en su obra Derecho Penal Fundamental, Tomo I) y FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁZQUEZ (en su obra Derecho Penal, Parte General), atribuyen al Derecho Penal.

4. Temas para Discusión

- A) Discuta de qué maneras es posible la participación de la víctima en el proceso penal y, con esa base, determine si tal participación excluye el carácter público del Derecho Penal?
- B) Reflexiones sobre si tiene o no importancia práctica la clasificación de los bienes jurídicos que son protegidos por el Código Penal.

- C) Analice en qué forma y por cuáles organismos estatales del sistema penal la comunidad aparece representada. Cree que pueda decirse que alguno de ellos es más importante que los otros.

IV RELACIONES

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. A. EL CARÁCTER SECUNDARIO O NO DEL DERECHO PENAL. B. DERECHO PENAL Y CIENCIAS JURÍDICAS. 1. Derecho Penal y Derecho Constitucional. 2. Derecho Penal y Derecho Procesal Penal. 3. Derecho Penal y Derecho Administrativo. 4. Derecho Penal y Derecho Internacional. 5. Derecho Penal y Derecho de Ejecución Penal. 6. Derecho Penal y Derecho Civil. 7. Derecho Penal y Derecho de Familia. 8. Derecho Penal y otras Ramas Jurídicas. C. DERECHO PENAL Y DISCIPLINAS NO JURÍDICAS. 1. Derecho Penal y Criminología. 2. Derecho Penal y Victimología. 3. Derecho Penal y Política Criminal. 4. Derecho Penal y Medicina Jurídica. 5. Derecho Penal y Criminalística. MATERIALES PARA EL TRABAJO PRÁCTICO.

INTRODUCCIÓN

Como indiscutible instrumento de control social que es, el Derecho Penal tiene vinculaciones no solamente con todo el Ordenamiento Jurídico (control social formal), sino también con otras Ciencias y disciplinas que no son jurídicas. Ambas conexiones le proporcionan planteamientos propios, métodos especiales y nuevos conocimientos. Razón suficiente para abordar el tema en dos apartados: las relaciones del Derecho Penal con las principales ramas de las Ciencias Jurídicas y las relaciones del Derecho Penal con disciplinas o ciencias no jurídicas.

Sin embargo, precede a ambos apartados, por parecernos el momento y lugar oportunos, un planteamiento que nos haga reflexionar sobre la discusión doctrinal del carácter secundario o no del Derecho Penal. Polémica que emerge de la casi total relación que existe entre el Derecho Penal y otros sectores del Ordenamiento Jurídico.

A. EL CARÁCTER SECUNDARIO O NO DEL DERECHO PENAL

La circunstancia de que el Derecho Penal proteja en última instancia la incolumidad de bienes jurídicos que generalmente ya están reconocidos, regulados y protegidos en primera instancia por otras ramas del Orden Jurídico ha provocado la polémica sobre su autonomía o accesoriedad de otras ramas¹. Esta discusión sobre el carácter secundario o no del Derecho Penal es consecuencia, enfatizamos, de la total relación que une al Derecho Penal con las distintas ramas del Ordenamiento Jurídico, como más adelante veremos.

La cuestión central de la discusión radica en que un sector de la doctrina afirma que el Derecho Penal es un Derecho que tiene un carácter solamente sancionador, secundario y accesorio de los preceptos de otros sectores del Ordenamiento Jurídico; en cambio, otro sector sostiene lo contrario, es decir, que el Derecho Penal crea sus propios preceptos y sólo de éstos depende su aplicación², poseyendo un carácter constitutivo, primario y, por lo tanto, autónomo.

El origen de esta polémica dimana del antagonismo entre la postura tradicional por la cual se subraya que el Derecho Penal se utiliza para defender y proteger las instituciones de los demás derechos³ (enfatizándose la función que cumple el Derecho Penal a través de sus sanciones) y la que sostiene que el carácter sancionador o creador del Derecho Penal aparece vinculado a la postura que se mantenga sobre estructura de las normas

¹ En la literatura se usan como equivalentes los términos de naturaleza *autónoma*, *accesoria*, *complementaria*, *secundaria*, *subsidiaria* o *sancionadora*. Aclarando que, en definitiva, de lo que se trata es de esclarecer si el Derecho Penal es *autónomo* o independiente de las restantes disciplinas jurídicas. Así, RODRÍGUEZ DEVESA, José María: "Derecho...", Op. Cit., p. 24.

² MUÑOZ POPE, Carlos Enrique: "Lecciones...", Op. Cit., p. 37.

³ En tal sentido suele citarse la gráfica expresión de Alfonso de Castro, para quien: "el derecho penal es la fortaleza y los cañones de los demás derechos". Cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *et al*: "Lecciones...", Op. Cit., Pgs. 10 y 11.

penales⁴ y no a la función que se estime cumple el Derecho Penal por medio de sus sanciones.

Para dilucidar esa cuestión —expresa el catedrático salmantino BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y otros⁵— deben distinguirse dos niveles de análisis:

Primer nivel. En relación a la función que el Derecho Penal desarrolla a través de sus sanciones ha de afirmarse su carácter: subsidiario, o secundario. Esto aparece así como una directa consecuencia de la función que cumple la pena en el marco de la totalidad de la política social del Estado. Por ello se denomina a la pena como la “*ultima ratio de la política social*” y se define su misión como protección subsidiaria de bienes jurídicos⁶. Se quiere decir con ello que el Derecho Penal no contribuye a la creación de la antijuridicidad, sino que se limita a agregar penas a las conductas que ya son antijurídicas a la luz de otras ramas del derecho (familiar, mercantil, laboral, civil, administrativo, etc.).

En efecto, si el Derecho Penal constituye la *última ratio* entre los diversos controles sociales formales de que dispone el Estado para garantizar la convivencia humana en sociedad, ello implica, como lógica consecuencia, que el Derecho Penal está subordinado a la insuficiencia de los otros medios menos gravosos para el individuo de que dispone el Estado.

Por ejemplo, según nuestro Ordenamiento Jurídico, constituye un atentado contra los derechos y deberes familiares el delito conocido como

⁴ Sostiene Muñoz Conde y García Arán que: La afirmación del carácter subsidiario del Derecho penal tiene su origen en la teoría de las normas que formuló a principios del siglo XX BINDING. El punto de partida de este autor es su distinción entre norma y ley penal; el delincuente infringe con su conducta la norma, pero cumple la ley penal que no tiene más que una función sancionatoria de las acciones prohibidas por las normas. La distinción, dicen los autores citados, peca de artificial y, desde luego, es innecesaria. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes: “Derecho...”, Op. Cit. p. 67.

⁵ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *et al.*: “Lecciones...”, Op. Cit., Pgs. 10 y 11.

⁶ Así, ROXIN, Claus. “Derecho...”, Op. Cit., p. 65.

“incumplimiento de los deberes de asistencia económica”, tipificado en el Art. 201 CP., cuya aplicación presupone el fracaso de otros mecanismos legales previos (sentencia definitiva ejecutoriada en el ámbito familiar, convenio celebrado en la Procuraduría General de la República, por ejemplo) destinados para el cumplimiento de esos deberes de asistencia familiar que, evidentemente, gozan de protección por mandato constitucional (Arts. 32 y 33 Cn) en el Derecho de Familia (Art. 247 y Sgts. C. Fam.). Resulta entonces obvio que la incriminación de esta clase de tipos penales presupone, generalmente, la ineficacia de otros medios para evitar las conductas que se prohíben u ordenan⁷.

La subsidiariedad es, por tanto, desde esta perspectiva, una exigencia político-criminal que debe ser afrontada por el legislador, pues el Derecho Penal ha de ser la *ultima ratio*, esto es, el último recurso a utilizar a falta de otros menos lesivos⁸. En este contexto, —indica FERNÁNDEZ CARRASQUILLA⁹— hoy se habla con frecuencia, como postulado elemental de la política criminal del liberalismo, del *principio de la mínima intervención penal*, a cuyo tenor el Derecho Penal debe reducirse al mínimo absolutamente indispensable para la convivencia externa, sin fines moralizadores o perfeccionistas.

⁷ WESSELS, Johannes: “Derecho...”, Op. Cit., p. 3.

⁸ Para un grupo de autores, entre ellos Roxin, el carácter subsidiario del Derecho Penal se desprende del principio de proporcionalidad, pues, según él, el Derecho Penal posibilita las más duras de todas las intromisiones estatales en la libertad del ciudadano, por tanto, sólo puede intervenir cuando otros medios menos duros no prometan tener un éxito suficiente. Pues supone una vulneración de la prohibición de exceso el hecho de que el Estado eche mano de la afilada espada del Derecho Penal cuando otras medidas de política social puedan proteger igualmente e incluso con más eficacia un determinado bien jurídico. ROXIN, Claus: “Derecho...”, Op. Cit., p. 65. Otro sector, entre ellos Muñoz Conde, sostiene que el carácter fragmentario o accesorio del Derecho Penal es consecuencia del principio de “intervención mínima”, según el cual el Derecho Penal sólo debe intervenir en caso de ataques muy graves a bienes jurídicos muy importantes. MUÑOZ CONDE, Francisco: “Introducción al Derecho Penal”, Bosch, Barcelona, España, 1975, p. 59 y Sgts.

⁹ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan: “Derecho...”, Op. Cit., p. 33.

Por otra parte, en la medida en que el Derecho Penal no encierra un sistema exhaustivo de protección de bienes jurídicos¹⁰ y sólo protege una parte de ellos, e incluso no siempre de modo general, sino frecuentemente (como el patrimonio) sólo frente a formas de ataque concretas, se habla también de la naturaleza “*fragmentaria*” del Derecho Penal¹¹.

En efecto, de toda la gama de acciones prohibidas y bienes jurídicos protegidos por el Ordenamiento Jurídico, en su totalidad, el Derecho Penal se ocupa de una parte, “*fragmentos*”¹². Su método no es el de prever la delincuencia y su represión en escasas pero amplísimas cláusulas de ilicitud, sino separar, del campo general del injusto, las más graves formas de este, por medio de la técnica de la tipificación más o menos cerrada de las conductas punibles¹³. Por eso se dice que allí donde el Derecho Penal coincide en su ámbito de prohibición y protección con otras ramas del Ordenamiento Jurídico, y en la medida en que las barreras protectoras que deparan esas otras ramas sean insuficientes, el Derecho Penal interviene como “*última ratio legis*”, “*subsidiariamente*” o “*accesoriamente*”¹⁴. Verbigracia: en el delito de *alzamiento de bienes* (Art. 241 Inc. 2° CP), se señala en el inciso segundo lo siguiente: “*La acción penal solo podrá ser ejercida si la insolvencia resultare comprobada por actos de ejecución infructuosa en la vía civil*”. Obsérvese que la frustración o ineficacia de la “*vía civil*” es presupuesto —*conditio sine qua non*— para la persecución de ese ilícito en sede penal.

Por consiguiente, para los partidarios de esta concepción el Derecho Penal es fundamentalmente sancionador, ya que se limita a sancionar la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos consagrados en otros sectores del Ordenamiento Jurídico. Es esto, pues, lo que ha originado la

¹⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich: “Tratado...”, Op. Cit., p. 73.

¹¹ Así, ROXIN, Claus: “Derecho...”, Op. Cit., p. 65.

¹² VELÁSQUEZ VELÁZQUEZ, Fernando: “Derecho...”, Op. Cit., p. 41. PÉREZ PINZÓN, Alvaro Orlando: “Introducción...”, Op. Cit., p. 44. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan: “Derecho...”, Op. Cit., p. 33.

¹³ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan: “Derecho...”, Op. Cit., p. 33.

¹⁴ MUÑOZ POPE, Carlos Enrique: “Lecciones...”, Op. Cit., p. 37.

denominada “complementariedad”, “fragmentariedad”, “accesoriedad”, “subsidiariedad”, “o “secundariedad”, del Derecho Penal¹⁵.

El segundo nivel. En relación con su estructura formal y en cuanto a los nexos que los preceptos penales tienen con las restantes ramas del Ordenamiento Jurídico, existe un gran consenso a la hora de estimar el carácter autónomo y absolutamente independiente de los medios de sanción¹⁶. La pena y la medida de seguridad son peculiares por la gravedad de sus consecuencias frente a las sanciones que utilizan otras ramas del Ordenamiento Jurídico.

Sin embargo, en este nivel, la problemática se plantea sobre el carácter autónomo o secundario del presupuesto de la sanción, es decir, el supuesto de hecho: *delito o falta*. El supuesto de hecho o comportamiento prohibido es en ciertos aspectos autónomo y en ciertos subsidiario. Es subsidiario en cuanto como se ha manifestado la incriminación ha de presuponer el fracaso de otros medios para evitar las conductas que se prohíben. El punto en cuestión es si de este hecho hay que deducir que el injusto le viene dado al Derecho Penal por otras ramas del Ordenamiento Jurídico, por aquello que es injusto en otros ámbitos del mismo. Así, la presencia en los tipos penales de conceptos –o elementos normativos– que tienen un significado concreto en otras ramas del Ordenamiento Jurídico presupone una valoración autónoma por parte del intérprete sobre su significación en el Código Penal, sobre si se mantiene el significado o por el contrario si tiene un significado autónomo¹⁷. Existen casos en los que la

¹⁵ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: “Derecho...”, Op. Cit. p. 76.

¹⁶ “En cuanto a la autonomía científica del derecho penal, resulta incuestionable. Que el derecho penal sea “accesorio” en cuanto a la tutela jurídica, en el sentido de que funciona cuando una conducta merece una coerción jurídica complementaria de carácter preventivo especial, en los supuestos en que no se provee suficientemente a la seguridad jurídica con la coerción jurídica reparadora, no es una circunstancia que le reste autonomía científica y legislativa, sino que, por el contrario, es precisamente lo que le brinda autonomía y fisonomía propias”. Así, ZAFFARONI, Eugenio Raúl: “Manual...”, Op. Cit., Pgs. 34 y 35.

¹⁷ Verbigracia los elementos normativos: *matrimonio, impedimento, bigamia, Notario, funcionario público*, etc., contenidos en los Arts. 192, 193 y 194 del CP, que, por el orden, aluden a los siguientes tipos penales: Matrimonios Ilegales, Bigamia y Celebración de Matrimonio Ilegal.

dependencia de otras ramas del ordenamiento es clara, bien porque hay una referencia expresa al mismo, bien porque la utilización del Derecho Penal aparece expresamente condicionada a la existencia de una relación jurídica en otras ramas del Ordenamiento Jurídico. Los ejemplos sobran, como en las relaciones reguladas por el Derecho Laboral y los delitos relativos a los derechos laborales, Art. 244 CP y Sgts.; o por el Derecho de Familia, como el matrimonio, y la celebración de matrimonios ilegales, Arts. 192 a 194 CP.

Pero, a una dependencia extremadamente radical, como la expuesta, se le formulan objeciones. Así, se dice: que el Derecho Penal es la forma históricamente más antigua en la que aparece reflejado el Derecho en general y todavía hoy regula autónomamente amplios sectores como por ejemplo la protección de la vida, de la integridad personal, de la libertad, del honor, etc., sin tener que recurrir a los conceptos de otras ramas del Ordenamiento Jurídico¹⁸. Es cierto que parte de los bienes jurídicos mencionados aparecen en el catálogo constitucional, pero debe tenerse en cuenta que históricamente, cuando el Derecho Constitucional estaba menos desarrollado, no consagraba expresa ni separadamente determinadas facetas de los derechos de la personalidad, como la intimidad y era justamente en el Derecho Penal donde aparecía directamente una protección expresa de tales bienes jurídicos¹⁹. Es decir, se encuentran bienes jurídicos cuya protección es afrontada exclusivamente por el Ordenamiento Jurídico punitivo.

¹⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich: "Tratado...", Op. Cit., p. 73. "Diversos autores han señalado, con razón, que los preceptos jurídico-penales extienden a veces la amenaza de la pena a conductas que no se hallan prohibidas por otros sectores del ordenamiento jurídico. No es posible deducir, en estos casos, las normas penales de los preceptos de otros sectores del Derecho Positivo. Al Derecho Penal le corresponde en estos casos una función valorativa y no meramente sancionadora (...). En estos casos el Derecho Penal no se limita a sancionar un orden jurídico, lógicamente preexistente, sino que crea dicho orden. Pero no sólo en estos supuestos, que son los menos frecuentes, le incumbe al Derecho Penal una función valorativa. Al seleccionar las formas más graves de lo ilícito civil, administrativo, etc. y extender a ellas la amenaza de la pena, el Derecho Penal realiza asimismo una función valorativa." Así, CEREZO MIR, José: "Curso de Derecho Penal Español", (Parte General), Volumen I, Introducción, Teoría jurídica del delito/1, Tercera Edición actualizada y considerablemente ampliada, Tecnos, Madrid, España, 1993, p. 57.

¹⁹ Además, hay ocasiones en que es el propio Derecho Penal el que de modo primario protege bienes jurídicos no reconocidos, formulados ni regulados expresamente en otros sectores jurídicos:

Quienes están de acuerdo con este otro planteamiento²⁰, sostienen que el Derecho Penal tiene plena autonomía científica, ya que establece los presupuestos de la punibilidad y luego señala la pena respectiva por la infracción cometida.

En *conclusión*, si bien es cierto, que el Derecho Penal no siempre establece presupuestos propios para la determinación de los hechos punibles, pues en ocasiones trae de otros sectores del Ordenamiento Jurídico algunos supuestos de hecho, a los que agrega la tutela penal, ello no es suficiente para negarle su autonomía²¹ o independencia ni considerarlo, por esa significación, secundario, subsidiario, fragmentario o accesorio, pues en numerosas ocasiones da nuevos contenidos a conceptos de otras ramas del derecho y, sobre todo, porque el poder punitivo debe estar regido y limitado por el *principio de intervención mínima*, es decir, el Derecho Penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes. La secundariedad del Derecho Penal no es más que una consecuencia derivada de ese principio²². En consecuencia, la autonomía del Derecho Penal debe conjugarse con el principio de subsidiariedad, que constituye una exigencia político criminal que se proyecta en la función que desempeña el ordenamiento punitivo.

Para una mayor precisión en esta parte conclusiva es necesario eliminar determinadas derivaciones²³.

así sucede con la tipificación de los delitos contra la libertad sexual (la Constitución reconoce el derecho a la libertad, pero no menciona expresamente la faceta de la libertad o autodeterminación sexual), o de los atentados y desacatos, protegiendo expresamente la indemnidad y prestigio de quienes ostentan la condición de autoridad o de funcionarios. Cfr. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: "Curso...", Op. Cit., Pgs. 72 y 73.

²⁰ Por todos en América ZAFFARONI, Eugenio Raúl: "Manual...", Op. Cit., Pgs. 34 y 35. En España CEREZO MIR, José: "Curso...", Op. Cit., Pgs. 56 y 57. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: "Derecho...", Op. Cit. Pgs. 82 y 83.

²¹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: "Derecho...", Op. Cit. p. 82.

²² MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes: "Derecho...", Op. Cit. p. 67.

²³ Así, RODRÍGUEZ DEVESA, José María: "Derecho...", Op. Cit., Pgs. 24 y 25.

En *primer lugar*, hay que observar que no se discute el carácter sancionatorio del Derecho Penal en tanto en cuanto la pena es una sanción para determinadas conductas.

En *segundo lugar*, no puede tampoco negarse que la pena misma (no el Derecho Penal) es subsidiaria, en tanto que su aplicación ha de ir precedida de una lesión del Derecho.

En *tercer lugar*, no se discute tampoco la libertad de movimiento del legislador para incriminar conductas, con independencia de que estén o no previamente sancionadas en otras ramas del Derecho.

En *cuarto lugar*, hay que señalar que al hablar de autonomía no se quiere decir que el Derecho Penal posea una independencia absoluta respecto al resto del Ordenamiento Jurídico, pues ninguna rama del Derecho posee una independencia de esta clase, que, por lo demás, estaría en contradicción con la unidad del dicho Ordenamiento.

B. DERECHO PENAL Y CIENCIAS JURÍDICAS

Como es natural, las relaciones del Derecho Penal son más estrechas con las demás ramas del Derecho Público, pero ello no niega, en modo alguno, la existencia de grandes conexiones también con el Derecho privado. Veamos, entonces, únicamente algunas de las vinculaciones principales del Derecho Penal con otras ramas de las Ciencias Jurídicas.

1. Derecho Penal y Derecho Constitucional

Es indudable, como lo ha mostrado el transcurrir del tiempo, que el Derecho Penal corresponde a un momento histórico político determinado. Historia y política, siempre de la mano, refléjanse en la Constitución de todo pueblo, y es ella quien ordena y guía al legislador y al que aplica la ley penal, de donde se desprende que el Derecho Penal, en su origen, aplicación y ejecución debe corresponder a los lineamientos trazados por la *Carta Magna*. En consecuencia, la relación entre Derecho Constitucional y Derecho Penal es consustancialmente obvia y resulta principalmente de una relación de

subordinación de éste con aquél, pues si la Constitución de la República es el Ordenamiento Jurídico de máxima jerarquía, rige para la configuración de otros cuerpos legales de inferior rango entre ellos el Derecho Penal²⁴. Y, además, porque la Constitución contiene la primera manifestación legal de la política penal²⁵, convirtiéndose en el marco al cual deberá ceñirse la ley penal.

La Constitución, pues, como un faro para navegantes, guía al legislador y al juez tanto en la elaboración de las normas con carácter general (al primero) como en la aplicación de las mismas en el caso concreto (al segundo); y esto es así, porque ese poder penal se formaliza y materializa a través de normas y decisiones jurisdiccionales, y tanto el legislador que las elabora, como el juez que las aplica, están vinculados por las prescripciones de la Constitución de la República²⁶; que, entre otras disposiciones, contiene preceptos que directa o indirectamente afectan y conforman el sistema punitivo.

Por consiguiente, no resulta difícil encontrar en la *Carta Magna*, aunque no en forma sistemática, pero sí en normas dispersas, lo que ha sido denominado “*el programa penal de la constitución*”²⁷; esto es, el conjunto de postulados político-jurídicos y político-criminales que constituyen el marco normativo a partir del cual el legislador penal puede y debe tomar sus decisiones, y en el que el juez ha de inspirarse para interpretar las leyes que le corresponde aplicar.

²⁴ “La Constitución no es pura herencia del pasado ni mero producto del devenir histórico ajeno a categorías de valor y a ideales político-jurídicos. Las leyes fundamentales que conforman la Constitución de un Estado contienen principios jurídicos esenciales que, por su naturaleza, revisten el carácter de permanencia y estabilidad, en el contexto del Ordenamiento conjunto. Los principios establecidos en las disposiciones constitucionales no pueden ser ignorados ni contradichos por el legislador secundario”. Así, POLAINO NAVARRETE, Miguel: “Derecho...”, Op. Cit., p. 157.

²⁵ Así, ZAFFARONI, Eugenio Raúl: “Manual...”, Op. Cit., p. 63.

²⁶ MUÑOZ POPE, Carlos Enrique: “Lecciones...”, Op. Cit., p. 61.

²⁷ Sobre este planteamiento ver a BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *et al*: “Lecciones...”, Op. Cit., Pgs. 33 a 58. Ver además a SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón: “Conocimiento...”, Op. Cit., Pgs. 87 y 88.

Ahora bien, ese “programa” —indica BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y otros— ha de verse únicamente como enunciados normativos generales y no como soluciones concretas para los problemas del sistema punitivo. Por ejemplo, explica el catedrático de la Universidad de Salamanca, en la Constitución puede buscarse y encontrarse una respuesta a la alternativa entre un Derecho Penal *retributivo* y un Derecho Penal de la *resocialización* (Art. 27 Inc. 3º), pero no resulta apropiado, desde ningún punto de vista, que constitucionalmente se determine si es o no conveniente, verbigracia: la pena de arresto de fin de semana (Art. 49 CP), la suspensión condicional de la ejecución de la pena (Art. 77 CP) o la libertad condicional, en cualquiera de sus modalidades (Arts. 85 y 86 CP).

En ese orden de ideas, puede afirmarse que, el Derecho Penal constitucional acoge²⁸:

En *primer lugar*, disposiciones relevantes para el sistema penal como *valores superiores*, entre ellos: la *dignidad de la persona humana* (Art. 1 Inc. 1º Cn), la *libertad* (Art. 1 Inc. 2º Cn), la *igualdad* (Art. 3 Inc. 1º Cn), la *justicia* (Art. 1 Inc. 1º Cn) y la *seguridad jurídica* (Art. 1 Inc. 1º Cn);

En *segundo lugar*, adopta preceptos sobre *principios, prohibiciones, mandatos y regulaciones* que afectan directamente al sistema penal. Así, por ejemplo, se consagra el *principio de legalidad*, según el cual: “*Nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate...*”, (Art. 15 Cn) y, además, el *principio de reserva*, por el que se establece: “*Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni a privarse de lo que ella no prohíbe*” (Art. 8 Cn); se proclama, con carácter general, el *principio de la irretroactividad de las leyes*, sin embargo, como excepción a la regla, en materia penal, se regula la posibilidad de aplicar una ley penal retroactivamente, cuando favorece al delincuente (Art. 21 Cn); como fin de las penas privativas de libertad, se

²⁸ En lo que sigue ver SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón: “Conocimiento...”, Op. Cit., Pgs. 88 a 90. Además, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *et al*: “Lecciones...”, Op. Cit., Pgs. 34 a 36.

adopta el *principio de resocialización* (Art. 27 Inc. 3° Cn); como limitación al poder punitivo estatal se *prohíbe* la prisión por deudas, las penas perpetuas, las infamantes, las proscriptivas y toda especie de tormento (Art. 27 Inc. 2° Cn); *se consagra la libertad personal frente a la privación de libertad*, con cláusulas expresas sobre cuando procede la detención provisional (Arts. 11, 13 y 14 Cn); se establece *un proceso con todas las garantías*, consagrando la presunción de inocencia (Art. 12 Cn); se *limita la imposición de la pena de muerte* a los casos previstos por las leyes militares durante el estado de guerra internacional (Art. 27 Inc. 1° Cn);

En *tercer lugar*, constituye también Derecho Penal constitucional aquellos preceptos que consagran derechos fundamentales (y que en el campo penal constituyen bienes jurídicos, por ejemplo: vida, integridad física, libertad, propiedad, etc., Art. 2 Cn) y que, por consiguiente, delimitan el ejercicio del *ius puniendi*, tanto en lo que al Órgano Legislativo se refiere como al Órgano Judicial, en cuanto instancia a la que se confía la aplicación y ejecución de las leyes penales.

La derivación del bien jurídico de la Constitución es, según ROXIN²⁹, el punto de partida correcto, pues con ello se reconoce que la única restricción previamente dada para el legislador se encuentra en los principios de la Constitución. Por tanto, un concepto de bien jurídico vinculante políticocriminalmente sólo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la Ley Fundamental, de nuestro Estado Constitucional de Derecho basado en la libertad del individuo a través de los cuales se marcan límites a la potestad punitiva del Estado.

Ese catálogo de derechos fundamentales constituye el núcleo específico del ordenamiento de bienes jurídicos del sistema penal, con un doble efecto: uno, de legitimación y otro de limitación al poder penal estatal. Estos derechos particularmente son, entre otros: los relativos a la *vida* (Arts. 1 y 2 Cn y 128 a 141 CP); a la *integridad personal* (Arts. 2 Cn y 142 a 146 CP); a la *libertad individual* (Arts. 1 y 4 Cn y 148 a 152 CP); a la *seguridad personal o colectiva* (Arts. 2 Cn y 175 y 176; 264 a 270 CP); al

²⁹ ROXIN, Claus: "Derecho...", Op. Cit., Pgs. 55 y 56.

honor y a la *intimidación* (Arts. 2 Cn y 177 a 191); a la *protección de la familia* (Arts. 32 Cn y 192 a 206 CP); a la *propiedad y posesión* (Arts. 2 Cn y 207 a 227 CP); a la *libertad sindical* y al *derecho a la huelga* (Arts. 47 y 48 Cn y 247 CP), a la *salud pública* (Art. 65 Cn y 271 a 278 CP); a la *protección de los recursos naturales* y al *medio ambiente* (Art. 117 Inc. 2° Cn y 253 a 263 CP); etc. En fin, como el Derecho Constitucional designa el sentido y orientación del Derecho punitivo, los bienes jurídicos constituidos por el Derecho Constitucional deben ser reforzados por el Derecho Penal³⁰.

En *cuarto lugar*, integra también el Derecho Penal constitucional aquellos preceptos que de modo expreso regulan conceptos propios del sistema penal, por ejemplo, la inviolabilidad y la inmunidad parlamentaria (Art. 125 Cn); la responsabilidad de los funcionarios públicos por los *delitos oficiales*³¹ y *comunes* que cometan (Arts. 236 a 245 Cn; 17 CP y 381 al 390 CPP).

Y, finalmente, en *quinto lugar*, sin que esto signifique haber agotado las normas que constitucionalmente están conectadas y que le dan fortaleza al sistema penal, aparece, de manera especial, el principio de *interpretación jurisdiccional* conforme a la Constitución de todo Ordenamiento Jurídico, inclusive el penal vigente. Principio que es expresión del supremo rango normativo de la *Ley de Leyes* y que hoy se acoge de modo singular en los Arts. 172 Inc. 3°, 246, 149, 183 y 185 Cn.

2. Derecho Penal y Derecho Procesal Penal

Entre las Ciencias que guardan una estrecha relación con el Derecho Penal está el Derecho Procesal Penal, éste se ocupa de los trámites en las actuaciones de investigación y de los procedimientos jurisdiccionales para la aplicación de la ley penal sustantiva a un determinado caso. El proceso penal es una garantía esencial, pues el infractor de la ley penal no puede ser sancionado de manera automática ni arbitrariamente; en otras palabras, la aplicación del Derecho Penal está condicionada a la iniciación de un

³⁰ COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T. S.: "Derecho...", Op. Cit., p. 43.

³¹ Sobre el concepto de Delito Oficial véase el Art. 22 CP.

procedimiento penal, pues no se puede imponer pena alguna sino a través de una sentencia. La Constitución de la República, como hemos visto, consagra garantías procesales (garantías del debido proceso) y el Código Procesal Penal, por su parte, al regular la tramitación de los procesos penales establece normas que aseguran el respeto de esas garantías (Arts. 1 al 18 CPP). Por consiguiente, es tan íntima la interdependencia de ambas ramas del Derecho que el procedimiento —ley adjetiva— acompaña al Derecho Penal —ley sustantiva— como la sombra al cuerpo. Por eso MOMMSEN pudo decir que “*el derecho penal sin el proceso es puñal sin hoja*”. La ley procesal es el único vehículo que permite llegar a la aplicación de los preceptos penales a los casos concretos³².

El Derecho Procesal Penal, también denominado *formal*, por ser un derecho de las formas; o *instrumental*, pues sirve de instrumento para la aplicación del derecho material³³; y *adjetivo*, pues está referido a un accidente o cualidad del Derecho Penal, aunque se trata de una denominación en franco desuso y responde a épocas ya superadas³⁴, llega a la vida por medio de los procedimientos legales como instrumento. De allí que se enfatice que el proceso penal, de índole jurisdiccional, es el único medio para la aplicación del Derecho Penal material³⁵.

En complemento de lo expuesto, podemos decir que la relación entre Derecho Penal y Derecho Procesal Penal emana de las razones siguientes³⁶:

- a) El proceso penal impide que se aplique el Derecho Penal sin procedimientos y garantiza el ejercicio de los derechos. El grado de “*efectividad*” de las normas jurídico-penales depende enteramente de la intensidad de la persecución penal y de las impurezas de la prueba. Muchos hechos constitutivos de delito no dan lugar a procedimiento alguno por falta de denuncia, y quedan, por lo tanto, impunes. Otros se investigan, es decir, se abre un

³² POLAINO NAVARRETE, Miguel: “Derecho...”, Op. Cit., p. 150.

³³ POLAINO NAVARRETE, Miguel: “Derecho...”, Op. Cit., p. 150.

³⁴ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: “Derecho...”, Op. Cit., p. 51.

³⁵ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan: “Derecho...”, Op. Cit., p. 48.

³⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl: “Manual...”, Op. Cit., p. 68.

proceso penal, pero no pueden llegar a ser probados, y concluyen con un sobreseimiento definitivo (Art. 308 CPP) o una sentencia absolutoria (Art. 360 CPP);

- b) El proceso penal es “canal” y “cauce” del Derecho Penal³⁷: “canal” porque marca y exige los pasos que deben perseguirse en toda investigación³⁸, y “cauce” por cuanto impide los desbordamientos y obstaculiza la realización inmediata del Derecho Penal.

Pero la vinculación entre el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal precisa un deslinde tomando en cuenta las siguientes características³⁹:

- a) El Derecho Penal impone la sanción cuando hay un hecho punible (Art. 62 Inc. 2º CP); el Derecho Procesal Penal pone en funcionamiento la acción penal cuando sólo media una apariencia de delito (Art. 19 CPP), es decir, para iniciar un proceso penal basta con la *notitia criminis* (Art. 229 CPP), sin que ello prejuzgue el desenlace;
- b) Cuando por el Derecho Penal una conducta no puede sancionarse por ser atípica, procede el sobreseimiento (Art. 308 N° 1 CPP); cuando por el Derecho Procesal Penal no puede ejercerse la acción por un hecho punible, no hay proceso (Art. 253 CPP);

³⁷ PÉREZ PINZON, Alvaro Orlando: “Introducción...”, Op. Cit., p. 34.

³⁸ Todo proceso penal está estructurado en forma de “etapas” que cumplen cada una de ellas, objetivos específicos. Habitualmente, las principales etapas son cinco. En primer lugar, una etapa de investigación o preparación también denominada “instrucción”, cuyo cometido principal consiste en la preparación de la acusación o del Juicio. Una segunda etapa, donde se analiza críticamente el resultado de la investigación. Luego, una tercera etapa “plena” o principal, que es el juicio propiamente dicho, en donde se vierten, analizan y valoran todas las pruebas. En una cuarta etapa, se controla el resultado de ese juicio –que es la sentencia–, a través de distintos medios de impugnación o “recursos”. Finalmente, en una quinta etapa, se ejecuta la sentencia que ha quedado firme

³⁹ Así, ZAFFARONI, Eugenio Raúl: “Manual...”, Op. Cit., p. 68.

- c) La sanción penal es la pena (Art. 44 CP) y la procesal la nulidad (Art. 223 CPP).

3. Derecho Penal y Derecho Administrativo

Las relaciones del Derecho Penal con el Derecho Administrativo se manifiestan, por una parte, en la tutela de una serie de intereses de este orden y en que algunos conceptos jurídico-penales vienen determinados por nociones administrativas. De otra parte, una serie de sanciones administrativas operan sobre presupuestos similares a los del Derecho Penal, sea en la esfera gubernativa o en la disciplinaria.

Derecho Administrativo, siguiendo a MEZGER⁴⁰, es el conjunto de las normas jurídicas que se refieren a la administración del Estado. En su sentido más amplio, también la administración de justicia penal es una parte de dicha administración del Estado.

Por tanto, y como decíamos, la vinculación del Derecho Administrativo, sirve a los intereses del Derecho Penal en un triple aspecto:

- a) Para fundamentar el contenido de un sector importante de tipos penales y para determinar la calidad especial⁴¹ de los sujetos activos en esos ilícitos (Art. 22 CP);
- b) Para proveer al Derecho Penal de una serie de conceptos propios del área jurídica administrativa, que aquél toma para la correcta interpretaciones de los tipos penales de índole administrativa (Art. 39 CP); y,

⁴⁰ MEZGER, Edmund: "Derecho...", Op. Cit., p. 30.

⁴¹ Según Roxin, se trata de una variedad de los delitos especiales, denominados propios, en los que sólo puede ser autor quien reúna una determinada cualidad ("cualificación de autor"). Por regla absolutamente general esa cualidad consiste en una posición de deber extrapenal, por lo que en estos casos es mejor hablar de "delitos de infracción de deber". ROXIN, Claus: "Derecho...", Op. Cit., p. 338.

- c) Para hacer un deslinde del campo de acción que poseen tanto el Derecho Penal como el Derecho Administrativo, pues en ambos se imponen sanciones a quienes desconocen lo en ellos prohibido u ordenado (Art. 14 Cn).

En cuanto al primer aspecto, existen numerosos delitos de naturaleza administrativa, que por lo común no pueden cometerse sino por un determinado grupo de personas que requieren para ser sujetos activos del delito de una cualidad especial, verbigracia, ser: autoridad, funcionario o empleado público (Art. 39 CP). De allí, y tomando en cuenta el objeto de tutela jurídica (bien jurídico protegido), nace el agrupamiento de dos grandes familias en esta clase de hechos punibles, tales son:

- a) *Delitos relativos a la Administración Pública.* Entre ellos, los *actos arbitrarios* (Arts. 320 al 324 CP) y la *corrupción pública* (Arts. 325 al 334 CP). Ahora bien, dentro del grupo de hechos punibles que atentan contra la Administración Pública, aparecen también aquellos ilícitos en que pueden incurrir los particulares en sus relaciones con servidores de la Administración Pública (Arts. 335 al 339 CP), pero en estos tipos penales, no se exige ninguna cualidad especial del sujeto activo; y,
- b) *Delitos relativos a la Administración de Justicia.* Por ejemplo: los delitos contra la *actividad judicial* (Arts. 303 al 316 CP), los delitos contra la *autoridad de las decisiones judiciales y abuso de derecho* (Arts. 317 al 319 CP).

Por otra parte, en cuanto al segundo aspecto, el Derecho Penal debe, sin embargo, emplear conceptos jurídicos pertenecientes al Derecho Administrativo para poder orientar su función protectora conforme a esos datos. Es decir, éste suministra a aquél muchas nociones o conceptos de los que el Derecho Penal se vale para completar los tipos penales, por ejemplo, los conceptos de *autoridad pública, funcionario público, empleado público y municipal, y agente de autoridad* (Art. 39 CP), aunque no siempre tienen el mismo significado en uno u otro lugar.

Finalmente, en el tercer aspecto, cobra especial importancia la cuestión del denominado *Derecho Penal Administrativo*⁴², porque supone el ejercicio de una facultad punitiva a cargo de las autoridades administrativas cuando los particulares desconocen el contenido de alguna disposición que les impone ciertas obligaciones administrativas frente a la Administración.

La esencia del Derecho Penal Administrativo radica en la simple “*lesión de un interés de la Administración*”. La sanción administrativa —cuyo carácter es correctivo— tendría como objetivo exclusivo recordarle al administrado sus obligaciones, más no retribuirle por el mal causado.

Ahora bien, la Administración, para el cumplimiento de sus fines, asume directamente una potestad sancionadora que se concreta en dos campos: como *facultad disciplinaria* y como *facultad correctiva*.

La primera se refiere a la posibilidad de imponer sanciones, que tienen un carácter reparador, a las personas vinculadas a la Administración u organismo público (*intraneus*), pretendiendo garantizar el buen funcionamiento de su organización interna, entre este tipo de sanciones administrativas están: la exoneración, cesantía, suspensión, apercibimiento, degradación, etc.

La segunda, como facultad correctiva se dirige a la generalidad de los administrados (*extraneus*) y tiene como fin garantizar que la Administración pueda cumplir sus fines⁴³.

Por tanto, si reconocemos que existen normas administrativas que asocian sanciones a su quebrantamiento, podemos decir que junto a la división de los hechos punibles —delitos y faltas— que hace el Código Penal en el Art. 18 Inc. 1º, existe una tercera categoría de acciones ilícitas que

⁴² La conexión existente entre el Derecho penal y el Derecho administrativo es tan intensa que se ha llegado a apreciar la categoría científica de un Derecho penal administrativo o de policía frente al genuino Derecho penal criminal. Así, POLAINO NAVARRETE, Miguel: “Derecho...”. Op. Cit., p. 163. Ampliamente sobre esta disciplina AFTALIÓN, Enrique R.: “**Derecho Penal Administrativo**”, Ediciones Arayú, Buenos Aires, Argentina, 1955.

⁴³ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, et al: “Lecciones...”, Op. Cit., p. 14.

también se castigan con una sanción estatal represiva: las *infracciones administrativas*. En efecto, tal afirmación tiene un sustento constitucional al disponer el Art. 14 Cn., lo siguiente:

“Corresponde únicamente al Órgano Judicial la facultad de imponer penas. No obstante la autoridad administrativa podrá sancionar, mediante resolución o sentencia y previo el debido proceso, las contravenciones a las leyes, reglamentos u ordenanzas, con arresto hasta por cinco días o con multa, la cual podrá permutarse por servicios sociales a la comunidad”.

Sin embargo, se carece en el Derecho salvadoreño de una *Ley General sobre Infracciones Administrativas*. Carencia que trae consigo, que la potestad sancionadora de la administración se materialice en una “*jungla de leyes*”, reglamentos u ordenanzas, según lo indica la Constitución, de tan variadas materias como de distinto rango jerárquico, difícilmente reconducibles a un denominador común.

4. Derecho Penal y Derecho Internacional

La relación entre el Derecho Internacional y el Derecho Penal es sumamente importante, y está contemplada expresamente por nuestra legislación penal en dos sitios⁴⁴:

⁴⁴ También existe otro sitio fuera de los muros del Código Penal, este es, el de los Tratados y Convenciones Internacionales en Materia Penal. Pero son tantos unos como otros que, en lo que concierne a nuestro país, se ha dicho: “La ingente cantidad de convenios firmados y ratificados por la República de El Salvador nos ha obligado a centrarnos en aquellos que nos parecen más útiles desde el punto de vista Judicial Penal”, Así, ARANDA, Rafael Marcos: **“Recopilación de Tratados Internacionales en Materia Penal”**, Corte Suprema de Justicia, San Salvador, El Salvador, 2001, p. xi. Con todo ello, la obra tiene un valioso aporte, contiene una sistematización que facilita desde el punto de vista práctico el conocimiento y aplicación de estos instrumentos internacionales. El orden sistemático es el siguiente: Tratados en Materia Policial (Pgs. 3 a 31); Tratados sobre Asilo, Refugio, Inmunidades y Privilegios (Pgs. 37 a 94); Tratados en Materia Penitenciaria (Pgs. 101 a 105); Tratados sobre Derechos Humanos (Pgs. 109 a 237); Tratados sobre Prevención del Delito (Pgs. 257 a 259); Tratados en Materia de Narcotráfico (Pgs. 381 a 468); Tratados sobre Crimen Organizado y Terrorismo (Pgs. 473 a 514); Tratados de Extradición (Pgs. 533 a 566); Tratados en

El primero, en el Capítulo II —que trata de la *aplicación de la ley penal*— del Título I, del Libro Primero del Código Penal, por el cual se regulan tres aspectos⁴⁵:

- a) La aplicación de la ley penal en el espacio o territorio: *principio de territorialidad*, Art. 8 CP. Conforme a este principio, el Estado salvadoreño puede someter a su poder punitivo todas aquellas acciones delictivas que se cometan en su territorio, aunque el autor sea extranjero.

- b) La aplicación de la ley penal a las personas, subdividiéndose este aspecto en dos campos temáticos:
 - 1) *El principio personal activo o de nacionalidad*, Art. 9 CP. Conforme este principio, el Estado puede también someter a su poder punitivo acciones delictivas de sus nacionales, aunque hayan sido cometidas en el extranjero (**a.**- por persona al servicio del Estado salvadoreño, cuando en razón de privilegios inherentes al cargo no hubiere sido procesada; **b.**- por salvadoreño o extranjeros contra bienes jurídicos de otro salvadoreño; **c.**- cuando se denegare la extradición de un salvadoreño por razón de su nacionalidad); y,

 - 2) *Aplicación del principio de igualdad de la ley penal a las personas*, Art. 17 CP. En efecto, lo que regula esta norma, con carácter general, es el principio de igualdad de aplicación de la ley penal salvadoreña a todas las personas; pero, indica, además, con carácter excepcional, aquellos casos en que tal principio sufre una variación en su aplicación, por ejemplo, tratándose de personas que gozan

materia de Tráfico de Armas (Pgs. 573 a 662). Tratados sobre Procedimiento Procesal (Pgs. 679 a 746).

⁴⁵ MEZGER, Edmund: "Derecho...", Op. Cit, Pgs. 70 y 71.

de inmunidades que dimanar del *Derecho Internacional*;
y,

- c) La aplicación del Derecho Penal interno a la criminalidad internacional: *principio de universalidad*, Art. 10 CP. Con este principio el Estado queda facultado para intervenir con su poder punitivo en todo caso sin tener en cuenta para nada el lugar de la comisión del delito ni la nacionalidad de su autor.

El segundo, en el Título XX —Delitos de Carácter Internacional— del Libro Segundo del Código Penal, en el cual se tipifican los delitos siguientes: *piratería* (Art. 368), *piratería aérea* (Art. 369) y *organizaciones internacionales delictivas* (Art. 370). Pero, además, podemos encontrar, aunque de manera dispersa, en el Código Penal, otros hechos punibles vinculados a la naturaleza del Derecho Internacional. Así, por ejemplo: a) Dentro del Título XVIII de la Parte Especial, Delitos Relativos a la Existencia, Seguridad y Organización del Estado, los siguientes: *provocación de guerra, represalias o enemistad internacional* (Art. 354), *violación de tratados, treguas, armisticios o salvoconductos* (Art. 359), *violación de inmunidades diplomáticas* (Art. 360); y, b) Dentro del Título XIX siempre de la Parte Especial, Delitos Contra la Humanidad, tales como: *genocidio* (Art. 361); *violación de las leyes o costumbres de guerra* (Art. 362), *violación de los deberes de humanidad* (Art. 363) y *comercio de personas* (Art. 367). Por lo general, casi todos los hechos punibles citados han nacido como producto de la firma de Tratados o Convenios Internacionales entre nuestro país con otros Estados u Organismos Internacionales.

Al grupo de aspectos normativos antes apuntados se le denomina *Derecho Penal Internacional*, pues comprende la zona del conflicto de leyes, donde caen problemas atinentes al ámbito espacial y de la nacionalidad de la ley penal, en el que se entrecruzan preceptos de Derecho Penal interno y de otros países. Pero, además, desde los juicios internacionales contra los grandes criminales de guerra, a raíz de la Segunda Guerra Mundial y otros hechos más recientes, se ha acentuado la tendencia a constituir un *Derecho Internacional Penal*.

También en esta materia son importantes los Tratados de protección expresa de los Derechos Humanos, por ejemplo: La Declaración Universal de los Derechos Humanos⁴⁶; El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁴⁷; El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴⁸; La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio⁴⁹; La Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad⁵⁰; Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena⁵¹; Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes⁵²; La Convención Americana sobre Derechos Humanos⁵³; La Convención sobre los Derechos del Niño⁵⁴. Tratados de extradición, entre ellos, los celebrados con: el Reino de España, los Estados Unidos Mejicanos, Gran Bretaña, Italia, Bélgica, Suiza, Estados Unidos de América, Centroamérica y el Convenio de Extradición de la OEA⁵⁵.

⁴⁶ Adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

⁴⁷ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 3 de enero de 1967, de conformidad con el artículo 27.

⁴⁸ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49.

⁴⁹ Adoptada y abierta a la firma, ratificación, o adhesión, por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948. Entrada en vigor: 12 de enero de 1951, de conformidad con el artículo XIII.

⁵⁰ Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968. Entrada en vigor: 11 de noviembre de 1970, de conformidad con el artículo VIII.

⁵¹ Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 317 (IV), de 2 de diciembre de 1949. Entrada en vigor: 25 de julio de 1951, de conformidad con el artículo 24.

⁵² Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984. Entrada en vigor: 26 de junio de 1987, de conformidad con el artículo 27 (I).

⁵³ Aprobada en la Conferencia de los Estados Americanos de San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969.

⁵⁴ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

⁵⁵ Sobre la fecha de suscripción y ratificación de estos Tratados, por El Salvador, véase a ARANDA, Rafael Marcos: "Recopilación...", Op. Cit.

5. Derecho Penal y Derecho de Ejecución Penal

Constituye el Derecho de Ejecución Penal el conjunto de disposiciones jurídicas que regulan todo el proceso de aplicación, ejecución y control de las penas y medidas de seguridad, incluyendo los preceptos relativos al régimen penitenciario de los penados⁵⁶. Por consiguiente, la relación entre ambas ramas del Derecho es muy estrecha, sobre todo porque las dos constituyen, junto al Derecho Procesal Penal, los principales Ordenamientos Jurídicos que integran el Sistema de Justicia Penal. A tal punto, que la ejecución de la pena está contenida tanto en normas del Código Penal (Por ejemplo: la pena de prisión debe ejecutarse de conformidad con la Ley Penitenciaria, Arts. 47 Inc. 2º; regulación del cumplimiento de la pena de arresto de fin de semana y domiciliario, Arts. 49 y 50, respectivamente; modo de realizar el cómputo de la pena de trabajo de utilidad pública, Art. 57; regulación sobre la suspensión extraordinaria de la ejecución de la pena, Art. 84; determinación en cuanto a las clases, obligaciones, períodos de prueba y revocatoria de libertad condicional, Arts. 85 a 92) como en la Ley Penitenciaria y su Reglamento General.

6. Derecho Penal y Derecho Civil

Desde la antigüedad se ha visto entre el Derecho Civil y el Derecho Penal una íntima conexión, pues el Derecho Penal estaba absorbido por el Derecho Civil⁵⁷. En el Derecho romano, por ejemplo, cierto número de hechos (*furtum, rapina, iniuria*, etc.), hoy valorados penalmente eran regulados por el Derecho privado⁵⁸. La historia de la independencia del Derecho Penal es la historia, en parte, de la pena pública. En lo que corresponde a los tiempos contemporáneos la relación entre ambos derechos se perfila por las notas siguientes:

⁵⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich: "Tratado...", Op. Cit., p. 24. ROXIN, Claus: "Derecho...", Op. Cit., p. 45. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: "Derecho...", Op. Cit., p. 51.

⁵⁷ RODRÍGUEZ DEVESA, José María: "Derecho...", Op. Cit., p. 22.

⁵⁸ Así, CUELLO CALÓN, Eugenio: "Derecho...", Op. Cit., p. 15.

a) La ejecución de un hecho punible, origina también obligaciones civiles (Art. 114 y 116 CP). Toda persona responsable de un hecho punible, lo es también civilmente, pues del hecho pueden derivarse daños o perjuicios, ya de carácter moral o material. Por consiguiente, en principio, puede afirmarse que de todo delito nacen dos acciones: una *penal*, que tiene por objeto el castigo del delincuente, esto es, la imposición de una pena (Art. 45 CP); y, la otra *civil*, cuya finalidad es obtener la restitución de la cosa (Art. 115 N° 1 CP), la reparación del daño (Art. 115 N° 2 CP); la indemnización por los perjuicios morales o materiales causados (Art. 115 N° 3 CP) y las costas procesales (Art. 115 N° 4 CP).

b) Diversos delitos tiene su origen en la violación de preceptos de Derecho Civil, y en tales casos el auxilio de la ley civil es indispensable para precisar el alcance de la disposición penal. Así, verbigracia, los delitos relativos al patrimonio (hurto, Art. 207 CP; robo, Art. 212 CP; estafa, Art. 215 CP; usurpación, Art. 219 CP; perturbación violenta de la posesión o tenencia legal de un inmueble, Art. 220 CP; daños, Art. 221 CP., etc.).

En común, todos esos ilícitos se fundamentan, sustancialmente, en la protección del dominio o posesión, de bienes muebles o inmuebles, a que toda persona natural o jurídica tiene derecho. Así, en el primer inciso del Art. 568 del Código Civil se establece:

“Se llama dominio o propiedad el derecho de poseer exclusivamente una cosa y gozar y disponer de ella, sin más limitaciones que las establecidas por la ley o por la voluntad del propietario”.

Por otra parte, en el Art. 745 Inc. 1° C. C., se dice:

“La posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él”.

Lo que se pretende destacar con la gama de ilícitos penales que atentan contra el patrimonio es un ejemplo de como, por el carácter sancionatorio del Derecho Penal, se recurre a la utilización de elementos descriptivos y normativos, de instituciones jurídicas, en este caso de Derecho Civil, tales como: “inmueble”⁵⁹, “mueble”⁶⁰, “propiedad”⁶¹, “posesión”⁶², etc. Aspecto que, en principio, plantea un problema hermeneútico, pero que debe resolverse atribuyendo a dichos conceptos el significado originario que tienen en el Derecho Civil, siempre que esto no sea contrario a los fines concretos del precepto penal en cuestión y a los del Derecho Penal en general.

Al mismo tiempo, es posible señalar, entre del Derecho Civil y el Derecho Penal, importantes diferencias:

- a) El Derecho Civil es una rama del Derecho privado; el Derecho Penal, es una rama del Derecho público;
- b) El Derecho Penal es esencialmente legalista, no reconoce otra fuente que la ley; en el Derecho Civil, en cambio, encuentra aplicación la costumbre (Art. 2 C. C.).

7. Derecho Penal y Derecho de Familia

Derecho de Familia y Derecho Penal presentan también una gama de relaciones. Entre las más importantes están:

- a) Diversos delitos tienen su origen en la violación de preceptos relativos a las relaciones familiares, y en tales casos el auxilio de la ley familiar es indispensable para precisar el alcance de la disposición penal y el significado de sus conceptos. Así, por ejemplo, los *matrimonios ilegales* y la *bigamia* (Arts. 192 y 193

⁵⁹ Art. 561 C.C.

⁶⁰ Art. 562 C.C.

⁶¹ Art. 568 C.C.

⁶² Art. 741 C.C.

CP, respectivamente) constituyen una transgresión de los preceptos que aluden a los impedimentos —relativos o absolutos— para contraer matrimonio (Arts. 14 y 15 del Código de Familia⁶³); los delitos relativos al estado familiar (Arts. 195 a 198 CP) representan una infracción a la filiación y estado familiar (Arts. 133 a 186 del C. de Fam.); los delitos que atentan contra derechos y deberes familiares, por ejemplo: el abandono y desamparo de un menor o de una persona incapaz de proveerse por sí misma (Art. 199 CP) quebranta los deberes que el Código de Familia impone a los padres respecto de sus hijos (Art. 222 CP);

- b) En Derecho Penal, los vínculos de parentesco⁶⁴, es decir, la relación familiar que existe entre dos a más personas (por consanguinidad, afinidad o por adopción), pueden ser considerados, con carácter general, como una circunstancia

⁶³ A los impedimentos para contraer matrimonio aluden los Arts. 14 y 15 C. Fam., en la forma siguiente:

"IMPEDIMENTOS ABSOLUTOS. Art. 14. No podrán contraer matrimonio:

1º) Los menores de dieciocho años de edad.

2º) Los ligados por vínculo matrimonial; y,

3º) Los que no se hallaren en el pleno uso de su razón y los que no puedan expresar su consentimiento de manera inequívoca.

No obstante lo dispuesto en el ordinal primero de este artículo, los menores de dieciocho años podrán casarse si siendo púberes, tuvieren ya un hijo en común, o si la mujer estuviere embarazada".

"IMPEDIMENTOS RELATIVOS. Art. 15. No podrán contraer matrimonio entre sí:

1º) Los parientes por consanguinidad en cualquier grado de la línea, recta ni los hermanos.

2º) El adoptante y cónyuge con el adoptado o con algún descendiente de éste; el adoptado con los ascendientes o descendientes del adoptante, o con los hijos adoptivos del mismo adoptante; y,

3º) El condenado como autor o cómplice de homicidio doloso del cónyuge del otro. Si estuviere pendiente juicio por el delito mencionado, no se procederá a la celebración del matrimonio hasta que se pronuncie sentencia absolutoria o sobreseimiento definitivo".

⁶⁴ Sobre el concepto de parentesco y sus clases; así como, los grados y líneas, y extensión, véanse los Arts. 127 al 132 C. Fam.

ambivalente: agravante o atenuante (Art. 31 CP); pero también, con carácter específico, el parentesco puede ser:

- 1) El fundamento para la agravación de un hecho delictivo, por ejemplo: *homicidio agravado* (Art. 129 N° 1 CP), *inducción o ayuda al aborto* (Art. 136 Inc. 2° CP), *violación y agresión sexual agravada* (Art. 162 N° 1 CP), *corrupción agravada* (Art. 168 N° 4 CP);
- 2) El fundamento, siempre con carácter específico, para la atenuación de un hecho punible, por ejemplo: *homicidio piadoso* (Art. 130 N° 2 CP); o, por último,
- 3) El motivo que permita el amparo de una excusa absolutoria (Art. 308 Inc. 2° CP).

8. Derecho Penal y otras Ramas Jurídicas

La total relación del Derecho Penal con las distintas disciplinas de las Ciencias Jurídicas es indiscutible. Por lo que resulta necesario y como complemento citar, además de las mencionadas, las siguientes:

- a) El vínculo entre el Derecho Penal y el *Derecho Laboral*, el cual se manifiesta con los delitos relativos a los derechos laborales y de asociación (Arts. 244 a 248 CP);
- b) La conexión con el *Derecho Tributario*, en los delitos relativos a la Hacienda Pública (Arts. 249 y Sgts. CP);
- c) La relación con el *Derecho del Medio Ambiente*, en los delitos relativos a la ordenación del territorio, la protección de los recursos naturales, y al medio ambiente (Arts. 253 al 263 CP);
- d) La vinculación con el *Derecho Electoral*, que sirve de base para los atentados relativos al ejercicio del sufragio (Art. 295 CP), etc.

C. DERECHO PENAL Y DISCIPLINAS NO JURÍDICAS

La estructura del Derecho Penal se muestra tan compleja como la propia realidad que el mismo somete a su regulación, por ello procede ahora considerar el examen de las principales relaciones del Derecho Penal con disciplinas no jurídicas; entre ellas, estudiaremos las vinculaciones con: la Criminología, la Victimología, la Política Criminal, la Medicina Forense y la Criminalística.

1. Derecho Penal y Criminología

Por la importante relación existente entre la Criminología y el Derecho Penal, es necesario conocer, aunque sea someramente, qué es la Criminología, cuál es su naturaleza, sus funciones, su utilidad y sus alcances.

En principio podemos afirmar que el delito, a la vez que fenómeno jurídico, punto de vista desde el cual lo estudia el Derecho Penal, es un hecho biológico-social (o fenómeno social), esto es, un comportamiento humano producto de factores individuales y sociales, por lo que, aparte de entrar en el dominio de las Ciencias Jurídicas, entra también en el de las Ciencias causal-explicativas, agrupadas bajo el nombre de Criminología⁶⁵. Esto significa que, mientras el Derecho Penal con sus disciplinas afines representan el componente *normativo*⁶⁶, es decir que se ocupan de reglas jurídicas y su aplicación, la Criminología se encuentra como Ciencia de la realidad, o sea, resulta ser el componente *fáctico*, que para lograr su cometido se sirve de los métodos de las distintas ciencias de la naturaleza y sociales que la integran, situación que la caracteriza como un “*sector científico interdisciplinario*”.

En sus orígenes, la Criminología, partió de la descripción de las formas de aparición del delito y se orientó luego en especial a la investigación de sus causas (disposición y medio ambiente), que desembocó en las teorías

⁶⁵ La denominación proviene del título de la obra fundamental del jurista de la Escuela Positiva italiana Rafael Garófalo: Criminología.

⁶⁶ MEZGER, Edmund: “Derecho...”, Op. Cit., p. 43.

de los tipos de autor⁶⁷. Pero, actualmente se estudia el delito en su encuadre social.

Sobre la definición de lo que ha de entenderse por Criminología es aún, hoy en día, un problema a discutir. Varios autores se niegan a definirla, otros proveen definiciones puramente tautológicas o etimológicas⁶⁸. Para tener una idea de lo afirmado, y tomando en cuenta que no hay un acuerdo definitivo sobre este aspecto, señalaremos algunas conceptos propuestos por tratadistas contemporáneos.

La Criminología, según JESCHECK⁶⁹, tiene por objeto “la realidad del delito, la persona y el mundo circundante del delincuente, la víctima y la forma de control social”.

Bajo esta perspectiva, se desprende que, la Criminología se ocupa: a) de las formas de aparición del delito en la sociedad, de sus causas o factores criminógenos; b) de la personalidad del delincuente, de su desarrollo, de sus características físicas y psíquicas y de sus posibilidades de educación; c) de su significación tanto para la sociedad como para la víctima del delito; y, d) de la forma de incidencia de los medios de reacción jurídicopenales (control social).

KEISER⁷⁰, considera a la Criminología como “la ordenada totalidad del saber empírico sobre el delito, los delincuentes, la reacción social negativa y el control de esa conducta”.

De acuerdo con el esquema de KAISER⁷¹, dentro de la Criminología pueden distinguirse las siguientes corrientes:

⁶⁷ Por tanto, según el objeto concreto de la investigación se distingue entre *Antropología Criminal*, que se divide en *Biología Criminal* (investigación de la constitución y psiquiatría criminal) y *Psicología Criminal*, y *Sociología Criminal*. Así, JESCHECK, Hans-Heinrich: “Tratado...”, Op. Cit., p. 62.

⁶⁸ Sobre esto véase a RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis: “*Criminología*”, Editorial Porrúa, México, 1979, p. 4.

⁶⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich: “Tratado...”, Op. Cit., p. 57.

⁷⁰ KEISER, citado por ROXIN, Claus: “Derecho...”, Op. Cit., p.46.

- a) La concepción *clásica* de la criminología, que reduce su objeto de análisis únicamente al estudio del delito y el delincuente. Es, según el planteo tradicional, el conjunto de los estudios causalistas que intentan explicar el delito como fenómeno individual y social. Si se hace hincapié en factores endógenos o exógenos, a la Criminología se le llama *Antropología Criminal* (César Lombroso) o *sociología Criminal* (Enrico Ferri), respectivamente;
- b) Las corrientes *mayoritarias*, que aceptan una ampliación lógica del objeto y estudian, junto al delito y al delincuente, todo el *mecanismo de control social*, referido tanto a los procesos de *criminalización primaria*, es decir, los procesos de construcción legislativa de la definición de las conductas como delito como a los de *criminalización secundaria*, o de aplicación de las leyes a las personas que son condenadas; y,
- c) Las corrientes *críticas*, que ponen en primer lugar el estudio del mecanismo de control social ejercido por el Derecho Penal, lo que lleva a un primer plano la ideología política del criminólogo. Además, implica redefinir el objeto de esta disciplina por fuera de los límites del concepto legal de delito, para acudir a una noción que refleje la realidad del sistema legal basado en el poder y el privilegio; o sea, que según esta corriente la Criminología no está vinculada al concepto de hecho punible en sentido jurídico. Se dice, por ello, que la Criminología crítica debe encargarse de cuestionar no sólo las causas del delito sino también las de las normas que en sentido propio lo crean; y a través del estudio del proceso de control social formulan alternativas globales al modelo social.

Conjuntando las dos definiciones expuestas y asociando sus elementos podemos decir que la Criminología se ocupa de la personalidad del delincuente, de su desarrollo, de sus características físicas y psíquicas y de

⁷¹ Esquema citado por BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *et al*: "Lecciones...", Op. Cit., Pgs. 87 y 88.

sus posibilidades de educación, así como de las formas de aparición del delito, de sus causas, de su significación tanto para la sociedad como para la vida del individuo, de la víctima y, finalmente, de la forma de incidencia de los medios de reacción jurídicopenales, sin que, sin embargo, quede vinculada al concepto de hecho punible en sentido jurídico.

Haciendo una síntesis y destacando el complejo campo de estudio de esta Ciencia, GARCÍA-PABLOS define la Criminología como la *ciencia empírica e interdisciplinaria que se ocupa del crimen, del delincuente, de la víctima y del control social del comportamiento desviado*⁷².

En lo que respecta a la denominación expresa RODRÍGUEZ MANZANERA⁷³, que fue el antropólogo francés PABLO TOPINARD (1830–1911) el primero en utilizar el vocablo Criminología, sin embargo, —agrega— quien acuñó el término para que llegara a ser verdaderamente internacional y aceptado por todos fue el jurista italiano RAFAEL GARÓFALO (1851–1934), en su obra “*Criminología*”, quien junto con sus compatriotas CÉSAR LOMBROSO (que habla de “*Antropología Criminal*”) y ENRICO FERRI (que denomina la materia “*Sociología Criminal*”) pueden ser considerados los tres grandes que fundan la Criminología, llamándoseles por esto “Evangelistas” de esta Ciencia⁷⁴.

En cuanto a la función, utilidad y alcance de la Criminología es opinión ampliamente compartida que esta Ciencia suministra un valioso puente de información científica obtenida de la realidad a la Política Criminal sobre el delincuente, el delito, la víctima y el control social, que se precisan para la legislación con el objeto de que, con base en esos datos, se elaboren las más adecuadas proposiciones jurídicas “*ajustadas a la realidad*”; es decir, se trata de información que esta última —la Política Criminal— debe

⁷² GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio: “**Manual de Criminología**”, Espasa Calpe, Madrid, 1988, 136.

⁷³ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis: “Criminología...”, Op. Cit., p. 4.

⁷⁴ MAYORCA, Juan Manuel: “**Criminología**”, Tomo I, (Parte General), Tercera Edición, Italgráfica, Caracas, Venezuela, 1981, p. 102.

transformar en opciones, fórmulas y programas, plasmados, después, por el Derecho Penal en sus proposiciones normativas y obligatorias⁷⁵.

Esto significa que la Criminología, Política Criminal y Derecho Penal representan tres momentos inescindibles de la respuesta social al problema del crimen: (1) el momento *explicativo-empírico* (Criminología: *hecho*), (2) el *decisional* (Política Criminal: *valor*) y (3) el *instrumental* (Derecho Penal: *norma*). Saber empírico y saber normativo, ligados por el aporte valorativo, no pueden seguir sus caminos distanciados⁷⁶.

En resumen, la Criminología pretende ser una ciencia “empírica, esto es, una disciplina que estudia la problemática de la delincuencia, el sistema penal, la víctima y el delito no como aparecen regulados en las leyes sino como existen y funcionan en el “*mundo real*”⁷⁷.

2. Derecho Penal y Victimología

La Victimología, en general, puede definirse como “*el estudio científico de las víctimas*”. Así se definió en el I Simposio Internacional celebrado en Jerusalén (1973). Bajo esta amplia concepción puede observarse que la Victimología no se agota con el estudio exclusivamente del *sujeto pasivo* del delito, sino que atiende a otras personas que son afectadas indirectamente por el hecho punible, y a otros campos no delictivos como puede ser el de accidentes⁷⁸.

Desde el punto de vista jurídico penal *víctima es la parte lesionada que sufre perjuicio o daño por un hecho delictuoso*⁷⁹. O, también, puede considerarse víctima: “*toda persona, grupo, entidad o comunidad afectada*”

⁷⁵ GARCÍA-PLABLOS DE MOLINA, Antonio: “Manual...”, Op. Cit., p. 136.

⁷⁶ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *et al*: “Lecciones...”, Op. Cit., Pgs. 89 a 91.

⁷⁷ Así, LARRAURI PIJOAN, Elena: “**Fundamentos de Política Criminal**”, en Ciencias Penales, Monografías, CNJ, San Salvador, El Salvador, p. 5.

⁷⁸ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis: “Criminología...”, Op. Cit., p. 72.

⁷⁹ RAMÍREZ, Rodrigo: “**La Victimología**”, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1983.

por la comisión de un delito aunque no sea la específicamente tenida en cuenta por el criminal⁸⁰.

Al respecto la organización de las Naciones Unidas en su Declaración sobre Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y Abusos de Poder (1985), resolución 40/34, ha establecido que debe entenderse por "víctimas": *a las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder.*

En esa misma resolución indicó expresamente la ONU: podrá considerarse *víctima* a una persona independiente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima. Dispuso también que en la expresión *víctima* se incluye a los familiares o personas a su cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.

En consideración a las pautas de las Naciones Unidas responde nuestro Código Procesal Penal en los Arts. 12 y 13. El primero define a la víctima⁸¹ y el segundo establece sus derechos procesales⁸².

⁸⁰ Así, LÓPEZ-REY Y ARROJO, Manuel: "Compendio de Criminología y Política Criminal", Tecnos, Madrid, España, 1985, p. 180.

⁸¹ "Víctima. Art. 12.- Se considerará víctima: 1) Al directamente ofendido por el delito; 2) Al cónyuge, al compañero de vida o conviviente, al hijo o padre adoptivo, a los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad y al heredero testamentario, en los delitos cuyo resultado sea la muerte del ofendido; 3) A los socios, respecto de los delitos que afectan a una sociedad, cometidos por quienes la dirigen, administren o controlen, o sus gerentes, o por quienes dirijan o administren una sociedad controlada, controlante o vinculada; y, 4) A las asociaciones, en aquellos delitos que afecten intereses colectivos o difusos siempre que el objeto de la asociación se vincule directamente con esos intereses".

En su origen, la Victimología nació con pretensiones de ciencia independiente, al publicar el profesor BENJAMÍN MENDELSON sus trabajos sobre esta materia, desde 1937 a 1946⁸³. A él se le atribuye haber acuñado el propio término *Victimology* (contrapuesto al de *Criminology*)⁸⁴.

Indudablemente, la ciencia que más se ha enriquecido con la Victimología es la Criminología, varios autores la consideran como una rama importante de la Criminología⁸⁵. Otros —entre ellos JIMÉNEZ DE ASÚA— sostienen lo siguiente: “La victimiología no es un fragmento de la Criminología, sino una ciencia paralela a la Criminología. La Criminología se ocupa del criminal; la victimiología tendrá como sujeto al factor opuesto de la pareja penal: la víctima. Son dos ciencias autónomas que forman parte del mundo bio-psíquico-jurídico, sobre todo porque la víctima —lo mismo que el infractor— presenta predisposiciones biológicas, psicológicas y sociales, más o menos acentuadas, de que se aprovecha frecuentemente el infractor”⁸⁶.

La Victimología, en la actualidad, constituye un movimiento científico moderno⁸⁷ que focaliza su atención en la gran olvidada de las

⁸² **"Derechos de la Víctima.** Art. 13.- *La víctima tendrá derecho:* 1) A intervenir en el procedimiento penal, conforme lo establecido en este Código; 2) A ser informada de los resultados del procedimiento aun cuando no haya intervenido en él; 3) A ser escuchada antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal, siempre que ella lo solicite; 4) A participar en la vista pública, conforme a lo establecido por este Código; 5) A impugnar el sobreseimiento definitivo o la absolución, aun cuando no haya intervenido en el procedimiento; 6) A que no se revele su identidad, ni la de sus familiares, cuando la víctima fuere menor de edad; y, 7) Las demás establecidas en este Código”.

⁸³ Asi. LANDROVE DÍAZ, Gerardo: “**Victimología**”, Tirant lo blanch, Valencia, España, 1990, p. 28.

⁸⁴ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio: “Manual...”, Op. Cit., p. 81.

⁸⁵ La afirmación hecha puede constatarse de las definiciones de Criminología que informan esta obra. En ellas el lector observará que la víctima es uno más de los elementos a los que la Criminología dedica su estudio. Ver también a GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio: “Manual...”, Op. Cit., p. 76.

⁸⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: “**La Llamada Victimología**”, en Estudios de Derecho Penal y de Criminología, Tomo I, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, Argentina, 1961, p. 24.

⁸⁷ Sobre este punto dice Larrauri Pijoan: “A fines de la década de los sesenta la Criminología —entendida como el estudio de la persona del delincuente y de todos los factores que influyen en él— se había ampliado para dar cabida al estudio del *sistema penal*. Una nueva ampliación se

Ciencias Penales y Criminológicas: *la víctima*. En efecto, una vez cometido el delito, todas las miradas se dirigen hacia el delincuente. El castigo del hecho y la resocialización del autor polarizan en torno a su persona todos los esfuerzos del Estado. El proceso penal garantiza escrupulosamente la vigencia efectiva de los derechos del acusado reconocidos por las leyes⁸⁸. Por el contrario, la víctima del delito sólo inspira, en el mejor de los casos, compasión, a menudo desconfianza, recelo, sospecha. Sus derechos no son objeto de un reconocimiento legal tan solemne como los del acusado (Art. 17 CPP). La sociedad olvida sus padecimientos, los propios órganos e instancias de control penal, con su indiferencia burocrática, incrementan y perpetúan los efectos nocivos derivados del delito (victimización secundaria).

Por tal motivo, la victimología trata de llamar la atención sobre esos y otros extremos como: 1) la variada y compleja gama de daños que padece la víctima; 2) sobre el muy distinto origen y etiología de los mismos (*victimización primaria y secundaria*); 3) sobre la eventual necesidad de reinserción o resocialización de la víctima estigmatizada y marginada por la propia experiencia criminal; 4) sobre la carencia de programas de tratamiento para las víctimas, etc.

Por eso, pese a que en su origen, la Victimología se ocupó, fundamentalmente, como se ha anticipado, de estudiar únicamente las relaciones entre el delincuente y la víctima, muy pronto amplió sus objetivos, centrando su atención en diversas cuestiones, por ejemplo⁸⁹:

produce, si mi impresión es acertada, con la entrada de la *victima* en la década de los ochenta. A pesar de que la victimología pretende también establecerse como disciplina autónoma, no han faltado voces de criminólogos objetando que el estudio del delito necesariamente comporta el análisis de las relaciones que se establecen entre el delincuente y la víctima. En cualquier caso, al margen de las acostumbradas disputas teóricas acerca de los límites de cada asignatura, el ímpetu de la victimología ha conllevado que la Criminología afrontase de forma decidida el estudio de víctima en el Delito". LARRAURI PIJOAN, Elena: "Fundamentos...", Op. Cit., p. 4.

⁸⁸ Entre los que podemos mencionar: a) Juicio Previo, Arts. 1 CPP y 11 Cn; b) Principio de Legalidad del Proceso, Arts. 2 CPP y 15 Cn; c) Imparcialidad e Independencia de los Jueces, Arts. 3 CPP y 86 y 172 Cn; d) Presunción de Inocencia, Arts. 4 CPP y 12 Cn; e) Duda, Art. 5 CPP; f) Única Persecución, Arts. 7 CPP y 11 Cn; g) Inviolabilidad de la Defensa, Arts. 9 y 10 CPP y 12 Cn; h) Derechos del Imputado, Art. 87 CPP.

⁸⁹ Así, LANDROVE DÍAZ, Gerardo: "Victimología", Tirant lo blanch, Valencia, España, 1990, p. 21.

- 1) *El estudio del papel desempeñado por las víctima en el desencadenamiento del hecho criminal.* Por la recíproca interacción que en algunos hechos delictivos se presenta entre la “*pareja criminal*”: delincuente–víctima. Contribuyendo ese análisis a un nuevo enfoque de la víctima como sujeto activo, dinámico, capaz de influir en la configuración del hecho delictivo mismo, en su estructura y explicación⁹⁰;

- 2) *La problemática de la asistencia jurídica, moral y terapéutica a las víctimas.* Una de las primeras manifestaciones de la Victimología fueron la formulación y ensayo de programas, estrategias y mecanismos de asistencia, de reparación, compensación y tratamiento de las víctimas. Por ejemplo:
 - a) Programas de asistencia inmediata relacionados con las necesidades más imperiosas, de tipo material, físico o psicológico;
 - b) Programas de reparación o restitución a cargo del propio infractor; y,
 - c) Programas de compensación a la víctima;
 - d) Programas de asistencia a la víctima–testigo.

- 3) *La indagación de los temores profundamente sentidos en determinados grupos sociales a la victimización.* El miedo al delito, el temor a convertirse en víctima del mismo, constituye un problema político–criminal grave; pues, por sus implicaciones y consecuencias, trae consigo desconfianza en el sistema penal, conduce a la autoprotección y a los excesos defensivos al margen de la ley y las instituciones, desencadena una política criminal emocional, basada en el desmedido rigor, proyecta la agresividad y emociones colectivas, propicia reacciones hostiles y pasionales;

- 4) *El examen de la criminalidad real, a través de los informes facilitados por las víctimas de delitos no perseguidos.* Las encuestas

⁹⁰ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio: “Manual...”, Op. Cit., p. 80.

ponen de manifiesto que prácticamente sólo se persiguen los delitos denunciados. La víctima tiene en sus manos, por tanto, la llave para la puesta en marcha del sistema legal. La reticencia de la víctima a denunciar tiene importantes repercusiones en la efectividad del sistema. Ello es explicable por varios factores:

- a) El impacto psicológico que el propio delito causa a la víctima (temor, abatimiento, depresión, autoinculpación);
 - b) El asentimiento de impotencia o indefensión personal que experimenta la víctima (“nada se puede hacer ya”), hay víctimas que cree en la inutilidad y en la ineficacia del sistema legal;
 - c) Evitar posteriores perjuicios adicionales para el denunciante (victimización secundaria: burocracia, incomodidades, frustraciones, pérdida de tiempo, de dinero, perjuicios laborales, familiares, etc.).
- 5) *Subrayar la importancia de la víctima dentro de los mecanismos de reacción de la justicia punitiva y de determinación de las penas.* Los dos valores que han de gobernar la actitud y comportamientos del sistema penal para con la víctima son: *respeto* y *solidaridad* hacia a víctima. Por otra parte, la actitud y comportamientos de la víctima con relación al sistema penal son: la conciencia de la propia vulnerabilidad, del riesgo que se asume; esto es, autorresponsabilización y propósito decidido a cooperar activamente en el sistema legal.

Actualmente, en otros países, numerosas investigaciones empíricas suministran ya una valiosa información sobre la aptitud y propensiones de los sujetos para convertirse en víctimas del delito, por ejemplo⁹¹:

- a) Relaciones entre delincuente y víctima (interacción recíproca);

⁹¹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio: “Manual...”, Op. Cit., p. 76.

- b) Daños que padece la víctima del delito y mecanismos de reparación;
- c) Programas de prevención del delito dirigidos a ciertas víctimas;
- d) Influencias sociales en el proceso de victimización y supuestos específicos de víctimas;
- e) El comportamiento de la víctima—denunciante como agente de control social penal (lo que es decisivo para evaluar el funcionamiento efectivo de éste, la significación de la “*cifra negra*”, etc.);
- f) Intervención y terapia de determinadas víctimas;
- g) Victimización “*secundaria*”;
- h) Autoprotección, etc.

Los victimólogos han elaborado —cuando se trata de hechos delictivos— diversas clasificaciones de las víctimas en función de distintos factores que determinan sus papeles respectivos, pero siempre indagando sobre la interacción autor—víctima. Sin embargo, la tipología de las víctimas elaborada por BENJAMÍN MENDELSON⁹², ha servido de base a la inmensa mayoría de las aportaciones posteriores, la cual puede esquematizarse así:

- 1) La víctima enteramente *inocente* o víctima *ideal* es aquella que nada ha hecho para desencadenar la acción criminal que sufre. Trátase de un sujeto totalmente ajeno a la actividad del delincuente;
- 2) La víctima por *ignorancia* da un impulso no deliberado al delito; irreflexivamente provoca su propia victimización al facilitar la actuación del agresor;
- 3) Víctima *voluntaria*, tan culpable como el propio infractor, verbigracia, eutanasia, ayuda al suicidio, etc.
- 4) La víctima *provocadora* incita con su conducta al hecho criminal; su provocación es decisiva. Ejemplo: el propietario deja sin protección

⁹² Benjamín Mendelsohn, citado por LANDROVE DÍAZ, Gerardo: “Victimología...”, Op. Cit., p. 29.

alguna la cosa al alcance de quien luego la sustrae (víctima pasiva de causación indirecta); o la víctima del acto cometido por otro en estado de legítima defensa (víctima activa de causación directa); y,

- 5) Finalmente, la víctima *agresora* ofrece una doble fisonomía: de un lado, la *simuladora* (que acusa falsamente); de otro, la *imaginaria* (que inventa su propia condición de víctima, cuando no se ha producido la infracción).

Como hemos visto, la Victimología inicialmente aparece circunscrita a la pareja criminal *delincuente-víctima* o a las víctimas de determinados delitos, pero poco a poco se ha venido ampliando su objeto a otros campos: el procesal y el dogmático⁹³.

En el primero, las investigaciones se extienden al análisis de las experiencias y actitudes de la víctima sobre el procedimiento del sistema legal y sus agentes (de los primeros, actos procesales, tales como: denuncias, reconocimientos médicos, entrevistas, declaraciones, etc.; de los segundos, interacción con policías, jueces, fiscales, abogados, funcionarios de prisiones, etc.) a lo largo de los diversos estadios del sistema jurídico; esto es lo que ha venido denominándose "*Victimología Procesal*"⁹⁴. Vinculada esencialmente a los procesos de victimización secundaria.

En el segundo, la victimología tiene un sentido más restringido y se la ve como una teoría criminológica de la influencia de la conducta de la víctima en la delincuencia: *victimodogmática*⁹⁵. A este respecto el punto central lo constituye la cuestión de cómo repercute en el ámbito de la teoría del delito la corresponsabilidad de la víctima por lo sucedido, y especialmente si la misma puede dar lugar a su total exención de responsabilidad con base en el principio de "*autorresponsabilidad*" de la víctima o solamente a una atenuación de la pena. Como es sabido, el

⁹³ Fundamentalmente y desde no hace demasiado tiempo, se habla de *Viktimodogmatik* en la doctrina alemana. Así, LANDROVE DÍAZ, Gerardo: "Victimología", Op. Cit., p. 20.

⁹⁴ Así, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio: "Manual...", Op. Cit., p. 78.

⁹⁵ ROXIN, Claus: "Derecho...", Op. Cit., p. 562.

mecanismo tradicional para determinar si estamos ante un caso que requiere la imposición de una pena supone la indagación del propio hecho delictivo y de su autor; la victimodogmática aspira a completar este diagnóstico con la inclusión del papel desempeñado por la víctima, es decir, si la misma merece y necesita la protección jurídico-penal; en caso contrario, y en función del principio básico en la actualidad de la última *ratio*, debe excluirse la sanción penal. En otras palabras, a la *victimodogmática*, le preocupa la contribución de la víctima en el delito y la repercusión que ello debe tener en la pena del autor.

Algunos ejemplos de aspectos victimodogmáticos, matizando preceptos propios de nuestro Código Penal, pueden ser los siguientes:

- a) De la Parte General, en la teoría de la legítima defensa, la exclusión de las facultades defensivas que se efectúan en caso de provocación del agresor por el agredido se basan en la implicación de la víctima en lo sucedido, Art. 27 Inc. 1º N° 2 letra “c” CP; los supuestos para otorgar el caso del perdón judicial, Art. 82 CP; y,
- b) En la Parte Especial, el homicidio piadoso, Art. 130 N° 3 CP; en los delitos de lesiones el consentimiento atenuante y el consentimiento eximente, Art. 147 CP.

Por supuesto, esta perspectiva victimológica sólo es concebible en una teoría del delito abierta a las ciencias empíricas y sociales y no encerrada en sí misma como construcción lógico-abstracta.

3. Derecho Penal y Política Criminal

Existen sobre la *Política Criminal*, por una parte, discrepancias doctrinales no sólo en lo relativo a su concepto, sino ya en cuanto a su carácter de ciencia independiente⁹⁶. Sin embargo, hay un acuerdo general, el cual consiste en que en ella se valora desde el punto de vista político —en

⁹⁶ En cuanto al concepto y carácter de ciencia independiente de la Política Criminal. Cfr. LUZÓN PEÑ A, Diego-Manuel: “Curso...”, Op. Cit., Pgs. 91 a 101.

sentido amplio— los objetivos y los medios en la prevención del delito y, entre ellos, de modo especial se evalúa críticamente el Derecho Penal vigente con la finalidad de formular propuestas de *lege ferenda*. Esto se debe a que con base en los resultados de las ciencias criminológicas (ciencia del ser), la Política Criminal (ciencia del deber ser) efectúa el estudio crítico y prospectivo de las normas jurídico-penales y de las vías institucionales para su oportuna y eficaz aplicación preventiva y represiva, promoviendo las reformas legislativas adecuadas a las nuevas situaciones sociales⁹⁷.

Por otra parte, puede decirse que el primer problema que se presenta con el término “*política criminal*” es el de la multiplicidad de sentidos con que se le emplea, esto se presta a eventuales confusiones. Así, para comenzar, la Política Criminal puede ser entendida como actividad del Estado o como actividad científica⁹⁸.

- a) *Como actividad del Estado forma parte de la política general del mismo*⁹⁹. Comprende el desarrollo de actividades por parte del Estado para la consecución de los fines que él mismo se haya marcado con relación al fenómeno delictivo o a los comportamientos desviados, así como la determinación de estos mismos fines. Desde esta perspectiva la Política Criminal se ocupa de reducir la criminalidad al mínimo soportable como parte de la política general del gobierno¹⁰⁰.

⁹⁷ De la Política Criminal dice Pérez Pinzón que es la “ciencia encargada de la creación, reforma, modificación o supresión de las normas penales, sobre la base de la investigación criminológica y penológica”. PÉREZ PINZÓN, Alvaro: “Curso de Criminología”, Librería del Profesional, Bogotá, Colombia, 1978, p. 1.

⁹⁸ Así, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *et al*: “Lecciones...”, Op. Cit., p. 85. En igual sentido SERRANO-PIEDecasas FERNÁNDEZ, José Ramón: “Conocimiento...”, Op. Cit., p. 129.

⁹⁹ “La política criminal es un fenómeno que está articulado al campo más amplio de las políticas o de la política general (...) La imbricación de lo político con el manejo de las respuestas, estrategias y tácticas, sobre el espectro de las conductas definidas como criminales o de los comportamientos que atentan gravemente contra los valores fundamentales de convivencia de una sociedad, es algo que obedece a la estructuración política de esos conglomerados sociales”, TOCORA, Fernando: “Política Criminal Contemporánea”, Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1997, p. 10.

¹⁰⁰ Así, LÓPEZ-REY Y ARROJO, Manuel: “Compendio...”, Op. Cit., p. 148.

b) *Como actividad científica la Política Criminal forma parte de la Ciencia del Derecho Penal, y tiene como objeto lo siguiente:*

- 1) Estudiar la determinación de los fines que pretenden ser alcanzados mediante la utilización del Derecho Penal, así como de los principios a los que debe estar sometido el Derecho positivo.
- 2) Sistematizar, en función de los fines y principios preestablecidos, los medios de los que se dispone para el control del comportamiento desviado, entre ellos el Derecho Penal, así como las líneas generales de su utilización.
- 3) Examinar las distintas fases del sistema penal en función de los criterios marcados en los momentos anteriores. Respecto al Derecho positivo, se concretará en la posible interpretación del mismo en función de dichos principios, o en la crítica en el caso de que tal interpretación no sea posible con la formulación de propuestas alternativas de regulación.

La Política Criminal, señala JESCHECK¹⁰¹, se ocupa de cómo configurar el Derecho Penal de la forma más eficaz posible para que pueda cumplir su tarea de protección de la Sociedad. La Política Criminal se fija en las causas del delito, intenta comprobar la eficacia de las sanciones empleadas por el Derecho Penal, pondera los límites hasta dónde puede el legislador extender el Derecho Penal para coartar lo menos posible el ámbito de libertad de los ciudadanos, discute cómo pueden configurarse correctamente los elementos de los tipos penales para corresponder a la realidad del delito y comprueba si el Derecho Penal material se halla configurado de tal forma que pueda ser verificado y realizado en el proceso penal.

¹⁰¹ JESCHECK, Hans-Heinrich: "Tratado...", Op. Cit., Pgs. 29 y 30.

Siguiendo los últimos desarrollos de la Política Criminal, ROXIN dice: “La cuestión de cómo debe procederse con personas que han infringido las reglas básicas de la convivencia social dañando o poniendo en peligro a los individuos o a la sociedad, conforma el objeto principal de la política criminal. La política criminal está en un peculiar punto medio entre la ciencia y la estructura social, entre la teoría y la práctica. Por una parte se basa como ciencia en los conocimientos objetivos del delito en sus formas de manifestación empíricas y jurídicas; por otra parte quiere como una forma de la política establecer determinadas ideas o intereses, trata como teoría de desarrollar una estrategia definitiva de la lucha contra el delito”.

En conclusión, Política Criminal son las decisiones sobre cómo las instituciones del Estado responden al problema denominado criminalidad (delincuente, víctima, delito) y a la estructuración y funcionamiento del sistema penal (agentes de policía, Derecho Penal, sistema de justicia penal e instituciones de castigo)¹⁰². Tales decisiones no van dirigidas sólo al juez sino también a los restantes protagonistas de las distintas instancias de control social, como la Policía, la Fiscalía, los Defensores —públicos o particulares—, el personal penitenciario, los trabajadores sociales, etc.

4. Derecho Penal y Medicina Jurídica

La Medicina Jurídica, también denominada Medicina Legal o Forense¹⁰³, estudia los problemas jurídicos relacionados con la biología y con

¹⁰² Así, LARRAURI PIJOAN, Elena: “Fundamentos...”, Op. Cit., p. 13.

¹⁰³ Esta disciplina ha recibido diversos nombres, que explican someramente su contenido, entre los más conocidos están: a) *medicina jurídica*, pues el término “jurídica”, viene de “jurisprudencia” que en una acepción significa “Ciencia del Derecho”, por lo que el nombre “medicina jurídica”, es de uso frecuente ; b) *medicina forense*, debido a que en la antigüedad, según la Historia Romana, existió “el foro” que era “el lugar en donde se ventilaban los hechos delictivos y se impartía justicia”, y en algunas oportunidades se necesitó del conocimiento de la “ciencia médica”, por lo que se empezó a llamar “la medicina del foro” y a los médicos del foro “médicos forenses” y a la medicina allí practicada “medicina forense”; y, c) *medicina legal*, la palabra “legal” se deriva de la palabra “ley” y “legal” quiere decir “conforme a la ley”, de allí el uso del término. Así, ALVARADO MORÁN, Guillermo Armando: “**Medicina Jurídica**”, Editorial Centro Gráfico, Primera Edición, San Salvador, El Salvador, 1978, Pgs. 11 y 12.

las ciencias físico-químicas, por lo que, en realidad, es auxiliar de todo el Derecho.

Precisamente por ese motivo se la define como “El conjunto de conocimientos Médicos y Científicos en general, aplicados al Derecho para la correcta Administración de Justicia”¹⁰⁴.

La Medicina Forense constituye, pues, una disciplina de aplicación de conocimientos científicos, de índole fundamentalmente médica, para la resolución de problemas biológicos humanos que están en relación con el Derecho¹⁰⁵. Sirve, así, la Medicina Legal, a todo el Derecho; pero, su concurso es indispensable al Derecho Penal, particularmente, en razón de que un gran número de delitos contienen elementos o suscitan problemas de naturaleza biológica. Así, por ejemplo: *homicidios*, en los que es necesario el reconocimiento médico y la autopsia del cadáver¹⁰⁶ (Arts. 128 y Sgts. CP. y 169 CPP), pues son los médicos forenses quienes calculan el tiempo de muerte y determinan la causa que la produjo, e inclusive pueden determinar las posibles condiciones en que falleció la víctima; *abortos*¹⁰⁷, en donde se precisa el examen médico del producto de la concepción y de la mujer que ha abortado (Arts. 133 y Sgts. CP); *lesiones corporales*, que requieren también de reconocimientos para estimar la gravedad de las mismas y saber ante qué clase de estos delitos se está, o si la lesión constituye un delito o una falta (Arts. 142 Sgts., y 375 CP); *delitos sexuales* requieren reconocimientos

¹⁰⁴ ALVARADO MORÁN, Guillermo Armando: “Medicina...”, Op. Cit., p.11.

¹⁰⁵ PÉREZ FERNÁNDEZ, Ramón: “Elementos Básicos de Medicina Forense”, Tercera Edición, Zepol, México, 1977, p. 20.

¹⁰⁶ La palabra autopsia etimológicamente se descompone en dos raíces: *Autos* = uno mismo, y *Opsis* = “ver uno mismo todas las lesiones de los órganos y tejidos de un cadáver, para deducir la causa del fallecimiento y suponer las posibles condiciones en que murió, determinando también, si es necesario, la hora de la defunción”. Así, ALVARADO MORÁN, Guillermo Armando: “Medicina...”, Op. Cit., p. 85.

¹⁰⁷ Desde el punto de vista legal, el Art. 161 Inc. 2° del CP., derogado, decía: “Por aborto deberá entenderse la destrucción o aniquilamiento del producto de la concepción en cualquier estado de la preñez antes de iniciarse el nacimiento”. Desde el punto de vista médico, aborto es “la interrupción del embarazo antes de las 20 semanas de gestación, o antes de que el feto se viable o sea que alcance los 500 gramos de peso”. Así, ALVARADO MORÁN, Guillermo Armando: “Medicina...”, Op. Cit., p. 312.

médicos, en la mayoría de los casos (Arts. 158 y Sgts. CP); también resulta de suma utilidad para declarar extinta la pena que se haya impuesto al condenado, cuando peritos de la ciencia médica, acreditan que padece de una *enfermedad incurable en período terminal* (Art. 108 CP); asimismo, para establecer si el autor de un ilícito o injusto penal es inculpable, por concurrir en él alguno de los presupuestos de la inimputabilidad (Art. 27 N° 4 CP); etc.

Comprende, la Medicina forense, principalmente en el campo penal según lo expuesto, las áreas siguientes:

- 1) La *Tanatología Forense*, que estudia las causas que produjeron la muerte de una persona, además del aborto.
- 2) La *Traumatología Forense*, que estudia las diferentes clases de lesiones que existen;
- 3) La *Sexología Forense*, que estudia los aspectos médicos relacionados con los delitos de tipo sexual;
- 4) La *Toxicología Forense*, que se ocupa del estudio, por ejemplo, de las lesiones o muertes producidas por envenenamiento.
- 5) La *psiquiatría* (en general trata de las perturbaciones mentales que afectan a los delincuentes y su principal función consiste en proporcionar al juez elementos técnicos de juicio, por medio de peritajes, que le permitan juzgar sobre la imputabilidad o no del acusado) y *psicología forense* (aplicación de los conocimientos psicológicos a la Administración de Justicia).

De lo anterior se concluye que la Medicina Forense, en el ámbito penal, constata los efectos de las agresiones punibles sobre el cuerpo humano (investigación de las causas de la muerte, estudio médico de las lesiones y huellas del objeto que las ha producido, comprobación de delitos de aborto y contra la libertad sexual, toxicología forense, etc.) e interviene además en el

esclarecimiento de otras áreas, por ejemplo, la de los accidentes de tráfico, particularmente mediante la determinación del alcohol en la sangre¹⁰⁸.

En el marco de lo que concierne a la Medicina Jurídica se han venido desarrollando como vertientes de ella otras disciplinas afines, tales como la *Psiquiatría Forense* y la *Psicología Forense*¹⁰⁹, ambas cobran una vital importancia para establecer el estado de salud mental del imputado, por ejemplo: en casos de *inimputabilidad* por enajenación mental, grave perturbación de la conciencia y desarrollo psíquico retardado o incompleto, Art. 27 No. 4 CP, presupuestos que exoneran de pena y, por consiguiente, requieren para su constatación de la existencia de una pericia psiquiátrica o psicológica que determine el estado de inimputabilidad, (Art. 63 CP)¹¹⁰;

5. Derecho Penal y Criminalística

La naturaleza y el grado de complejidad de los hechos delictivos que se investigan, demandan el empleo de métodos científicos dirigidos al esclarecimiento de la verdad. El desarrollo y estudio de tales métodos ha contribuido a dar definición a una nueva e independiente disciplina, con fisonomía propia, con modernas técnicas y nuevos conceptos, cuyos procedimientos son desplegados sobre la parte tangible, física, real, demostrativa del crimen o delito, que permiten la obtención de toda una serie de irrefutables informaciones. Tal disciplina constituye la *Criminalística*, cuyo ejercicio —en la práctica jurídicoforense— permite corroborar o

¹⁰⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich: "Tratado...", Op. Cit., p. 64.

¹⁰⁹ Asi, GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio: "Manual...", Op. Cit., p. 116. ZAFFARONI, Eugenio Raúl: "Manual...", Op. Cit., p. 89.

¹¹⁰ "Las conexiones existentes entre el Derecho Penal y la Psiquiatría son, en rigor, estrechas, amplias y trascendentes. Todo un sector de la teoría del delito, representado por la imputabilidad, y en definitiva por la culpabilidad, exige un diagnóstico médico-psiquiátrico favorable en el sujeto para la fundamentación del juicio de reproche por el que el autor ha de responder a causa de una acción típicamente antijurídica a él atribuible". Asi, POLAINO NAVARRETE, Miguel: "Derecho...", Op. Cit., p. 232.

contradecir declaraciones, aclarar una duda, completar una prueba, o basar una acusación¹¹¹.

La Criminalística, según MORENO GONZÁLEZ¹¹², es la disciplina que aplica fundamentalmente los conocimientos, métodos, y técnicas de investigación de las ciencias naturales al examen del material sensible significativo, relacionado con el presunto hecho delictuoso, con el fin de determinar, en auxilio de los órganos encargados de administrar justicia, su existencia, o bien reconstruirlo, o bien señalar y precisar la intervención de uno o varios sujetos en el mismo.

Desde otro punto de vista, pero con énfasis en la utilidad práctica, la Criminalística es el conjunto de conocimientos y técnicas utilizados para la averiguación y esclarecimiento del delito, descubrimiento del delincuente y aportación de pruebas sobre el delito y el delincuente para el juicio penal¹¹³.

Lo dicho demuestra que la Criminalística es una disciplina auxiliar del Derecho Penal que al aplicar principios científicos a las investigaciones contribuye sustancialmente en la averiguación del delito y en la identificación de la persona del delincuente (Arts. 163 a 171 CPP).

La Criminalística ha recibido diversas denominaciones¹¹⁴: Policía Científica, Ciencia Policial, Policiología, Técnicas de Investigación Policial, etc.; pero el nombre de Criminalística que le dio su fundador, el juez y profesor austríaco HANS GROSS,¹¹⁵ es el que mejor conviene a su contenido.

¹¹¹ OLIVEROS SIFONTES, Dimas: **"Manual de Criminalística"**, Vol. I., Monte Ávila Editores, Caracas, Venezuela, S.M.D., p. 13.

¹¹² MORENO GONZÁLEZ, Rafael: **"Manual de Introducción a la Criminalística"**, Porrúa, México, 1977, p. 22.

¹¹³ Así, LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: "Curso...", Op. Cit., p. 11.

¹¹⁴ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis: "Criminología...", Op. Cit., p. 71. ZAFFARONI, Eugenio Raúl: "Manual...", Op. Cit., p. 89. GÓMEZ LÓPEZ, Luis Miguel: **"Técnicas en la Investigación del Delito"**, en Ciencias Penales, Monografías, CNJ, San Salvador, El Salvador, 2001, p. 302.

¹¹⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: "La Ley...", Op. Cit., p. 26.

La Criminalística, entonces aparece en principio conectada a una de las funciones básicas de la policía: la función policial represiva. Esto es así, porque la policía tiene dos funciones elementales: una es la protección de vidas y propiedades, y el mantenimiento de la paz (función policial preventiva, Art. 167 N° 17 Cn); la otra, la investigación del crimen (función policial represiva, Art. 239 CPP). En esta última, las investigaciones se efectúan por dos razones básicas.

Primera: la policía tiene, en principio, asignada la tarea amplia y compleja de la prevención de crímenes. Pero, 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 (Arts. 193 N° 3 Cn., 83 y 84 CPP), a fin de que ésta pueda llevar a quien lo cometió a un Tribunal, para que responda de su comportamiento.

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; o por otros, cuando los crímenes quedan impunes.

Las investigaciones policiales, en general, incluyen la tarea de *obtener* y *evaluar* la información. Las dos principales fuentes de información —*personas* y *objetos*— son tan diferentes, que el proceso de recolectar y evaluar datos de cada tipo, da lugar a la especialización en el servicio policiaco. Por una parte, se necesitan habilidad y conocimientos diferentes para *interrogar* y *entrevistar* personas (técnica empírica); y por otra, para *analizar* y *comparar* los objetos recolectados (técnica científica).

La investigación criminal, en general, es el proceso de encontrar respuestas a las preguntas: *qué, cuándo, dónde, quién, por qué, cómo.*

Con los hallazgos realizados a través de la técnicas de la Policía Científica se ha establecido firmemente en los Tribunales Penales del mundo entero que la información obtenida por medio de *objetos* tiene un valor probatorio relativamente mayor que la información obtenida por medio de *personas*. La evidencia física no puede mentir, no se afecta con las emociones

y, por tanto, no se puede poner en tela de juicio. El testimonio directo de víctimas o testigos puede estar sujeto a estos defectos. Por tanto, los tribunales tienden a dar mayor crédito a las pruebas científicas —a aquellos objetos— que hablan por sí mismo.

Son de especial interés en la Criminalística, entre otras, las siguientes materias: a) *la escena del delito* (fijación y protección del sitio del suceso¹¹⁶); b) *guías para coleccionar evidencias* (levantamiento, revelación y examen de las huellas e indicios); c) *técnicas de identificación* (de personas y objetos); d) *reconstrucción de escenas*, etc.

a) *La escena del crimen o del delito*: fuente de investigación. El lugar donde se ha cometido el delito es el punto de partida de toda investigación (Art. 164 CPP). Allí es donde se pueden descubrir los rastros físicos del criminal: arma, huellas dactilares, etc. Sin embargo, la escena del crimen, como recurso de investigación, no tiene valor permanente y se deteriora con rapidez. Debe quedar protegida contra cualquier alteración y destrucción que pueda ocurrir, antes y durante la búsqueda de evidencias (Art. 241 N° 2 CPP). Por consiguiente, preservación de la escena del crimen quiere decir: guardar el lugar de los hechos en las mismas condiciones físicas en que lo dejó el delincuente¹¹⁷. Esto debe ser prioridad hasta que la escena haya sido totalmente procesada para buscar evidencias (Art. 241 N° 3 CPP). La evidencia significa lo que demuestra, aclara o confirma la verdad de cada hecho o punto en litigio, ya sea a favor de una u otra parte¹¹⁸.

En Criminalística se clasifica la evidencia en directa, circunstancial y real¹¹⁹.

La *evidencia directa* tiende a mostrar la existencia de hechos determinados que un testigo conoce y que son de su conocimiento porque los

¹¹⁶ Sobre la fijación de la escena del delito véase a GÓMEZ LÓPEZ, Luis Miguel: "Técnicas...", Op. Cit., p. 339.

¹¹⁷ VANDERBOSCH, Charles G.: "Investigación de Delitos", versión española: Jorge Peña Reyes, Limusa-Wiley, México, 1971, p. 91.

¹¹⁸ VANDERBOSCH, Charles G.: "Investigación...", Op. Cit., p. 52.

¹¹⁹ VANDERBOSCH, Charles G.: "Investigación...", Op. Cit., p. 53.

percibió por medio de uno o varios de sus sentidos: lo que él vio, oyó, olió, palpó o probó. Por ejemplo, el testimonio, relacionado con un crimen cometido en su presencia, es evidencia directa. Un testigo que declara que vio y oyó al acusado amenazar a la víctima, también está incluido en esta misma categoría.

La evidencia circunstancial no prueba por sí misma directamente el hecho, pero establece que cierto hecho, o serie de hechos, tienden a probar ciertos elementos del caso o del asunto. También se la llama evidencia indirecta. La evidencia circunstancial se obtiene de inferencias y suposiciones, o de aquellas cosas que podrían indicar que una persona pudo haber cometido el acto, o estuvo en situación de haberlo cometido. Por ejemplo, el testimonio respecto al hecho de que vieron al acusado muy cerca del lugar del crimen, justamente antes del acto, indicaría que pudo haber cometido el delito en cuestión, aun cuando no establece directamente el hecho de que lo haya cometido.

La evidencia real o física la proporcionan los materiales, objetos y sustancias que guardan relación con el caso que se investiga, hablan por sí mismos y no requieren explicación sino únicamente identificación¹²⁰. Por ejemplo, la evidencia real puede consistir en huellas dactilares, una camisa ensangrentada, un arma, herramientas, manchas¹²¹ o cualquier objeto relacionado directamente con el crimen, el cual puede ser observado y, además, es tangible si se compara con la descripción verbal de estos objetos.

Las evidencias físicas pueden ser halladas tanto¹²²: 1) en el sitio del hecho (el lugar del hecho es el testigo mudo que no miente, una pieza maestra

¹²⁰ OLIVEROS SIFONTES, Dimas: "Manual...", Op. Cit., p. 14.

¹²¹ Se entiende por manchas aquellas sustancias, líquidas o secreciones, que provienen del cuerpo de la víctima o del agresor que se encuentran en la escena del delito, en las pruebas de convicción o en las ropas o en el cuerpo del agresor o de la víctima, por ejemplo: sangre, semen, materias fecales, líquido amniótico, sudor, lágrimas, saliva, orina, leche o calostro, contenido gástrico (vómitos), secreciones nasales, cerumen, pus, etc. ALVARADO MORÁN, Guillermo: "Medina...", Op. Cit., p. 58.

¹²² OLIVEROS SIFONTES, Dimas: "Manual...", Op. Cit., p. 15. GÓMEZ LÓPEZ, Luis Miguel: "Técnicas...", Op. Cit., p. 307.

dentro del complejo mecanismo investigativo); 2) en el cuerpo de la víctima; 3) en posesión del presunto autor; 4) en las áreas relacionadas al delito, las cuales pueden ser: contiguas o inmediatas, y a distancia.

Por tanto, un registro cuidadoso en la escena de un delito, que esté bien protegida, puede revelar evidencias de identificación inmediata. Y así proporcionar la información necesaria para orientar correctamente los esfuerzos en la investigación.

b) *Guías para coleccionar evidencia.* La admisibilidad de una evidencia, presentada como prueba en un proceso, dependerá en parte de la forma en que fue coleccionada y de los cuidados que se tomaron posteriormente para asegurar su integridad. El testimonio que se acompañe debe mostrar también que el espécimen en cuestión fue encontrado, ya sea en la escena del delito, en posesión o bajo el control del imputado, o está relacionado en alguna forma con el delito. El testimonio debe demostrar también, a satisfacción del Juez o Tribunal, que la evidencia no fue alterada y que se puede identificar positivamente entre otros objetos que puedan tener apariencia similar.

Los manuales de Criminalística determinan, en general, los siguientes pasos¹²³:

- 1) *Proteger* la escena del delito. Con ello se previene la destrucción o alteración de la evidencia;
- 2) *Colectar* la evidencia. Localizado algún objeto pertinente, no debe moverse sino hasta fotografiarlo, medirlo, anotar su posición en el croquis de la escena;
- 3) *Marcar* la evidencia para identificación futura. Toda evidencia se debe marcar y etiquetar, a fin de asegurar su identificación posteriormente;

¹²³ VANDERBOSCH, Charles G.: "Investigación...", Op. Cit., p. 53.

- 4) *Mantener* la continuidad o cadena de posesión de los objetos. La colección, marca y empaque de la evidencia, se pueden anular si no se da razón de las personas que la han manejado, examinado o almacenado. A todo este proceso que se relaciona con la evidencia se le llama “*cadena de custodia*”.

Estos pasos aparentan ser demasiado simples, pero desafortunadamente, en el cumplimiento de los mismos pueden cometerse serios e irreparables errores u omisiones que conducen a la contaminación, al deterioro, a la destrucción o al daño, cuando no, a la pérdida de los materiales, o a la colección de muestras insuficientes o inadecuadas.

c) *Técnicas de identificación* (identificación de personas y objetos, Arts. 211 y 216 CPP). Las técnicas de identificación policial pueden estar referidas a personas y a objetos¹²⁴.

Entre las primeras están:

- 1) El *reconocimiento* —en rueda de personas o de fotografías— mediante la prueba testimonial (se basa en el testimonio de una o varias personas que afirman conocer o poder reconocer a una persona determinada, a quien se trata de identificar);
- 2) La *fotografía* (constituye la impresión gráfica de la imagen de una persona);
- 3) El *retrato hablado*¹²⁵ (consiste en la descripción ordenada, detallada y completa que se hace de una persona, tomando en cuenta el sexo, peso, talla, color de la piel, forma de la cara, clase de frente, tipo de nariz, color de ojos, etc.);

¹²⁴ “Etimológicamente, la palabra “identificación” procede de las voces latinas *identitas–atis* (identidad) y del verbo *facio–facis–facere–feci–factum* (hacer), estos es, hacer patente la identidad de alguien o de algo. Identificar es, por tanto, “reconocer si una misma persona o cosa es igual a la que se supone o busca” GÓMEZ LÓPEZ, Luis Miguel: “Técnicas...”, Op. Cit., p. 344.

¹²⁵ Ver a GÓMEZ LÓPEZ, Luis Miguel: “Técnicas...”, Op. Cit., p. 346

- 4) La *dactiloscopia* (estudio que se hace de las impresiones digitales, ya que son diferentes entre los humanos. Huellas dactilares son las impresiones que se dejan en una superficie, que tiene el mismo dibujo que la piel de los dedos que las hicieron. La huellas digitales se usan para identificar a una persona sin la menor duda. Sus características no solamente son únicas en el individuo, sino que el modelo permanece sin cambios desde el nacimiento hasta después de la muerte);
- 5) La *papiloscopia* (impresiones papilares de pies y manos)¹²⁶, etc;

Entre las segundas se pueden mencionar:

- 1) La *balística* (disciplina que estudia el movimiento de los proyectiles impulsados mediante un arma de fuego, comprende todo tipo de armas de fuego, proyectiles, conchas, cartuchos, balas, diseños dejados por la pólvora, tacos y perdigones, artefactos explosivos, etc.);
- 2) La *grafotécnica* o *grafología* (estudia los documentos de dudosa procedencia en cualquiera de las siguientes partes: tinta, firma, soporte, escritura, etc.);
- 3) *Machas* de sangre (en homicidios), seminales (en delitos sexuales), obstétricas (en delitos de aborto), etc.

d) *reconstrucción de escenas*. Para esta actividad es importante la planimetría criminalística que se encarga de la elaboración de planos o

¹²⁶ "Los relieves epidérmicos que se aprecian en las palmas de las manos, en las plantas de los pies y en las yemas de los dedos se denominan "crestas papilares". Estas crestas papilares se encuentran dispuestas formando dibujos muy variados y, en función de la zona corporal que las origine reciben el nombre de: DACTILOGRAMAS (producidos por las yemas de los dedos de las manos), QUIROGRAMAS (producidos por las palmas de las manos) y PELMATOGRAMAS (producidos por las plantas de los pies). La LOFOSCOPIA tiene por objeto el estudio de los dibujos formados por las crestas papilares, con fines de identificación personal". Así, GÓMEZ LÓPEZ, Luis Miguel: "Técnicas...", Op. Cit., p. 316.

croquis del sitio del suceso. En la reconstrucción del hecho (Art. 170 CPP) pueden ser ordenadas todas las operaciones técnicas convenientes para mayor eficacia de la reconstrucción (Art. 171 CPP). En esta tarea pueden colaborar distintas personas, por ejemplo: fotógrafos, dibujantes, camarógrafos, etc., generalmente se trata de personal que pertenece a la Policía Técnica.

MATERIALES PARA EL TRABAJO PRÁCTICO

1. Lecturas Seleccionadas

- A) **ENCICLOPEDIA DE LAS CIENCIAS PENALES.** *“El delito, el delincuente y la pena son objeto de estudio de varias ciencias. Se habla, por ello, de una enciclopedia de las ciencias penales. No existe acuerdo en la doctrina acerca del número de estas ciencias penales, pues se discute el carácter autónomo de alguna de ellas. Cabe operar, sin duda, una reducción del número de las ciencias penales, como preconizaba Antón Oneca. Así, no cabe duda de que la Filosofía del Derecho Penal puede considerarse como una parte de la Filosofía del Derecho, la Historia del Derecho Penal, de la Historia del Derecho y la Legislación Penal comparada, del Derecho comparado. La Antropología criminal, la Psicología criminal y la Sociología criminal son en realidad partes integrantes de la Antropología, la Psicología y la Sociología generales, que han dado lugar, sin embargo, al nacimiento de una ciencia empírica, nueva, de carácter multidisciplinario, que recibe el nombre de Criminología. La penología carece de autonomía, pues el estudio empírico de las consecuencias del delito (penas y medidas de seguridad), es decir, de su configuración práctica y de su eficacia o ineficacia para el cumplimiento de sus fines, es una parte integrante de la Criminología y el estudio de su regulación jurídica forma parte de la dogmática del Derecho Penal. La Enciclopedia de las Ciencias Penales se reduce, pues, ya en un primer análisis a la dogmática del Derecho Penal, el Derecho Procesal Penal, la Criminología, la Política Criminal y la Criminalística. Esta última, en sentido amplio, engloba a la Medicina legal y la Psiquiatría forense”.* Así, CEREZO MIR, José: **“Derecho Penal”**, (Parte General), Volumen I, Tecnos, Madrid, España, 1993. p. 58.
- B) **DERECHO PENAL CRIMINAL Y DERECHO PENAL ADMINISTRATIVO.** *“Las relaciones ente el Derecho administrativo y el penal son extraordinariamente problemáticas, pues, de una parte, el Derecho penal, al igual que sucede respecto de otras disciplinas,*

protege determinados valores que afectan inmediatamente a la Administración Pública; pero, a la vez, la Administración ejerce una potestad sancionadora por medio de la cual tutela sus propios intereses o los intereses de la comunidad. Esta potestad sancionadora de la Administración plantea dos problemas que, aunque distintos, se hallan estrechamente ligados: a) el de determinar si se trata de una potestad propia, ejercida por la Administración de un modo autónomo, o, por el contrario, no es más que un poder delegado, ejercido con carácter provisional y, en consecuencia, revisable inmediatamente ante los Tribunales; y b) el de precisar si el ilícito administrativo y el penal son cualitativamente distintos o tienen idéntica naturaleza, diferenciándose sólo desde un punto de vista cuantitativo (esto es, por la mayor gravedad de los ilícitos penales. a) Naturaleza de la potestad sancionadora de la Administración. En cuanto al primer problema, se ha defendido la pertinencia de conferir a la Administración un poder sancionador autónomo, sobre la base de que la realización de los fines que le están atribuidos precisa de un "medio de doblegamiento" independiente de la pena criminal (...)[La Constitución salvadoreña de 1983, en su artículo 14 atribuye, con carácter exclusivo, al Órgano Judicial la facultad de imponer penas; y, además, otorga a la administración la potestad sancionadora, mediante resolución o sentencia y previo el debido proceso, de sancionar con arresto hasta por cinco días o con multa, las contravenciones a las leyes, reglamentos u ordenanzas]. En cuanto al segundo problema, cuya trascendencia práctica es incalculable (piénsese v.g. que admitir o negar la distinta naturaleza del ilícito implica admitir o negar, a su vez, la posibilidad de una doble sanción —administrativa y penal— por el mismo hecho), la polémica doctrinal es muy viva, dividiéndose las opiniones hasta el infinito. No obstante, a efectos didácticos, pueden clasificarse las distintas posiciones doctrinales en tres grupos: a') Teorías de la diferenciación cualitativa (...) cifran la distinción en la antijuridicidad o en la culpabilidad (...) el ilícito penal lesiona auténticos bienes jurídicos, mientras que la infracción administrativa constituye tan sólo un ataque a intereses de la Administración, situando así la diferencia en la antijuridicidad (...). Numerosos autores (...)

efectúan la distinción, no ya en el ámbito del injusto, sino en el de la culpabilidad. El principio de culpabilidad desplegaría así sus efectos en el seno de las infracciones criminales, no (o, en todo caso, menos plenamente) en el de las administrativas. Ninguna de estas tesis puede mantenerse. b') Teorías eclécticas (...), si bien niega que, por regla general, quepa establecerse una diferencia cualitativa entre el ilícito administrativo y el penal, sin embargo la admiten para ciertos ilícitos o sanciones particulares. c') Teorías de la diferenciación cuantitativa. Preciso es, pues, concluir que la diferencia ente ilícito administrativo e ilícito penal es puramente cuantitativa. Sólo cabrá, en consecuencia, efectuar la distinción entre las infracciones de uno y otro orden y sus respectivas sanciones atendiendo a su gravedad. Este criterio se ajusta a lo establecido en [el Art. 14 de] la Constitución". COBO DEL ROSAL; M., y VIVES ANTÓN, T. S.: "Derecho Penal", (Parte General), Tirant lo blanch, Valencia, España, 1990, Pgs. 43 a 46.

2. Cuestionario

- A) ¿Qué aspectos esenciales comprende la relación que existe entre el Derecho Penal y el Derecho Constitucional?
- B) ¿ En síntesis, cuáles son las razones por las que emana la relación entre Derecho Penal y Derecho Procesal Penal?
- C) ¿Qué características puede precisar para un adecuado deslinde entre el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal?
- D) Sintetice los tres aspectos principales que vinculan al Derecho Administrativo con el Derecho Penal.
- E) Indique dos diferencias esenciales entre el Derecho Civil y el Derecho Penal?
- F) ¿Mencione y explique cómo puede ser considerado, en el ámbito del Derecho Penal, el vínculo de parentesco entre víctima y victimario?
- G) ¿Cuáles son, a su juicio, las principales disciplinas no jurídicas con las que se relaciona el Derecho Penal?
- H) ¿Cuál es el objeto de la Criminología según Jescheck?
- I) ¿Explique brevemente cada una de las distintas corrientes criminológicas según el esquema de Kaiser?

- J) ¿En cuanto a la función, utilidad y alcance, qué relación existe entre la Criminología y la Política Criminal?
- K) Explique por qué se afirma que la Criminología, la Política Criminal y el Derecho Penal representan tres momentos inescindibles como respuesta al fenómeno criminal.
- L) ¿Cómo puede ser entendida la Política Criminal?
- M) ¿Cuáles son y en qué consisten las principales áreas que comprende la Medicina Forense?
- N) Describa cuáles materias son de especial interés de la Criminalística?

3. Actividades Prácticas

- A) Elabore un esquema que comprenda las relaciones del Derecho Penal con las principales ramas de las Ciencias Jurídicas y las relaciones con disciplinas o Ciencias no jurídicas.
- B) Obtenga, analice y estudie una sentencia penal en la que se encuentre relacionada como prueba: a) un peritaje médico forense; y, b) una experticia policial.

4. Temas para Discusión

- A) Es la Victimología una disciplina autónoma o una rama independiente de la Criminología.
- B) Cuál es la diferencia entre principios fundamentales y normas generales que se hace en el Código Penal (Art. 6). Determine en qué supuestos se aplican siempre las normas generales y en que otros son inaplicables.
- C) Establezca si la agravante de alevosía (Art. 30 N° 1 CP) es aplicable o no a la generalidad de los delitos.

- D) Analice los tres elementos comunes de todo control social, desde la perspectiva del Derecho Penal, y argumente si es o no posible considerar que alguno de ellos es predominante.

PUNTO 2
EVOLUCIÓN HISTÓRICA
DEL DERECHO PENAL

- I. ETAPAS
- II. ESCUELAS PENALES
- III. HISTORIA DEL DERECHO PENAL
SALVADOREÑO

I

ETAPAS PRINCIPALES

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. A. ETAPA PRE-CIENTÍFICA. 1. Periodo de la Venganza Privada. a. Tipos de Venganza. b. Principales Prácticas Penales. c. Prácticas Penales y Derecho Penal Vigente. 2. Periodo Teológico-Político. a. Periodo Teológico o de la Venganza Divina. b. Periodo Político o de la Venganza Pública. c. Características del Periodo de la Venganza Pública. 3. Periodo Humanitario. a. Influencia en la Transformación Humanitaria. b. La Obra del Marqués de Beccaria. c. El Humanismo y la Reforma Carcelaria. B. ETAPA CIENTÍFICA. MATERIALES PARA EL TRABAJO PRÁCTICO.

INTRODUCCIÓN

Se ha dicho que el Derecho Penal es tan antiguo como la humanidad misma, ya que son los hombres los únicos protagonistas de esta disciplina, de tal manera que las ideas penales han evolucionado a la par de la sociedad¹. Consecuentemente, el Derecho Penal es un fenómeno social, una regulación de la colectividad.²

Por ello, en el proceso de la evolución que ha caracterizado la configuración científica del Derecho Penal, resulta necesario aludir aquí a los principales hitos históricos que son apreciables en el indicado desenvolvimiento; no obstante, la presente referencia pretende ser breve, y en ningún caso exhaustiva.

¹ "De todas las partes especiales que constituyen el derecho positivo de los pueblos, es acaso la de orden penal la que en más temprana hora se desarrolla... Mero reflejo del más temprano desarrollo penal es la desmedida extensión que por lo general ocupa él en los más antiguas legislaciones". Así, LETELIER, Valentín: "Génesis del Derecho", Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, Chile, 1967, p. 292.

² MEZGER, Edmund: "Derecho...", Op. Cit, p. 31.

En su evolución histórica, desde los tiempos primitivos hasta nuestros días, el Derecho Penal ha pasado por cuatro períodos, que no coinciden con los de la Historia Universal, estos son³: a) *período de la venganza privada*; b) *período teológico-político o de la venganza divina y pública*; c) *período humanitario*; y, d) *período científico o contemporáneo*. Estos períodos no se han sucedido regularmente unos a otros, y cada uno de ellos se caracteriza, más por el predominio que por la influencia exclusiva de ciertos principios, concepciones o ideas.

Pero, tomando como punto de referencia la desvinculación o la vinculación del Derecho Penal con la Ciencia y, sobre todo, con un propósito estrictamente didáctico, vamos a dividir esos períodos en dos grandes etapas, así: a) la *etapa pre-científica*; y, b) la *etapa científica*. Conforme a ello, nos proponemos describir el desarrollo histórico de la Ciencia del Derecho Penal⁴.

A. ETAPA PRE-CIENTÍFICA

Bajo esta denominación estudiaremos los períodos siguientes: a) el período de la venganza privada; b) el período teológico-político de la venganza divina y pública; y, c) período humanitario.

1. Período de la Venganza Privada

Se afirma por la doctrina⁵ que en los primeros grupos humanos, cuando el poder público (poder estatal) no poseía aún el vigor necesario para imponerse a los particulares, la función penal revestía el aspecto de una *venganza privada*⁶; marcando el punto inicial de la retribución penal⁷, pese a

³ Así, LABATUT GLENA, Gustavo: "Derecho...", Op. Cit., p. 39.

⁴ Para un conocimiento más profundo sobre la evolución del Derecho Penal, véase: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: "Derecho...", Op. Cit., Pgs. 181 a 238. BUSTOS RAMÍREZ, Juan: "Introducción...", Op. Cit., Pgs. 101 a 226. ZAFFARONI, Eugenio, Raúl: "Manual...", Op. Cit., Pgs. 151 a 233.

⁵ Por ejemplo, DE LEÓN VELASCO, Héctor Anibal y DE MATA VELA, José Francisco: "Curso...", Op. Cit., p. 16.

⁶ MEZGER, Edmund: "Derecho...", Op. Cit., p. 31.

no tratarse de un sistema penal en sí, sino más bien de una práctica individual, familiar o comunitaria.

En efecto, la doctrina es uniforme al considerar que la *venganza privada* representa la génesis de la represión⁸. Afirmándose, según las reseñas de este período, que en toda agrupación humana primitiva el ofendido por el delito, o sus parientes, eran los que reaccionaban contra el ofensor.

a. Tipos de Venganza

La venganza privada es, desde este punto de vista, la primigenia forma de administrar justicia punitiva que se conoce; y en atención al sujeto que tomaba la iniciativa de la reacción se habla de *venganza privada* (personal) y *venganza de la sangre* (familiar). Como en dicha época, según anticipamos, no se encontraba organizada jurídicamente la sociedad, como la conocemos hoy en día, es decir, no se encontraba organizado el Estado, los individuos o sus familiares víctimas de un delito se sentían ofendidos en sus derechos y acudían mediante el mecanismo de la venganza a hacerse "justicia" por sus propias manos. Se trata, pues, este tipo de venganza de una concepción *iusprivativista* del Derecho Penal⁹.

Entonces, según la *arqueología* del Derecho Penal, cuando la reacción proviene personalmente de la víctima, se habla de *venganza privada*; cuando procede de los parientes, de *venganza de la sangre*¹⁰. Tales reacciones, que eran naturalmente instintivas, constituían no sólo un derecho sino también un deber impuesto por la solidaridad familiar. La venganza privada, como génesis de la reacción penal, originó sangrientas confrontaciones entre diversas familias.

El paso del tiempo dio nacimiento a la *venganza colectiva*, reacción que pone ya no al individuo a título personal ni a la familia consanguínea,

⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich: "Tratado...", Op. Cit., p. 89.

⁸ LETELIER, Valentin: "Génesis...", Op. Cit., p. 312. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: "Derecho...", Op. Cit., p. 148.

⁹ Así, JESCHECK, Hans-Heinrich: "Derecho...", Op. Cit., p. 128.

¹⁰ WELZEL, Hans: "Derecho...", Op. Cit., p. 22. MEZGER, Edmund: "Derecho...", Op. Cit. p. 32.

sino a la tribu a que pertenece el perjudicado, contra la tribu de la que forma parte el infractor.

La consecuencia que originaba para el infractor, cualquiera de estas clases de venganza —*privada, familiar y colectiva*—, tenía un carácter aniquilador y no estaban enmarcadas en ninguna medida o proporción con la actividad delictiva cometida, a ella seguía un estado de enemistad más o menos permanente entre las tribus en conflicto, llamado *faida*¹¹.

b. Principales Prácticas Penales

La necesidad de contener los desbordes de los tipos de venganza que, como hemos dicho, no reconocía límites punitivos, hizo aparecer gradualmente una mayor intervención de la autoridad de los grupos comunitarios frente a los hechos que perturbaban su paz¹², y así sucesivamente se van produciendo las primeras limitaciones referidas a la mortífera consecuencia represiva por la comisión de un delito, entre las prácticas que emergen están¹³: a) *el talión*, b) *el abandono noxal*; y, c) *la composición*.

La ley del talión o *jus talionis*, cuya fórmula más difundida se identifica con la frase "*ojo por ojo, diente por diente, sangre por sangre*", pese a ser reconocida como un signo de barbarie, significó, no obstante, un progreso¹⁴, porque impuso una cortapisa al instinto vengativo del hombre y temperó sus excesos. Con el *talión*, que da al sentimiento de venganza una medida y un fin, se abre el período de la *pena tasada*¹⁵. En consecuencia, con esa primera regla, no se podía infligir al hechor un mal más grave que el

¹¹ NOVOA MONREAL, Eduardo: "Curso...", Op. Cit., p. 63.

¹² Por tal motivo se ha escrito: "Desde muy antiguos tiempos el Derecho penal lucha por hacerse "público", es decir, objetivo, imparcial (...) La lucha entre la "venganza de sangre" o la "expulsión de la comunidad de la paz", reacciones de las tribus contra el delincuente, sin medida ni objeto, y el "poder del Estado" para convertir en *públicos* los castigos, es un combate por la imparcialidad (...) de nuestra rama jurídica". Así, JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: "La Ley...", Op. Cit., p. 13.

¹³ LABATUT GLENA, Gustavo: "Derecho...", Op. Cit., p. 40.

¹⁴ LETELIER, Valentin: "Génesis...", Op. Cit., p. 317.

¹⁵ Así, JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: "La Ley...", Op. Cit., p. 31.

causado por él a la víctima. El talión impone, por tanto una proporción de igualdad entre el daño causado por el delincuente y el mal con que se permite reaccionar.

El abandono noxal —de *noxa* o *noxia*, que origina la voz castellana *nocivo*¹⁶—. El deseo de cada una de las tribus a que pertenece el transgresor de no quedar sujeta a la venganza colectiva del grupo del ofendido, las determinó a expeler de su seno a aquél, dejándolo librado a él solo a la violenta reacción punitiva, entregándolo al grupo ofendido (*abandono por el daño*)¹⁷. Pero, también la expulsión fue usada para castigar al miembro de la propia tribu que había incurrido en una transgresión que afectaba a otro miembro de ella, denominándose *expulsión de la paz*. Ambas formas de reacción constituyen una nueva limitación a la represión punitiva. No obstante, en aquellos tiempos estas prácticas penales constituyeron una sanción gravísima, porque el individuo aislado quedaba privado de la protección que le brindaba su tribu y expuesto a toda clase de amenazas.

La composición —de *componere*, que significa *arreglar, conciliar*—, aparece más tarde como tercera práctica penal, y es el medio por el cual se acuerda la paz entre los protagonistas del conflicto. En la práctica la composición era un arreglo en que el ofensor de un delito era obligado a pagar al ofendido una indemnización, y éste obligado a recibirla y a renunciar a la venganza¹⁸. Trátase —como dice WELZEL¹⁹— de *convenios expiatorios*

¹⁶ "Cuál fuese el concepto que los primitivos romanos tuvieron del delito, nos lo dice el nombre que le daban: *noxa* o *noxia*, de donde viene la voz castellana *nocivo*. En lugar de nuestra expresión: "*reprimir el delito*", ellos usaban: *noxam sarciere*, que no significa sino: *resarcir el daño*". Así, LETELIER, Valentín: "Génesis...", Op. Cit., p. 303.

¹⁷ LABATUT GLENA, Gustavo: "Derecho...", Op. Cit., p. 40.

¹⁸ "El sistema penal de las composiciones es dos veces interesante para los investigadores, porque de un lado les ayuda a determinar el concepto primitivo del delito, y de otro, se ofrece al estudio como raíz y origen del sistema penal de las multas". Así, LETELIER, Valentín: "Génesis...", Op. Cit., p. 306.

¹⁹ WELZEL, Hans: "Derecho...", Op. Cit., p. 22. JESCHECK, Hans-Heinrich: "Derecho...", Op. Cit., p. 128.

(entrega de objetos), que pretendían poco a poco sustituir la venganza colectiva o ataques entre tribus²⁰.

Por otra parte, la costumbre, la religión, la magia y la moral eran las fuentes de que emanaban los delitos.

Entre los hechos más comúnmente sancionados por los pueblos primitivos figuraban: a) en el *ámbito personal*: el homicidio, reprimido porque tendía a debilitar al grupo; b) en el *campo ideológico*: la brujería y el sacrilegio, porque ofendían a las divinidades, a las cuales es preciso mantener gratas; c) en el *área familiar*: el adulterio, porque destruía la presunción de paternidad, base de la consanguinidad, que es el lazo más fuerte que une a los hombres primitivos; d) en el *ámbito ecológico*: la violación de las reglas de la cacería, con el fin de evitar innecesariamente la destrucción de las especies útiles; etc.

Algunos autores²¹ sostienen que el sistema de la venganza privada no ha funcionado en el interior de cada grupo social, sino en las relaciones de los grupos entre sí; y que el Derecho Penal, en el seno de los conglomerados sociales, no aparece sino cuanto éstos se cohesionan y se someten a la autoridad de un jefe, que reúne en su persona todos los poderes.

La venganza privada desapareció, en la antigüedad, cuando en algunos lugares se organiza un *poder público* que toma a su cargo la represión del delito, especialmente en Grecia y Roma; pero reaparece en la Edad Media como consecuencia de las invasiones de los bárbaros, y, sobre todo, como resultado de la disgregación del poder público durante la época feudal, y se mantuvo no obstante los esfuerzos desplegados por la Iglesia Católica para extirparla²².

²⁰ MEZGER, Edmund: "Derecho...", Op. Cit., p. 32.

²¹ Por ejemplo: LABATUT GLENA, Gustavo: "Derecho...", Op. Cit., p. 40.

²² Así, JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: "La ley...", Op. Cit., p. 32. LABATUT GLENA, Gustavo: "Derecho...", Op. Cit., p. 41.

« c. Prácticas Penales y Derecho Penal Vigente

En la actualidad es posible encontrar varias disposiciones en el Código Penal que, aún cuando no son idénticas en su contenido, advierten el fenómeno de supervivencia de esas primeras prácticas penales. Así, por ejemplo, podemos considerar emparentadas con la *composición* la *conciliación* permitida únicamente en algunos hechos punibles (sobre el catálogo de delitos que admiten conciliación ver el Art. 32 CPP) y las siguientes *excusas absolutorias*: a) pagar los alimentos debidos (Art. 206 N° 1, en concordancia con el Art. 201); b) pagar los impuestos evadidos y sus accesorios (Arts. 249 y 250, relacionados con el Art. 256); c) la reparación del daño ocasionado en los delitos relativos a la naturaleza y el medio ambiente (Arts. 255 a 262 CP, en concordancia con el Art. 263 CP). También, con un parentesco lejano con el *abandono noxal* está la pena accesoria de *expulsión del territorio* nacional para los extranjeros (Arts. 46 N° 3 y 60 CP); así como la *extradición*. En lo que se refiere al *ius talionis*, como límite de sanciones más graves que el daño ocasionado, puede mencionarse el principio de proporcionalidad (Art. 5 Inc. 1°, 62 Inc. 2° y 63 CP).

2. Período Teológico–Político

Bajo esta rúbrica haremos una bifurcación que comprende: el *período teológico* o *de la venganza divina* y el *período político* o *de la venganza pública*. Denominados así, según veremos, en si el fundamento de la pena tiene un carácter divino o público, respectivamente.

a. Período Teológico o de la Venganza Divina

Venganza Divina. Entre los pueblos del Antiguo Oriente, semitas y arios, el Derecho Penal se encauza en un sentido *teológico*. La legislación penal de los antiguos pueblos orientales, y aún en la actualidad, está confundida y mezclada con sus preceptos religiosos. La justicia penal se ejercitaba en el nombre de Dios, los jueces juzgaban en su nombre, generalmente eran sacerdotes, los que representando a la voluntad divina administraban justicia (*justicia teocrática*). Por ejemplo, entre los siglos XIII

y XVII, se persiguió en toda la cristiandad —afirma LETELIER²³— la herejía, la indiferencia religiosa, la inobservancia de las prácticas culturales, la promiscuación, la adivinación, la brujería, las lecturas prohibidas, etc.

Para los hebreos²⁴, cuyo derecho represivo, como se desprende del Deuteronomio, es el más evolucionado de aquellos pueblos, *el delito es esencialmente un pecado de desobediencia a la divinidad, y la pena, una expiación purificadora*²⁵, impuesta, en desagravio de la divinidad ofendida, por la autoridad en representación y por delegación suya.

Conforme a ese criterio, la pena tiene un fin en sí misma: evitar los rigores de la venganza divina²⁶. La represión, aunque personal, —lo que indica un gran progreso— era extremadamente severa y se hace de la *pena de muerte* una sanción de aplicación general.

b. Período Político o de la Venganza Pública

Venganza Pública. En los países occidentales de Europa se deposita la venganza en el poder público, no religioso; domina un principio distinto: el de la *vindicta social* o venganza pública. El poder público (representado por el Estado), ejerce la venganza en nombre de la colectividad. Pero, la represión penal estatal que pretendía mantener a toda costa la tranquilidad pública, se convirtió en una verdadera venganza pública que llegó a excesos.

²³ Dice el autor citado: "...fue tan implacable y cruel que no hay cómo explicarla en corazones humanos, si no suponemos el propósito de difundir la persuasión de que no hay crímenes más abominables que no creer en lo que creen los católicos, que no oír misa ni confesarse, que comer carne y pescado en viernes de cuaresma, que leer libros no aprobados por la Iglesia. Con excepción de la adivinación y la brujería, que la Iglesia perseguía porque suponía que ambas prácticas envolvían un comercio con el diablo y que al presente se estiman como simples estafas, los delitos religiosos no son ya reconocidos por las legislaciones penales de los pueblos cultos". LETELIER, Valentin: "Génesis...", Op. Cit., p. 346.

²⁴ Así, DE LEÓN VELASCO, Héctor Anibal y DE MATA VELA, José Francisco: "Curso...", Op. Cit., p. 18.

²⁵ Antiguo Testamento, Libro del Éxodo, Capítulo XXI, versículo 24, Libro Levítico, Capítulo XXIV, versículos 19 a 21, Deuteronomio, Capítulo XIX, versículo 21.

²⁶ MEZGER, Edmund: "Derecho...", Op. Cit., p. 31.

Los delitos se sancionaban con mucha severidad para mantener el orden y afianzar la seguridad pública, criterio imperante hasta el siglo XVIII, y que tiene, si no una justificación, por lo menos una explicación en la rudeza de las costumbres de las épocas medieval y moderna y en el enorme desarrollo, en ese contexto histórico, de la criminalidad.

c. Características del Período de la Venganza Pública

Veremos a continuación algunas de las características de este período y, simultáneamente, las contrastaremos con las normas de nuestro Ordenamiento Jurídico punitivo. Esto último tiene por fin conocer el límite que se le presenta al legislador.

Entre las principales características del período de la venganza pública podemos señalar las siguientes²⁷:

a) *Crueldad excesiva de las penas*. Las penas de más frecuente aplicación eran la de *muerte*, acompañada de torturas; las *corporales*, en forma de mutilaciones, descuartizamiento, marcas a fuego y azotes²⁸; las *infamantes*, como la exposición a la picota; las *pecuniarias*, impuestas en forma de confiscación total o parcial de bienes. Esta época constituye, por lo que a las penas se refiere, uno de los episodios más sangrientos del Derecho Penal, la crueldad punitiva medieval pretendía evitar los delitos mediante el terror sancionatorio.

Las penas privativas de libertad, que actualmente constituyen el eje de la represión penal, en todos los códigos modernos, adquieren preeminencia sólo a partir del siglo XVIII²⁹;

²⁷ Por todos véase a los profesores chilenos NOVOA MONREAL, Eduardo: "Derecho...", Op. Cit., p. 71. LABATUT GLENA, Gustavo: "Derecho...", Op. Cit., p. 42.

²⁸ Así, JESCHECK, Hans-Heinrich: "Derecho...", Op. Cit., p. 129.

²⁹ A pesar de que ya en el Antiguo Testamento, Libro Génesis, Historia de José, se hace referencia a establecimientos carcelarios existentes en el antiguo Egipto. Así, NOVOA MONREAL, Eduardo: "Curso...", Op. Cit., p. 71.

En nuestro Derecho positivo, al tenor de lo establecido en los Arts. 27 Cn. y 2 Inc. 2° y 5 Inc. 1° CP., la crueldad excesiva de las penas, como la pena de muerte para los delitos comunes, ha desaparecido.

b) *Falta de personalidad de las penas.* Las penas para ciertos delitos trascendían a la familia del condenado —especialmente a los hijos, para así apartar a los padres de la tentación de cometer delitos— y la responsabilidad criminal no se limitaba al hombre, sino que se hacía efectiva también en los animales y en las cosas inanimadas. Por otra parte, ni la tranquilidad de las tumbas se respetaba, es decir, la responsabilidad no se extinguía con la muerte del reo; eran frecuentes los procesos seguidos a los cadáveres y las condenas en efigie;

En nuestro Derecho, las penas a que se refiere el Código Penal, sean principales o accesorias, son esencialmente personales (Arts. 44, 65 y 66).

c) *Desigualdad penal procesal ante la ley.* Los nobles, los poderosos, las personas altamente colocadas en la sociedad gozaban de considerables privilegios penales y procedimentales: para ellos se reservaban las penas menos duras y menos infamantes, y cuando se les condenaba a pena corporal, se atenuaba la barbarie de su ejecución;

El Ordenamiento Jurídico nacional reconoce expresamente el principio de igualdad (Arts. 3 Cn. y 17 Inc. 1° CP). Aunque el mismo, por mandato constitucional y del Derecho Internacional, prevé excepciones que, pese a no estar encaminadas a la impunidad, tienden únicamente a un trato privilegiado para los procesados, entre ellas están: a) el tratamiento procesal y punitivo para los menores, Art. 35 Inc. 2° Cn; b) la total inmunidad legislativa, en cuanto a las opiniones y votos que emitan los diputados, Art. 125 Cn; c) la regulación del antejuicio, para determinar si hay lugar o no a formación de causa, mediante la cual se deduce la responsabilidad de ciertos funcionarios públicos, Arts. 236 y 239 Cn.

d) *Proceso secreto.* La instrucción del proceso era secreta y desconocidas las garantías procesales; se hacía frecuente el uso del tormento como medio de arrancar confesiones.

Actualmente por disposición constitucional a nadie se le puede imponer una pena o someterlo a una medida de seguridad sino mediante una sentencia firme, dictada luego de probar los hechos un juicio oral y público (Arts. 12 Inc. 1º y 1 CPP). Por otra parte, todo imputado tiene derecho a no ser obligado a declarar ni a confesarse culpable (Arts. 12 Inc. 3º Cn. y 87 Nº 5 CP).

e) *Arbitrariedad judicial*. Dominaba la más completa arbitrariedad judicial. Los jueces estaban facultados para incriminar hechos delictivos, o sea, crear figuras punibles y, también, para aplicar penas no previstas por las leyes.

Hoy en día, eso resulta imposible, pues existen normas expresas que determinan el principio de legalidad del hecho como de la sanción, es decir, no puede sancionarse a ninguna persona si el hecho no ha sido descrito previamente como punible, tampoco puede imponerse una sanción que la ley no establezca (Arts. 15 Cn. y 1 y 62 Inc. 2º CP).

f) *Vinculación con la religión*. Por último, el Derecho Penal estaba íntimamente ligado a la religión, castigaba con severidad actos de irreligiosidad que han desaparecido del campo penal, por ejemplo, herejía, apostasía, blasfemia, sacrilegio, ateísmo, etc.

La separación entre el Derecho Penal y la religión comienza con el Renacimiento y llega a su término en la época de la Revolución Francesa³⁰. No quiere decir esto que entre el Derecho Penal y la religión exista un divorcio absoluto. Nuestro Código Penal vigente incluye disposiciones concernientes a la religión, por ejemplo, *atentados relativos a la libertad de religión*, tipificado en el Art. 296 CP; aunque tal precepto más bien tiende a garantizar la libertad de culto que constitucionalmente se prescribe (Art. 25 Cn).

³⁰ MEZGER, Edmund: "Derecho...", Op. Cit, p. 31.

3. Período Humanitario

En concepto de algunos autores³¹, la reacción humanitaria contra los excesos de la justicia penal se inicia con el Derecho Canónico. Su influencia en los progresos del Derecho Penal es innegable. Desde luego, introdujo el derecho de asilo para limitar la venganza privada; en lo procesal rechazó las ordalías y el duelo judicial; por otra parte, incorporó el principio de las responsabilidades morales del delincuente, fundada en el libre albedrío, y asignó a la pena, puramente expiatoria hasta entonces, un fin de corrección y enmienda del penado, mediante su propio y espontáneo arrepentimiento.

a. Influencia en la Transformación Humanitaria

Pero, para otro grupo de autores, las influencias que determinaron la transformación humanitaria del Derecho Penal son más recientes: parten de la exaltación del Derecho natural al rango de Ciencia autónoma, proclamada por HUGO GROCIUS (1538–1645), quien reproduce y enardece la lucha en pro del Derecho Penal público. A partir de allí, muchos filósofos y juristas abogaron después por la reforma penal. En Inglaterra, THOMAS HOBBES (1588–1679) y JOHN LOCKE (1632–1704), y en Holanda, BARUCH SPINOZA (1632–1677), demuestran que el fin de la pena no puede ser otro que la corrección o eliminación de los delincuentes y la intimidación de los individuos proclives a la mala conducta, arrinconando el concepto de la pena como retribución jurídica por mandato divino; en Alemania, SAMUEL PUFENDORF (1632–1694), desechaba la finalidad únicamente retributiva de la pena, con su teoría iusnaturalista de la imputación y de la libertad, y la figura del relevante penalista PAUL JOHAN ANSELM VON RITTER FEUERBACH (1775–1883), llamado el "*padre de la ciencia moderna del derecho penal*"³² o el fundador de la Dogmática jurídicopenal por la claridad de su formación conceptual y la estructuración de un sistema cerrado³³; en Francia, en el propio Siglo XVII los escritos de los enciclopedistas, de la corriente intelectual del Iluminismo, DENIS DIDEROT, D'ALAMBERT,

³¹ Así, JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: "La Ley...", Op. Cit., p. 32.

³² MEZGER, Edmund: "Derecho...", Op. Cit., p. 41.

³³ JESCHECK, Hans-Heinrich: "Derecho...", Op. Cit., p. 133.

PAUL-HENRI D'HOLBACH, CLAUDE ADRIEN HELVÉTIUS, se revelan contra la penalidad dominante y, particularmente, los filósofos CHARLES-LOUIS MONTESQUIEU ("*Esprit des lois*", 1748), FRANCOIS-MARIE ARUET VOLTAIRE ("*Prix de la justice et de l'humanité*", 1777) y JEAN JACQUES ROUSSEAU ("*Contrat social*", 1762), agudizan la campaña contra la actividad punitiva imperante.

Pero el verdadero renovador del Derecho Penal es el italiano CÉSAR BONESANA, marqués de Beccaria (1738-1794), que en 1764 —a la par de que se gestaba la Revolución Francesa— publicó su célebre obra denominada "*Dei delitti e delle pene*" (De los delitos y de las Penas)³⁴. Se atribuye generalmente BONESANA, marqués de Beccaria, el honor de haber hecho la primera tentativa para formar un cuerpo de doctrinas penales que junto con dar fundamento a la potestad punitiva, la redujese a justos, razonables y humanitarios límites³⁵. En efecto, en su libro denuncia con valentía la barbarie de las prácticas penales de la época, exigiendo una reforma a fondo.

BONESANA, inspirado en la filosofía racionalista³⁶ dominante en su época, sostiene que la justicia humana es cosa muy distinta de la justicia divina, que el derecho de castigar reconoce como límites la justicia y la utilidad social³⁷. Este fundamento, esencialmente utilitario, debe, sin embargo, ser limitado. Por consiguiente: ¿Qué es lo que nos propone

³⁴ MEZGER, Edmund: "Derecho...", Op. Cit., p. 41.

³⁵ LETELIER, Valentin: "Génesis...", Op. Cit., p. 295.

³⁶ "RACIONALISMO (del latín "*rationalis*": racional). Carácter discursivo del pensamiento y de la concepción del mundo. Se manifiesta no sólo en la teoría del conocimiento, sino, además, en psicología, en ética y estética". Ver otras acepciones en ROSENAL, M. M. y IUDIN P. F., "Diccionario...", Op. Cit., p. 388.

³⁷ "Es corriente afirmar —dice Quintero Olivares— que fue BECCARIA quien, recogiendo en su obra el espíritu ilustrado, determinó la gran revolución del pensamiento penal. Pero antes de que en 1764 apareciera en Livorno su libro, se había publicado (1748) el libro de MONTESQUIEU "*L' esprit des lois*". La obra del barón francés recogía ya principios que estaban destinados a ser considerados posteriormente pilares del Derecho penal moderno: la separación e independencia del poder judicial, la estructuración y pureza del proceso, la inutilidad de las penas largas, la proporción entre pena y delito, lo absurdo del tormento. Todo lo cual habría de recibir nuevo y más democrático impulso a través de la obra de J. J. ROUSSEAU". QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: "Derecho..." Op. Cit., Pgs. 184 y 185.

Beccaria? ¿Cuáles son las ideas expuestas en su libro y que fueron origen de los más violentos ataques y de los más encendidos elogios? Veámoslo brevemente:

b. La Obra del Marqués de Beccaria

Sobre el derecho de castigar, o *ius puniendi*, sienta la proposición siguiente: "*Toda pena que no se deriva de la absoluta necesidad, es tiránica*"³⁸. De ello concluye:

- a) *Sólo las leyes pueden decretar las penas contra los delitos y no la voluntad del juez.* La Filosofía penal liberal se concreta en el pensamiento del marqués Beccaria en una fórmula jurídica que resultaba del *Contrato Social* de Rousseau: *el principio de legalidad de los delitos y de las penas*: nadie podrá ser castigado por hechos que no hayan sido anteriormente previstos por una ley, y a nadie podrá serle impuesta una pena que no esté previamente establecida en la ley³⁹. En tal sentido BONESANA dice: "Sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad. Y como una pena extendida más allá del límite señalado por la leyes contiene en sí la pena justa más otra pena adicional, se sigue que ningún magistrado, bajo pretexto de celo o de bien público, puede aumentar la pena establecida contra un ciudadano delincuente"⁴⁰.
- b) *La atrocidad de las penas es cuando menos inútil, si no pernicioso, y por tanto las penas deben dulcificarse al máximo.* "Aun cuando se probase que la atrocidad de las penas fuese, si no

³⁸ BECCARIA, Cesare: "**De los Delitos y de las Penas**", Traducción de Juan Antonio de las Casas, Alianza Editorial, Madrid, España, 1986, p. 28.

³⁹ Así, JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: "La Ley...", Op. Cit., p. 34.

⁴⁰ BECCARIA, Cesare: "De los Delitos...", Op. Cit., Pgs. 29 y 30.

inmediatamente opuesta al bien público y al fin mismo de impedir los delitos, a lo menos inútil, también en este caso sería no sólo contraria a aquellas virtudes benéficas que son efecto de una razón iluminada que prefiere mandar a hombres felices más que a una tropa de esclavos, en la cual se haga una perpetua circulación de temerosa crueldad, sino que lo sería a la justicia y a la naturaleza del mismo contrato social"⁴¹.

- c) *La tortura debe abolirse, pues en muchos casos sólo sirve para condenar al débil inocente y absolver al delincuente fuerte.* "El éxito, pues, de la tortura es un asunto de temperamento y cálculo, que varía en cada hombre a proporción de su robustez y de su sensibilidad; tanto que con este método un matemático desatará mejor que un juez este problema. Determinada la fuerza de los músculos y la sensibilidad de las fibras de un inocente, encontrar el grado del dolor que los hará confesar reo de un delito dado"⁴².
- d) *El fin de las penas no es atormentar ni afligir, sino impedir al reo causar nuevos daños y retraer a los demás de la comisión de otros iguales.* "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. Luego deberán ser escogidas aquellas penas y aquel método de imponerlas, que guardada la proporción hagan una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos de los hombres, y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo"⁴³.
- e) *No es la crueldad de las penas uno de los más grandes frenos de los delitos, sin la infalibilidad de ellas.* "No es la crueldad de las penas uno de los más grandes frenos de los delitos, sino la infalibilidad de ellas, y por consiguiente la vigilancia de los magistrados, y aquella severidad inexorable del juez, que para ser virtud útil debe estar acompañada de una legislación suave. La

⁴¹ BECCARIA, Cesare: "De los Delitos...", Op. Cit., Pgs. 30 y 31.

⁴² BECCARIA, Cesare: "De los Delitos...", Op. Cit., p. 55.

⁴³ BECCARIA, Cesare: "De los Delitos...", Op. Cit., p. 46.

certidumbre del castigo, aunque moderado, hará siempre mayor impresión que el temor de otro más terrible, unido con la esperanza de la impunidad; porque los males, aunque pequeños, cuando son ciertos amedrentan siempre los ánimos de los hombres; y la esperanza, don celestial, que por lo común tiene lugar en todo, siempre separa la idea de los mayores, principalmente cuando la impunidad, tan conforme con la avaricia y la flaqueza aumentan la fuerza"⁴⁴.

- f) *Las penas deben ser proporcionadas a los delitos, pues si se destina una pena igual a delitos de diferente cuantía los hombres no encontrarán estorbo para cometer el mayor.* "No sólo es interés común que no se cometan delitos, sino que sean menos frecuentes proporcionalmente al daño que causan en la sociedad. Así pues, más fuertes deben ser los motivos que retraigan a los hombres de los delitos a medida que son contrarios al bien público, y a medida de los estímulos que los inducen a cometerlos. Debe por esto haber una proporción entre los delitos y las penas"⁴⁵.
- g) *La verdadera medida de los delitos es el daño a la sociedad.* "La única y verdadera medida de los delitos es el daño hecho a la nación, y por esto han errado los que creyeron que lo era la intención del que los comete. Esta depende de la impresión actual de los objetos y de la interior disposición de la mente, que varían en todos los hombres y en cada uno de ellos con la velocísima sucesión de las ideas, de las pasiones y de las circunstancias. Sería, pues, necesario formar, no un sólo *códice* particular para cada ciudadano, sino una nueva ley para cada delito. Alguna vez los hombres con la mejor intención causan el mayor mal a la sociedad, y algunas otras con la más mala hacen el mayor bien". Más adelante, agrega: "Hemos visto que el daño hecho a la sociedad es la verdadera medida de los delitos. Verdad palpable

⁴⁴ BECCARIA, Cesare: "De los Delitos...", Op. Cit., Pgs. 17 y 72.

⁴⁵ BECCARIA, Cesare: "De los Delitos...", Op. Cit., p. 35.

como otras y que no necesita para ser descubierta cuadrantes ni telescopios, pues se presenta a primera vista de cualquiera mediano entendimiento, pero que por una maravillosa combinación de circunstancias no ha sido conocida con seguridad cierta sino de algunos pocos hombres contemplativos de cada nación y de cada siglo"⁴⁶.

- h) *Las penas deben ser las mismas para el primero que para el último de los ciudadanos, para los nobles que para los vasallos. Las leyes deben favorecer menos las clases de los hombres que los hombres mismos.* "Toda distinción, sea en los hombres, sea en las riquezas, para que se tenga por legítima, supone una anterior igualdad fundada sobre las leyes que consideran todos los súbditos como igualmente dependientes de ellas"⁴⁷.
- i) *La pena de muerte no es útil ni necesaria.* "No es, pues, la pena de muerte derecho, cuando tengo demostrado que no puede serlo, es sólo una guerra de la nación contra un ciudadano, porque juzga útil o necesaria la destrucción de su ser. Pero si demostrase que la pena de muerte no es útil ni necesaria, habré vencido la causa a favor de la humanidad"⁴⁸.
- j) *Es necesario fijar plazos breves pero suficientes para la presentación de las pruebas, para la defensa del reo y para la aplicación de la pena.* "Es, pues, de suma importancia la proximidad de la pena al delito si se quiere que en los rudos entendimientos vulgares a la pintura seduciente de un delito ventajoso asombre inmediatamente la idea asociada de la pena. La retardación no produce más efecto que de unir cada vez más estas dos ideas; y aunque siempre hace impresión el castigo de un delito cuando se ha dilatado, la hace menos como castigo que como espectáculo, y no la hace sino después de desvanecido en los

⁴⁶ BECCARIA, Cesare: "De los Delitos...", Op. Cit., Pgs. 37 y 39.

⁴⁷ BECCARIA, Cesare: "De los Delitos...", Op. Cit., p. 64.

⁴⁸ BECCARIA, Cesare: "De los Delitos...", Op. Cit., p. 74.

ánimos de los espectadores el horror de tal delito particular que serviría para reforzar el temor de la pena"⁴⁹.

- k) *No se debe llamar precisamente justa (vale tanto decir necesaria) la pena de un delito cuando la ley no ha procurado con diligencia el mejor medio posible de evitarlo. Perfeccionar la educación constituye el medio más seguro, al mismo tiempo que el más difícil, de evitar los delitos.* "Finalmente, el más seguro, pero más difícil medio de evitar los delitos es perfeccionar la educación, objeto muy vasto, y que excede los límites que me he señalado; objeto (me atrevo a decirlo) que tiene vínculos demasiado estrechos con la naturaleza del gobierno para permitir que no sea un campo estéril, y solamente cultivado por un corto número de sabios"⁵⁰.

En síntesis, para BONESANA, el Derecho Penal tiene su origen en el Contrato Social y las penas no pueden exceder, sin violar las leyes de la justicia, las estrictas necesidades de defensa social. De ello deduce la necesidad de mitigar la penalidad. BECCARIA es enemigo del tormento, de la pena de muerte —que sólo admite en casos muy calificados— de las corporales y de las infamantes. En su medida la pena debe ser proporcionada a la gravedad del delito. El fin de la sanción no es martirizar al culpable, sino defender la sociedad, evitando que los delincuentes reincidan y que los demás sigan su ejemplo, es decir, asigna a las penas finalidades correctivas y ejemplarizadoras; para el logro de estos objetivos proclama los principios de publicidad, certeza y prontitud de las penas. Como garantías de los ciudadanos frente a la justicia penal, propugna por el principio de legalidad de los delitos y de las penas, con lo cual se evita la arbitrariedad y la inseguridad de las personas; el juzgamiento de los delitos debe estar a cargo de los Tribunales establecidos por la ley, como medio de evitar los abusos del poder; es preciso desterrar el secreto de los procesos; las leyes deben ser iguales para todos y el reo no debe ser considerado culpable antes de la sentencia condenatoria. Como principio elemental de política criminal,

⁴⁹ BECCARIA, Cesare: "De los Delitos...", Op. Cit., p. 62.

⁵⁰ BECCARIA, Cesare: "De los Delitos...", Op. Cit., p.110

advierte que más importante que la represión es la prevención de los delitos mediante la educación.

En conclusión, las ideas renovadoras de BECCARIA sirvieron de base a la Escuela Penal Clásica, y encontraron por primera vez expresión jurídica en el Derecho francés en 1791; años más tarde fueron difundidas en el Código Penal francés de 12 de febrero de 1810⁵¹.

c. El Humanismo y la Reforma Carcelaria

Paralelamente al movimiento reformista iniciado por Beccaria, se desenvuelve en Europa otro movimiento de humanización de la justicia penal, aunque de menor amplitud, porque se refiere únicamente a la reforma carcelaria. Lo inició el filántropo inglés JOHN HOWARD (1726 – 1790). Siendo *sheriff* del Condado de Bedford, pudo HOWARD enterarse de las desastrosas condiciones en que se encontraban las prisiones de Inglaterra; extendió sus observaciones por toda Europa y en 1777 publicó su libro "*State of prisons*" (Estado de las prisiones), en el que después de criticar el inmundo y cruel estado en que viven los prisioneros fija una serie de principios para remediarlo⁵².

Los principios que, según Howard, deben servir de base a la reforma carcelaria son los siguientes⁵³:

- a) Buen régimen higiénico y alimenticio;
- b) Disciplina diferente para los procesados y los condenados;
- c) Educación moral, religiosa y profesional;
- d) Trabajo obligatorio de los reclusos y separación por sexos y por edades;
- e) Régimen celular;
- f) Acortamiento de las condenas; y,

⁵¹ Así, MEZGER, Edmund: "Derecho...", Op. Cit., p. 35. LABATUT GLENA, Gustavo: "Derecho...", Op. Cit., p. 44.

⁵² LETELIER, Valentin: "Génesis...", Op. Cit., p. 296.

⁵³ Así, JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: "La Ley...", Op. Cit., p. 36.

- g) Otorgamiento de certificados de conducta a los reos al abandonar la prisión.

Las ideas de HOWARD, no obstante haber sido acogidas con mucha simpatía, no pudieron fructificar de inmediato en Europa, debido a la situación internacional de la época. Sin embargo, la reforma carcelaria fue iniciada en los Estados Unidos de Norteamérica, en donde las concepciones humanitarias del filántropo inglés fueron difundidas por BENJAMIN FRANKLIN⁵⁴.

Digno es de observarse que Howard tuvo ilustres predecesores en España, entre ellos TOMÁS CERDÁN DE TALLADA, que en 1574, más de dos siglos antes de la publicación del libro *Estado de las prisiones*, escribió su "*Visita de la cárcel y de los presos de Valencia*"⁵⁵, obra en la cual defiende ideas similares a las contenidas en el libro de HOWARD, siguiendo una tradición que inician las Partidas y que recoge más adelante la legislación castellana y la indiana.

Sostiene CERDÁN DE TALLADA que los presos deben llevar una vida higiénica, separados por sexos y según su grado de moralidad —como medio, esto último, de evitar el contagio carcelario— y ser sometidos a tratamientos diferentes, de acuerdo con la gravedad de sus delitos. Las Partidas habían dispuesto la separación entre hombres y mujeres, la libertad de los detenidos cuyas causas durasen más de dos años en su tramitación y el castigo de los carceleros que den malos tratos a los reclusos.

B. ETAPA CIENTÍFICA

Podemos decir que la etapa científica o moderna se inicia con la obra de BECCARIA⁵⁶, que tuvo el mérito de haber cerrado un capítulo del Derecho Penal y abrir otro que los especialistas han denominado "edad de

⁵⁴ LABATUT GLENA, Gustavo: "Derecho...", Op. Cit., p. 45.

⁵⁵ LABATUT GLENA, Gustavo: "Derecho...", Op. Cit., p. 45.

⁵⁶ Así, ZAFFARONI, Eugenio Raúl: "Manual...", Op. Cit., p. 170. POLAINO NAVARRETE, Miguel: "Derecho...", Op. Cit., p. 22. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: "Derecho...", Op. Cit., p. 182.

oro del Derecho Penal"; fue BECCARIA, pues, un pionero que elevó a la categoría de Ciencia al Derecho Penal, ya que hasta esa época no podía hablarse de un verdadero Derecho Penal científico.

El Derecho Penal vinculado a principios científicos subsistirá y se desarrollará con el apareamiento de las distintas Escuelas Penales.

En este punto se pretende mostrar la evolución del Derecho Penal como disciplina científica, destacando cada una de las distintas posiciones que tienen las principales Escuelas Penales. Entendiéndose por éstas, el cuerpo orgánico de ideas contrapuestas sobre la legitimidad del derecho de castigar, sobre la naturaleza del delito y el fin de las sanciones⁵⁷. Una Escuela Penal es, pues, la dirección de un pensamiento que responde a determinados presupuestos filosóficos, que trabaja con un método peculiar, tiene un determinado objeto de estudio y postulados en que finca su conocimiento científico.

MATERIALES PARA EL TRABAJO PRÁCTICO

1. Lecturas Seleccionadas

- A) **LA MANCOMUNIDAD PENAL.** *“Para completar la teoría de los orígenes de la penalidad pública, réstanos estudiar un régimen que en los pueblos atrasados domina el campo entero de la delincuencia, cual es el de la mancomunidad penal (...) hemos observado ya que en los pueblos más atrasados, los hombres viven, bajo la presión de las necesidades de la defensa, agrupados jurídica y aún materialmente en tribus, gens y en familias patriarcales; que (...) la mancomunidad solidaria es base fundamental de esta organización; que con arreglo a este principio, se entiende que las deudas que uno contrae a favor de extraños gravan también a sus consanguíneos; que viceversa, los consanguíneos son tan dueños de un crédito como el mismo acreedor que lo estipuló en su solo nombre; y que en suma, jurídicamente no existe el individuo porque el derecho sólo toma en cuenta el grupo. Asimismo (...) en armonía con esta organización social, el derecho de las cosas, si no niega, por lo menos no toma en cuenta la existencia de la propiedad particular, estableciendo prácticamente que todo esta por igual a la disposición de todos. Pues bien (...) el mismo principio, el principio de la mancomunidad solidaria, rige en el orden penal: la ofensa hecha a uno se entiende hecha a todos los consanguíneos; la indemnización que se debe a uno se debe a todos sus comuneros, lo que uno debe por causa de un delito lo deben también todas las personas de su familia, y (...) da lo mismo (...) castigar, al ofensor o a cualquiera de sus parientes”.* LETELIER, Valentín: **“Génesis del Derecho”**, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, Chile, 1967, Pgs. 336 y 336.
- B) **LA ILUSTRACIÓN Y EL INICIO DE LA MODERNA CIENCIA DEL DERECHO PENAL.** *“Fácilmente se comprueba (...) que antes del último tercio del siglo XVIII la ciencia penal era como tal inexistente, y los sistemas positivos no pasaban de fórmulas de legalidad relativa con amplias puertas para la arbitrariedad y el terror: sobre tales leyes lo único que hicieron los estudiosos, se dice, fue elaborar «glosas prácticas», para facilitar su uso forense, mas no*

«teorías científicas». Habrían de ser la Revolución Francesa, el pensamiento de la Ilustración, el Iluminismo, quienes trastocarán semejante estado de cosas (...) propiciando el terreno para una nueva concepción del hombre y de las ciencias humanas y sociales. El «Ancián régimen» quedaba clausurado, con su sombrío cortejo de crueldades y atropellos en las leyes y de «acientifismo» en los juristas. Una nueva era, «moderna», empezaba para todas las ciencias, también para el Derecho penal”. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: “**Derecho Penal**”, (Parte General), Marcial Pons, Madrid, España, 1992. p. 181.

- C) **BECCARIA**. “Con Cesare Bonesana, marqués de Beccaria, se inicia la lista de quienes sin duda alguna pueden ser considerados los próceres de nuestra ciencia. Beccaria (...) puede ser considerado como el autor al que cupo la fortuna de echar las bases del derecho penal contemporáneo, puesto que es en función de su crítica que la legislación penal de Europa comienza a limpiarse un poco de su baño constante de sangre y tortura. Las ideas ilustradas hasta ese momento no habían sido transferidas adecuadamente al campo del derecho penal, puesto que sólo las habían tratado de paso con relación a este terrible tema. No obstante, Beccaria no fue propiamente un científico, puesto que su obra fue esencialmente política. Beccaria escribió (...) una pequeña obra que tiene mucho más de discurso político que de estudio científico y que se titula “De los delitos y de las penas”. Pese a ello, este libro, de reducidas dimensiones, fue sumamente oportuno y sus resultados fueron altamente benéficos. Su pensamiento pertenece más al pensamiento revolucionario que al despotismo ilustrado (...). Beccaria fue seguidor de Rousseau en cuanto a sus ideas contractualistas y de ello deriva como necesaria consecuencia el principio de legalidad del delito y de la pena. Consideraba que las penas debían ser proporcionadas al daño social causado. Rechazaba duramente la crueldad inusitada de las penas de su época y la tortura, que era el medio de prueba más usual. Sostenía que debía abolirse la pena de muerte, salvo en los delitos que ponían en peligro la vida de la nación. La obra de Beccaria fue traducida a varias lenguas e influyó en las reformas penales de los déspotas ilustrados de su tiempo. Voltaire le dedicó un importante comentario que la consagró en Francia.

Voltaire —hombre del iluminismo— había asumido la defensa post-mortem de un protestante francés, Juan Calas, acusado de asesinar a su hijo por querer convertirse al catolicismo y condenado al suplicio de la rueda. Dos años después de la ejecución de Calas, Voltaire obtuvo su declaración de inocencia, con el consiguiente escándalo. En ese momento llegó a Francia la obra de Beccaria y Voltaire no perdió la ocasión de difundirla. Como resultado de esta prédica fueron desapareciendo las penas atroces de la legislación, al menos formalmente". ZAFFARONI, Eugenio Raúl: "Manual de Derecho Penal", (Parte General), Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1979, Pgs. 170 y 171.

- D) **BECCARIA Y SU OBRA.** *"Es corriente afirmar que fue BECCARIA quien, recogiendo en su obra el espíritu ilustrado, determinó la gran revolución del pensamiento penal. Pero antes de que en 1764 apareciera en Livorno su libro, se había publicado (1748) el libro de MONTESQUIEU «L' esprit des lois». La obra del barón francés recogía ya principios que estaban destinados a ser considerados posteriormente sillares del Derecho penal moderno: la separación e independencia del poder judicial, la estructuración y pureza del proceso, la inutilidad de las penas largas, la proporción entre pena y delito, lo absurdo del tormento. Todo lo cual habría de recibir nuevo y más democrático impulso a través de la obra de J. J. ROSSEAU".* QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: **"Derecho Penal"**, (Parte General), Marcial Pons, Madrid, España, 1992. p. 181.

2. Cuestionario

- A) En su evolución histórica, desde los tiempos primitivos hasta nuestros días, el Derecho Penal ha pasado por cuatro períodos, que no coinciden con los de la Historia Universal. ¿Cuáles son?
- B) ¿Por qué se denomina a uno de los períodos del Derecho Penal: el período de la venganza privada?
- C) Explique, según el período de la venganza privada ¿Qué tipos de venganza existieron y en qué consistía cada uno?
- D) ¿Cuáles son y en qué consisten las primeras prácticas penales?

- E) Explique, brevemente, en qué se fundamenta el período de la venganza divina.
- F) ¿Cuál es y en qué consiste el rasgo esencial del período de la venganza pública?
- G) ¿Por qué se considera a César Bonesana, el Marqués de Beccaria, el verdadero renovador del Derecho Penal?
- H) Destaque, según su criterio, los tres principales lineamientos de la obra de Beccaria y busque su incidencia normativa en el Código Penal Salvadoreño.
- I) ¿Cuáles son los principios que, según Howard, deben ser básicos para una reforma carcelaria?
- J) ¿Qué es una Escuela Penal?

3. Actividades Prácticas

- A) Identifique disposiciones del Código Penal que tengan parecido con algunas de las primeras prácticas penales. Una vez localizadas, precise su similitud y diferencias.
- B) Seleccione y clasifique las características del período de la venganza pública que, por razón de la materia, correspondan al Derecho Penal sustantivo, Derecho Procesal Penal y Derecho de Ejecución de la Pena.
- C) Escoja, según su criterio, las cinco principales características del período de la venganza pública y asocie a cada una de ellas disposiciones de nuestro Orden Jurídico que las limitan.

4. Temas para Discusión

- A) ¿Considera que incrementar el monto de las penas sea un factor importante para prevenir la criminalidad?
- B) ¿Cuál es el medio más seguro, pero, a la vez, el más difícil de evitar la comisión de hechos delictivos?
necesarios para una reforma carcelaria.

II ESCUELAS PENALES

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. A. ESCUELA CLÁSICA. 1. Nacimiento. 2. Principales Postulados. a. El Delito como Ente Jurídico. b. La Responsabilidad Penal y el Libre Albedrío. c. La Pena como Mal y Medio de Tutela Jurídica. El Delincuente como Ser Racional. B. LA ESCUELA POSITIVA. 1. Nacimiento y Fundadores. a. Nacimiento. b. Fundadores. 2. Principales Postulados. a. El Delito como Hecho Natural y Social. b. Responsabilidad Social y Factores Exógenos y Endógenos. c. La Pena como Medio de Defensa Social con Carácter Preventivo. d. El Delincuente como Ser Anormal. C. PARALELO ENTRE LAS ESCUELAS CLÁSICA Y POSITIVA. D. ESCUELAS ECLÉCTICAS O MIXTAS. a. La Escuela del Positivismo Crítico o Terza Scuola. b. La Escuela Político Criminal Alemana. c. La Escuela Dualista. d. La Escuela Técnico-Jurídica. E. LAS ESCUELAS PENALES Y SU INFLUENCIA EN LA LEGISLACIÓN POSITIVA SALVADOREÑA. MATERIALES PARA EL TRABAJO PRÁCTICO.

INTRODUCCIÓN

Las Escuelas del Derecho Penal constituyen un conjunto de doctrinas y principios que metodológicamente tienen por objeto investigar la filosofía del Derecho Penal, la legitimidad del *ius puniendi*, la naturaleza del delito, la responsabilidad penal del delincuente y los fines de la pena¹.

Las Escuelas Penales, por consiguiente, responden a distintas corrientes de pensamiento sobre el método y objeto de estudio. En este apartado haremos referencia a las escuelas cuyo aporte al desarrollo del Derecho Penal ha sido más significativo, entre ellas: la Escuela Clásica (Derecho Natural), la Escuela Positiva (delito como hecho empírico), La Tercera Escuela del Positivismo Crítico, como la Escuela de la Política Criminal Alemana, la Escuela Dualista y la Escuela la Técnico-Jurídica (El Derecho Positivo).

¹ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: "Derecho...", Op. Cit., p. 158.

A. ESCUELA CLÁSICA

La llamada Escuela Clásica representa el conjunto de doctrinas filosófico-penales formuladas desde BECCARIA (1738 – 1794), a quien se considera, como dijimos en su momento, el prócer de la Ciencia Penal², hasta ENRIQUE PESSINA (1828 – 1916), el último de los grandes clásicos³.

El nombre, *Escuela Clásica*, no le fue dado por sus fundadores, sino por sus adversarios⁴, los positivistas, que al término "*clásico*" atribuyeron una significación despectiva, la de tradicionalismo caduco o retrógrado⁵.

Se distingue esta Escuela por su orientación filosófica y por el sentido liberal y humanitario de sus principios. En su evolución histórica pueden señalarse dos periodos⁶: a) el *filosófico* o *teórico*, que comienza con BECCARIA y que se caracteriza por la heterogeneidad de su contenido, entre cuyos representantes más ilustres figuran, además, JEREMIAS BENTHAM (inglés), ANSELMO VON FEUERBACH (alemán), GIANDOMÉNICO ROMAGNOSI y GIOVANNI CARMIGNANI (italianos); y, b) el *jurídico* o *práctico*, encabezado por el profesor italiano FRANCISCO CARRARA (1805–888), autor de una obra fundamental intitulada "Programa del Curso de Derecho Criminal", cuya Parte General se publicó en 1860. CARRARA sintetizó en un cuerpo orgánico de doctrinas las concepciones penales que

² ANTON ONECA, José: "Derecho...", Op. Cit., p. 8. ZAFFARONI, Eugenio Raúl: "Manual...", Op. Cit., p. 170. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: "Derecho...", Op. Cit., p. 155. DE LEÓN VELASCO, Héctor Anibal y DE MATA VELA, José Francisco: "Curso...", Op. Cit., p. 46.

³ Así, NOVOA MONREAL, Eduardo: "Curso...", Op. Cit., p. 82.

⁴ "Lo que hoy se conoce como "Escuela Clásica" no constituyó, ni mucho menos, una tendencia doctrinaria unitaria; se trata de la unificación que bajo tal denominación hizo Ferri de las diversas corrientes entonces vigentes, no solo en Italia sino también en otros países, a las cuales contrapuso la Escuela Positiva. La designación "clásica" encerraba, en realidad, un mote despectivo y sarcástico, así el padre de ella dijese en su ancianidad que se trataba de "una gran corriente científica que se llamó y se llama en todas partes la "Escuela Clásica Criminal" desde que yo la denominé así, y por cierto con sentido de admiración en el discurso sobre "Los nuevos horizontes del derecho y procedimiento penal", pronunciado en la Universidad de Bolonia en 1880". Así, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: "Derecho...", Op. Cit., Pgs. 158 y 159.

⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: "La Ley...", Op. Cit., p. 46.

⁶ Así, LABATUT GLENA, Gustavo: "Derecho...", Op. Cit., p. 47.

venían elaborándose desde BECCARIA. En esta obra sienta las bases completas de un Derecho Penal teórico que no se ciñe a ninguna legislación positiva vigente, con lo que demuestra el vigor y organización de su planteamiento filosófico penal⁷. El prodigioso maestro de Pisa, fija el límite perpetuo de lo ilícito, del cual ya no solamente el juez, sino el legislador mismo no puede apartarse sin incurrir en tiranía. Separa las esferas de responsabilidad tradicionalmente confundidas por la religión, por la moral y el Derecho.

La Escuela Clásica constituye, según el contexto de su nacimiento, un movimiento de reacción en contra de los excesos del Derecho Penal del periodo de la venganza pública.

1. Nacimiento

Esta corriente doctrinal se forma a principios del siglo XIX, es hija de la Revolución Francesa y tiene como cometido fundamental la reivindicación de los derechos del hombre, bajo la tutela del Estado liberal no intervencionista que repudia los excesos del absolutismo⁸. Comienza con ella, pues, el desenvolvimiento de ideas liberales relacionadas con el delito y la pena, y crea verdaderas escuelas jurídico-penales, que propician el ulterior desarrollo del Derecho Penal.

Esta escuela está constituida por un conjunto de doctrinas filosóficas caracterizadas por sus principios liberal-humanitarios. Se la considera como un "movimiento de reacción en contra de la barbarie del Derecho Penal en el periodo de la venganza pública".

2. Principales Postulados

Parte esta Escuela por considerar al Derecho Penal como una "*Ciencia Jurídica*" que debía estar incluida dentro de los límites que marca la ley, sin dejar nada al arbitrio del juez. Las concepciones jurídicas se obtienen

⁷ Así, NOVOA MONREAL, Eduardo: "Curso...", Op. Cit., p. 81.

⁸ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: "Derecho...", Op. Cit., p. 159.

del puro razonamiento, es decir, que para el estudio del Derecho Penal se considera que el método más apropiado es el "lógico-abstracto"⁹, "deductivo"¹⁰ o "especulativo"¹¹ del cual se sirven las ciencias jurídico-sociales¹². Los postulados clásicos se refieren y procuran, en concreto, dar respuesta a cuatro interrogantes que encierran temas fundamentales: ¿Qué es el delito? ¿En qué se fundamenta la responsabilidad criminal? ¿Qué función cumple la pena? ¿Cómo debe considerarse al delincuente?.

a. El Delito como Ente Jurídico

El *delito* es concebido como un *ente jurídico* abstracto que supone una relación de contradicción entre el hecho del hombre y el derecho positivo. Según CARRARA, "el delito no es un ente o fenómeno de hecho sino un ente jurídico (...) porque su esencia debe consistir necesariamente en la violación de un derecho"¹³. El delito es, pues, bajo el concepto carrariano "la infracción a la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, y que resulta de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso"¹⁴. Este ente jurídico para existir necesita de elementos materiales (objetivos) y morales (subjetivos) cuyo conjunto le da unidad, pero lo que completa su esencia es la resultante de una relación de contradicción entre la conducta y la ley que la sanciona.

En otros términos, el delito es la violación de una norma jurídica. Por consiguiente, la Escuela Clásica no mira al delito como un fenómeno natural y social, sino como un hecho jurídico. Lo que interesa en él al jurista es su contradicción con el Derecho (noción abstracta) y bajo ese aspecto se formula su concepto. Como, por otra parte, antepone la consideración del delito y lo

⁹ Así, JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: "La Ley...", Op. Cit., p. 46.

¹⁰ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: "Derecho...", Op. Cit., p. 160.

¹¹ NOVOA MONREAL, Eduardo: "Curso...", Op. Cit., p. 83.

¹² DE LEÓN VELASCO, Héctor Anibal y DE MATA VELA, José Francisco: "Curso...", Op. Cit., p. 48.

¹³ CARRARA, Francisco: "Programa de Derecho Criminal", (Parte General), Volumen I, traducción de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Temis, Bogotá, Colombia, 1972, p. 4.

¹⁴ CARRARA, Francisco: "Programa...", Op. Cit., p. 43.

aísla, tanto del delincuente como del medio en que se produjo, además de jurídica, es esencialmente objetiva.

b. La Responsabilidad Penal y el Libre Albedrío

La responsabilidad criminal (imputabilidad) su funda en la responsabilidad moral, y ésta, en el *libre albedrío*¹⁵ o facultad de autodeterminación del hombre frente al bien y el mal¹⁶.

El *libre albedrío* o *libre arbitrio* es la doctrina de la autonomía de la voluntad, según la cual el hombre posee la facultad de discriminar entre los distintos motivos de conducta que se le presentan y de decidirse en un sentido o en otro, sin sujeción a influencias extrañas de ningún género. Lo cual conduce a una responsabilidad moral, dado que sin libre albedrío no es posible una incriminación moral o jurídica¹⁷. Principio que los teólogos, juristas y filósofos de la Edad Media elevaron a la categoría de postulado¹⁸.

Conforme a esta concepción, solamente es responsable, entonces, el que pudo actuar libremente y porque libremente eligió lo ilícito. En tal sentido, la delincuencia se ve como la manifestación de la voluntad orientada hacia el mal¹⁹.

Para que el autor o partícipe de un delito pueda ser declarado culpable, responsable y merecedor de una pena, es *conditio sine qua non* que, en el momento de actuar, posea una voluntad inteligente y libre que le

¹⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: "La Ley...", Op. Cit., p. 46.

¹⁶ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: "Derecho...", Op. Cit., p. 161.

¹⁷ "Pero, para poderle imputar a un individuo una determinada acción es imprescindible la presencia de tres juicios diversos cuya formulación corresponde al funcionario judicial: el juez debe establecer la causa material del hecho punible o *imputación física*; que el hombre lo ha hecho con voluntad inteligente y libre, o *imputación moral*; y, finalmente, que el hecho esté prohibido por la ley del Estado, o *imputación legal*. Una vez emitidos estos tres juicios de valor, sobrevendrá la responsabilidad penal". VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: "Derecho...", Op. Cit., p. 161.

¹⁸ Así, LABATUT GLENA, Gustavo: "Derecho...", Op. Cit., p. 48.

¹⁹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *et al*: "Lecciones...", Op. Cit., p. 201.

permita comprender la naturaleza del acto que ejecuta y elegir entre realizarlo o no.

Inteligencia para discernir, *libertad* para elegir y *voluntad* para decidirse son, según la Escuela Clásica, los supuestos en que descansa la imputabilidad. Bajo tal planteamiento, CARRARA expresa lo siguiente, "no se puede ver un delito sino en aquellas acciones que ofenden o amenazan los derechos de los coasociados. Y como los derechos no pueden ser agredidos sino por actos exteriores procedentes de una voluntad libre e inteligente, este primer concepto viene a establecer la necesidad constante en todo delito de sus dos fuerzas esenciales: voluntad inteligente y libre; hecho exterior lesivo del derecho o peligroso para el mismo. Esto conduce a definir con criterio fijo la subjetividad y la objetividad en todo delito"²⁰.

Si por cualquier motivo, condiciones de edad o condiciones psíquicas, el individuo no actúa libre e inteligentemente, es *inimputable* y no responde penalmente de su acción.

La concepción libre arbitrista es de naturaleza metafísica y se contrapone al determinismo naturalístico que defendió la Escuela Positiva, según veremos más adelante.

Sin embargo, el clasicismo no admite el libre albedrío como un concepto absoluto, sino que parte de la base de que la culpabilidad puede hallarse atenuada o agravada en razón directa de la menor o mayor libertad moral con que obró el sujeto, debido al influjo de determinados factores, endógenos o ambientales, que orientaron su voluntad.

Llevada a su aplicación práctica, la teoría del libre albedrío sirve tanto para fundamentar la culpabilidad como para medir el grado de ella, de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes concurrentes.

²⁰ CARRARA, Francisco: "Programa...", Op. Cit., p. 5.

c. La Pena como Mal y Medio de Tutela Jurídica

La pena se concibe por los clásicos como un *mal* y como un *medio* de tutela jurídica²¹. Se impone para restaurar el orden jurídico perturbado por el delito, y, al igual que éste, es un ente jurídico²². Dicha restauración se obtiene mediante la compensación del mal que el delito causa al individuo y a la sociedad, con el que la pena produce al delincuente. Esto significa que ella ejerce una *función retributiva*²³. Como hemos visto, se parte de la base de que el hombre es libre para elegir entre el bien y el mal, si delinque (es decir, decidió elegir el mal) se hace acreedor a un castigo.

La pena, en cuanto protección del orden establecido, es un medio de tutela jurídica, al mismo tiempo que un mal. Se la ve como un castigo que se impone al delincuente en retribución y expiación de su delito. La pena-castigo es característica de la Escuela Clásica.

La retribución lleva aparejada la idea de intimidación, lo que significa infligir al culpable un castigo cuyo rigor sobrepase las ventajas obtenidas con el delito. Es por eso que se intimida, no mediante la amenaza de la pena contenida en la ley, sino mediante su ejecución²⁴.

La pena, por otra parte, no debe ser arbitraria sino proporcionada a la gravedad objetiva del delito, y prefijada en la sentencia. Consecuencia de este criterio es que en su fijación no se atiende a la personalidad del delincuente, sino en cuanto ello es necesario para establecer el grado de su libertad moral (culpabilidad). Dentro del sistema clásico de la proporción penal, las fórmulas se manejan lo mismo que en aritmética se suman, restan, multiplican o dividen las cantidades, por lo que CARRARA pudo afirmar que el Derecho Penal es una Ciencia Matemática²⁵.

²¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: "La Ley...", Op. Cit., p. 46.

²² Así, LABATUT GLENA, Gustavo: "Derecho...", Op. Cit., p. 50.

²³ PÉREZ PINZON, Alvaro Orlando: "Introducción...", Op. Cit., p. 58.

²⁴ Así, LABATUT GLENA, Gustavo: "Derecho...", Op. Cit., p. 50.

²⁵ Así, LABATUT GLENA, Gustavo: "Derecho...", Op. Cit., p. 50.

d. El Delincuente como Ser Racional

Parte esta Escuela del supuesto que el delincuente, salvo casos extremos, no difiere de los demás hombres, y lo mira como un ser racional dotado de libre albedrío, que obra sin sujeción a influencias extrañas; libre, por lo mismo, de optar entre el bien, representado por el respeto a la ley, y el mal, representado por su violación. Sobre la base que el delito es un ente jurídico (choque entre un hecho humano y un derecho), CARRARA propone encontrar en el mismo el concurso de dos fuerzas, para que sea acto humano y pueda llamarse delito.

Nace así su conocida bipartición entre *fuerza física* (fuerza externa o elemento material) y *fuerza moral* (fuerza interna o elemento moral). Ambas fuerzas, a su vez, tienen –en su causa– un aspecto subjetivo (fuerza moral subjetiva es la voluntad inteligente y fuerza física subjetiva es la acción corporal mediante la cual se realiza el designio perverso) y –en su resultado– objetivo (fuerza moral objetiva es el daño moral, la intimidación y mal ejemplo a los ciudadanos, y fuerza física objetiva, el resultado o daño material)²⁶.

El delincuente es un elemento del delito que se considera sólo en cuanto pone la fuerza física subjetiva del delito (la representa la acción corporal²⁷) y la fuerza moral subjetiva (consiste en la voluntad inteligente²⁸). El que delinque hace un uso mal de su libertad, y es por eso que las penas deben recaer especialmente sobre ese atributo de la personalidad.

Las penas privativas y restrictivas de libertad se convierten en el eje de su sistema represivo, y, en cuanto se refiere al régimen carcelario, se inclinó a favor de la prisión celular, que FERRI calificó como una de las aberraciones del siglo XIX²⁹, en razón de que tiende a anular el instinto social del delincuente.

²⁶ CARRARA, Francisco: "Programa...", Op. Cit., p. 69.

²⁷ CARRARA, Francisco: "Programa...", Op. Cit., p. 69.

²⁸ CARRARA, Francisco: "Programa...", Op. Cit., p. 69.

²⁹ Así, LABATUT GLENA, Gustavo: "Derecho...", Op. Cit., p. 49.

En conclusión: la Escuela Clásica desde el punto de vista de sus postulados significa un grado de progreso en el área penal, porque introdujo las garantías procesales y afirmó la necesidad de morigerar la penalidad; en una palabra, porque aseguró el respeto de la personalidad humana y desterró las iniquidades del antiguo régimen penal. Sus postulados políticos constituyen, en consecuencia, la elaboración del Derecho Penal como Ciencia, pues destacó los principios generales en la que habría de apoyarse; además, le dio una sistemática y le señaló el método apropiado para su estudio. El mérito fundamental de la Escuela Clásica aparece revelado por el hecho de que inspiró la legislación positiva durante casi todo el siglo XIX.

Sin embargo, las fórmulas jurídicas de la Escuela Clásica, saturadas de filosofía metafísica, resultaron ineficaces en la práctica para contener los desbordes de la criminalidad, especialmente en dos de sus formas³⁰: a) la reincidencia; y, b) la delincuencia juvenil. Las causas de este fracaso las atribuye FERRI a los dos hechos siguientes:

- 1) Extremó los derechos del individuo frente a los derechos de la sociedad, que necesita defenderse de los malhechores, adoptó una posición individualista y se puso al servicio del delincuente, proclamando el principio "*pro-reo*"; y,
- 2) Utilizó el método deductivo, lo que fue causa de que se agotara en el análisis del delito. No dispuso de las herramientas que proporciona la investigación científica y que empleó después el positivismo.

³⁰ Así. LABATUT GLENA, Gustavo: "Derecho...", Op. Cit., p. 51.

B. ESCUELA POSITIVA

1. Nacimiento y Fundadores

a. Nacimiento

A mediados del Siglo XIX, cuando la corriente clásica del Derecho Penal, consideraba haber alcanzado su más alto grado de perfeccionamiento, en relación a la majestuosa construcción jurídica carrariana, aparece en Italia una nueva corriente de pensamiento en la Ciencia del Derecho Penal, que apartándose radicalmente de los principios y postulados clásicos, hasta entonces aceptados, provocó una verdadera revolución en el campo jurídico penal, minando su estructura desde los cimientos hasta sus niveles más elevados. Tal es el surgimiento de la Escuela Positiva del Derecho Penal³¹, que representa una sub-estimación de lo *jurídico* en beneficio de lo *biológico-social*³².

Su aparición fue favorecida, no sólo por el fracaso de los principios clásicos en la lucha contra el delito, sino también por la extensión del *método experimental y de observación*³³, de las ciencias causal-explicativas, a las ciencias sociales, tarea que realizaron AUGUSTO COMTE, HERBERT SPENCER, JOHN STUART MILL y otros sociólogos del siglo XIX³⁴; por el progreso de algunas ciencias, tales como la Antropología, la Psicología y la Psiquiatría, y por la aplicaciones de la estadística a las investigaciones sociológicas.

³¹ "Cuyo nombre proviene del método que utilizó y no de la filosofía positiva de Augusto Comte". Así, LABATUT GLENA, Gustavo: "Derecho...", Op. Cit., Pgs. 56 y 57. "El nombre de "Escuela Positiva" o "Positivista", como también se le denomina, le fue dado por sus propios partidarios, quienes reivindicaron por el derecho penal el método inductivo o galileano, propio de una época en la cual -gracias al aporte de las filosofías positivistas- se observa un acelerado desarrollo de las ciencias del ser o naturales, a las cuales tenía que sumarse esta disciplina si quería alcanzar el rango de ciencia". VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: "Derecho...", Op. Cit., p. 161.

³² Así, LABATUT GLENA, Gustavo: "Derecho...", Op. Cit., p. 51.

³³ NOVOA MONREAL, Eduardo: "Curso...", Op. Cit., p. 89. DE LEÓN VELASCO, Héctor y DE MATA VELA, José Francisco: "Curso...", Op. Cit., p. 53

³⁴ Así, LABATUT GLENA, Gustavo: "Derecho...", Op. Cit., p. 51.

Idea cardinal del positivismo italiano es que el delito es fundamentalmente un hecho del hombre que se realiza en el seno de la sociedad, esto es, un fenómeno *natural* y *social* a la vez. Por eso el conocimiento profundo del fenómeno delictivo requiere, para esta escuela, el estudio del hombre delincuente y del medio físico y social en que el delito se produjo, estudio que ha de emprenderse con criterio subjetivo y naturalístico. La concepción clásica puramente jurídica del delito es imperfecta por su unilateralidad; en cambio, considerado el delito, como realidad biológico-social y no solamente como fenómeno jurídico, se ensancha notablemente el campo de las investigaciones relativas a él.

La Escuela Positiva tiende en ese sentido a realizar un estudio mucho más profundo y completo del delito, porque, a diferencia de la Escuela Clásica, no lo aprecia como ente puramente jurídico, sino como fenómeno *antropológico, sociológico y jurídico*, al mismo tiempo³⁵.

La Escuela Clásica es esencialmente objetiva, sitúa en primer término el delito y pospone al delincuente; la Escuela Positiva, a la inversa, es predominantemente subjetiva, porque concentra su atención en la persona del delincuente. En otras palabras, al analizar las bases generales de la Escuela Clásica, esta había excluido al delincuente de su construcción dogmática, la Escuela Positiva lo colocó en primer lugar y estableció respecto a él nuevas y revolucionarias teorías.

b. Fundadores

La concepción antropológica del delito es obra de CÉSAR LOMBROSO³⁶ (1836–1909), quien en 1878 publica la primera edición de la obra en que vació todas sus observaciones antropológicas sobre los criminales, llamada "*El Hombre Delincuente*"³⁷; LOMBROSO es, además, el creador de la Antropología Criminal³⁸.

³⁵ DE LEÓN VELASCO, Héctor y DE MATA VELA, José Francisco: "Curso...", Op. Cit., Pgs. 50 y 51.

³⁶ ANTON ONECA, José: "Derecho...", Op. Cit., p. 12.

³⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl: "Manual...", Op. Cit., p. 186.

³⁸ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: "Derecho...", Op. Cit., p. 161.

Las indagaciones en el terreno sociológico las realizó ENRIQUE FERRI (1856–1929), quien plasmó sus doctrinas en su obra capital "*Sociología Criminal*"³⁹, publicada en 1881.

Pero, lo antropológico y sociológico no bastaba, era necesario todavía revisar los principios jurídicos de la Escuela Clásica relativos al delito, que los positivistas habían subestimado. A esta tarea se consagró RAFAEL GARÓFALO (1851–1934), en su obra fundamental "*Criminología*"⁴⁰, publicada en 1885.

Así tenemos integrado el tríptico creador de la Escuela Positiva: CÉSAR LOMBROSO, el antropólogo; ENRIQUE FERRI, el sociólogo; y, RAFAEL GARÓFALO, el jurista.

2. Principales Postulados

Los principales postulados de la Escuela Positiva son: a) el delito como un *hecho natural y social*; b) la responsabilidad del delincuente se fundamenta en factores *endógenos y exógenos*; la pena es un medio de defensa social con una finalidad *preventiva*.

a. El Delito como Hecho Natural y Social

Para la Escuela Positiva el delito es un *ente de hecho*, producto de un complejo determinismo integrado por factores antropológicos, físicos y sociales⁴¹. Por consiguiente, el delito debe ser estudiado como fenómeno natural desde los aspectos individual y social; y, además, explicado a partir de una triple serie de causas: endógenas, físicas y sociales. Tal estudio es importancia para la ley penal por revelar la peligrosidad del delincuente.

³⁹ ANTON ONECA, José: "Derecho...", Op. Cit., p. 13. ZAFFARONI, Eugenio Raúl: "Manual...", Op. Cit., p. 187.

⁴⁰ ANTON ONECA, José: "Derecho...", Op. Cit., p. 13. ZAFFARONI, Eugenio Raúl: "Manual...", Op. Cit., p. 190.

⁴¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: "La Ley...", Op. Cit., p. 52.

El delito se definía como "una lesión a aquella parte del sentimiento moral que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales, o sea, la piedad y la probidad, en la medida media en que estos sentimientos son poseídos por una comunidad"⁴². O como "acción punible determinada por aquellas acciones encaminadas por móviles individuales y antisociales que turban las condiciones de vida y contravienen la moralidad media de un pueblo en un momento dado"⁴³.

De tales conceptos se infiere que el delito es, ante todo, comportamiento humano debido a factores antropológicos, físicos y sociales⁴⁴. Por lo tanto, no es un ente de derecho, es un ente de hecho.

b. La Responsabilidad Social y los Factores Exógenos y Endógenos

La Escuela Clásica, como vimos, fundamenta la responsabilidad penal en la imputabilidad del sujeto, la cual descansa en el *libre albedrío*. La Escuela Positiva, de acuerdo con su orientación determinista, niega la existencia del libre albedrío o libre arbitrio, problema que, por lo demás, no es del resorte del Derecho Penal, sino de la filosofía o de la metafísica, y fundamenta la responsabilidad penal en la *responsabilidad social*, derivada del determinismo y temibilidad del delincuente⁴⁵, cuya fórmula es la siguiente: "Todo individuo responde de los delitos que ejecuta por el sólo hecho de vivir en sociedad"⁴⁶. De acuerdo con la responsabilidad social, el hombre es imputable, no porque sea un ser consciente, inteligente y libre,

⁴² Delito Natural de Rafael Garófalo, citado por DE LEÓN VELASCO, Héctor y DE MATA VELA, José Francisco: "Curso...", Op. Cit., p. 50 y 53.

⁴³ Delito Social de Enrique Ferri, citado por DE LEÓN VELASCO, Héctor y DE MATA VELA, José Francisco: "Curso...", Op. Cit., p. 53.

⁴⁴ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: "Derecho...", Op. Cit., p. 164. PÉREZ PINZÓN, Alvaro Orlando: "Introducción...", Op. Cit., p. 59.

⁴⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: "La Ley...", Op. Cit., p. 51.

⁴⁶ LABATUT GLENA, Gustavo: "Derecho...", Op. Cit., p. 54. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: "Derecho...", Op. Cit., p. 164.

sino sencillamente porque vive en sociedad y la sociedad debe defenderse contra los que la atacan, sean éstos normales o anormales⁴⁷.

No se distingue, bajo esta concepción, entre imputables o inimputables. Toda persona, cualquiera que sea su edad o condición psíquica, responde de los delitos que cometa; pero ello no significa que la sanción sea la misma para todas. La calidad de la sanción depende de la categoría antropológica a que el delincuente pertenece, y la cantidad varía de acuerdo con el grado de su peligrosidad⁴⁸.

En suma, pues, el delincuente actúa determinado por factores antropológicos, físicos y sociales. Contra su actuación antisocial se produce la defensa de la sociedad. Su responsabilidad es, por consiguiente, social y adquiere carácter objetivo.

c. La Pena como Medio de Defensa Social con Carácter Preventivo

La pena deja de ser un castigo que se impone al delincuente en *retribución* o *compensación* del mal del delito cometido. Por ello se emplea, en lugar de pena, la palabra "*sanción*", como mecanismo de defensa social⁴⁹, que se realizaba mediante la prevención general (amenaza de pena a todos los ciudadanos), y la prevención especial (aplicación de dicha amenaza al delincuente).

Su medida ha de hallarse en la *peligrosidad del delincuente* y no en la *gravedad objetiva del delito*⁵⁰. Así, la naturaleza de la pena es que se

⁴⁷ DE LEÓN VELASCO, Héctor y DE MATA VELA, José Francisco: "Curso...", Op. Cit., p. 51.

⁴⁸ "La peligrosidad es un concepto difícil de definir. Jiménez de Asúa estima que consiste en la posibilidad de que un individuo cometa o vuelva a cometer un delito. Dicho en otras palabras, es la capacidad potencial que posee el individuo para convertirse en delincuente. Es por eso que se habla también de estado peligroso, disposición subjetiva revelada por las condiciones psíquicas del sujeto, sus antecedentes personales y su género de vida". Así, LABATUT GLENA, Gustavo: "Derecho...", Op. Cit., p. 53.

⁴⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: "La Ley...", Op. Cit., p. 52.

⁵⁰ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: "Derecho...", Op. Cit., p. 164.

convierta en una *terapeuta social*, encaminada a obtener la readaptación social del sujeto –siempre que ello sea posible– o su eliminación o segregación en caso contrario.

El tecnicismo positivo reemplaza la pena por la sanción, por lo mismo que deja de ser un castigo. La *sanción*, como la conciben los positivistas, no pretende causar un sufrimiento al culpable, sino asegurar la defensa social, procurando un máximo de seguridad con un mínimo de sufrimiento individual; y se traduce en las *medidas de seguridad*, que consisten "en ciertas disposiciones adoptables, respecto de determinadas personas, no dentro de una idea de amenaza o de retribución sino de un concepto de defensa social y de readaptación humana, por tiempo indeterminado"⁵¹.

La sanción, pues, debe adaptarse al delincuente, el juez debe aplicarla por un plazo indeterminado, hasta que cese la peligrosidad del reo. El fin principal de las penas deja de ser el restablecimiento del derecho violado y pasa a ser el de la prevención y, en esa virtud, las penas ya no son determinadas y proporcionales al daño causado por el delito, sino más bien sanciones indeterminadas y proporcionadas a la temibilidad del delincuente.

Pero el criterio defensorista de la Escuela Positiva no se detiene aquí. Las sanciones son insuficientes para luchar con éxito contra la criminalidad, fenómeno sometido a causas muy complejas que no pueden ser combatidas mediante la simple represión de los delitos. Es preciso complementarla con medidas que tiendan a *prevenir* la delincuencia, mucho más efectivas que las sanciones, porque no atacan como éstas el efecto, sino las causas generadoras del delito. FERRI distingue dos formas de prevención: la *indirecta* o *remota* y la *directa* o *próxima*.

La *prevención indirecta* o *remota* corresponde a los que el citado autor denominó *sustitutivos penales*, o sea, conjunto de medidas de muy diversa índole tendientes a mejorar las condiciones de vida de las personas⁵².

⁵¹ LABATUT GLENA, Gustavo: "Derecho...", Op. Cit., p. 55.

⁵² NOVOA MONREAL, Eduardo: "Curso...", Op. Cit., p. 87.

Las hay, por ejemplo, de orden social, científico, administrativo, familiar, económico, educativo, político, etc.

Entre las de *orden social* cita la construcción de viviendas para empleados y obreros, el fomento de los deportes, el mejoramiento del alumbrado público, etc.; como medidas de *orden científico* menciona FERRI los mecanismos de seguridad y alarma para prevenir hurtos y robos, adecuados medios para descubrir delitos, etc.; de *orden administrativo* señala los patronatos de excarcelados, los límites a la producción y venta de bebidas alcohólicas, recoger las armas de fuego, etc.; de *indole familiar* el divorcio para la disolución del vínculo conyugal, que tiende a prevenir los adulterios, etc.; como medidas de *carácter económico* indica las obras públicas y la previsión social, etc.; en el *orden educacional* propone mejorar la educación, el fomento de la instrucción de tipo profesional, la supresión de los espectáculos y publicaciones crueles o inmorales, suprimir casas de juego, etc.; en el *orden político*, propone la plena libertad de opiniones, buen sistema electoral, etc.

d. Delincuente como Ser Anormal

El delincuente es un ser *anormal*⁵³ y en él deben centrarse tanto el estudio científico, como las medidas legales que se adopten para combatir el delito⁵⁴. No se distingue entre imputables y no imputables. Delincuente es el individuo que perpetra un hecho dañino a los intereses sociales, cualesquiera que sean las condiciones o circunstancias en que se encuentre. La mera imputabilidad física trae consigo la responsabilidad penal. Recordemos en este punto que, para la Escuela Clásica, en cambio, la simple atribución material del hecho punible a su autor no acarrea responsabilidad criminal si éste no obro con libre albedrío.

⁵³ "La afirmación de la anormalidad del transgresor de la ley no es más que la consecuencia de la concepción determinista negadora del libre albedrío". VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: "Derecho...", Op. Cit., p. 165.

⁵⁴ DE LEÓN VELASCO, Héctor y DE MATA VELA, José Francisco: "Curso...", Op. Cit., p. 54.

C. PARALELO ENTRE LAS ESCUELAS CLÁSICA Y POSITIVA

POSTULADO	ESCUELA CLÁSICA	ESCUELA POSITIVA
Método	Deductivo o apriorístico	Inductivo, de observación y experimentación
Delito	Es un ente jurídico	Es un ente de hecho, un fenómeno natural y social, y no solamente un ente jurídico
Responsabilidad	a) La responsabilidad criminal se funda en el libre albedrío o libre arbitrio. b) su origen es producto de la voluntad inteligente y libre del hombre	a) Fundamenta la responsabilidad penal en la responsabilidad social b) su origen es producto de un complejo determinismo que lo integran causas antropológicas, físicas y sociales.
pena	a) Es eminentemente retributiva y un medio de tutela jurídica. b) Se sostiene como un dogma el principio de la pena cierta, preñada en la sentencia. c) Proclama el principio de proporcionalidad de la pena.	a) La sanción es un medio de defensa social y con una finalidad preventiva. b) Sustituye el principio de la pena cierta por el de la indeterminación de la sanción. c) Afirman que la sanción debe imponerse teniendo en cuenta el grado de peligrosidad del delincuente
delincuente	a) Parte del supuesto de la normalidad del delincuente; no exige que la pena se adapte a él. b) No estudia al delincuente.	a) Afirma que se trata de un ser anormal, exige que la sanción se adapte a él. b) Estudia al delincuente como una exigencia básica.
Punto de vista político-social	Se inspira en el principio "pro-reo", con descuido de la seguridad de la sociedad.	Destaca la necesidad de mantener un equilibrio entre los derechos del individuo y los de la sociedad.

D. ESCUELAS ECLÉCTICAS O MIXTAS

A consecuencia de las polémicas que suscitó el apareamiento de la Escuela Positiva, surgieron diversas tendencias de tipo ecléctico o mixto que, dejándose guiar por los dictados de la experiencia, recogen, en una labor de compromiso, lo mejor de las dos escuelas antagónicas y pretenden fundar sistemas prácticamente útiles, capaces de influir de un modo efectivo en la formación del nuevo Derecho Penal codificado. Entre las principales están: a) Escuela del Positivismo Crítico o *Terza Scuola* (Tercera Escuela); b) Escuela de la Política Criminal Alemana; c) Escuela Dualista; d) Escuela Técnico-Jurídica.

1. Escuela del Positivismo Crítico o *Terza Scuola*

Sus más reconocidos representantes son MANUEL CARNEVALE y BERNARDINO ALIMENA (1861-1915). Proclama esta Escuela como eje principal la separación del Derecho Penal de la Sociología Criminal. Rechaza la existencia del *criminal nato* y combate la teoría de la anormalidad morbosa del delincuente: el delito es un fenómeno determinado predominantemente por causas sociales, lo que no excluye la existencia de criminales degenerados. Niega el libre albedrío y fundamenta la responsabilidad en la intimidabilidad, o sea, en la aptitud del individuo para sentir la coacción psicológica de la pena. De los imputables la sociedad se defiende mediante las penas, de los inimputables, mediante las medidas de seguridad. Concede mayor importancia a la prevención que a la represión de los delitos.

2. Escuela de la Política Criminal Alemana

Dentro de la inspiración del positivismo crítico se coloca también la escuela del insigne profesor alemán FRANZ VON LISZT⁵⁵ (1851-1919), cuya doctrina es conocida con el nombre de Política Criminal Alemana. De muy marcada influencia en autores contemporáneos.

⁵⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: "La Ley...", Op. Cit., p. 62.

Sus postulados principales son los siguientes:

- 1) El Derecho Penal es una ciencia independiente de la Sociología Criminal, de la cual difiere tanto por su contenido –la exposición dogmática del Derecho vigente– como por su método, el lógico–abstracto. En tal sentido, la dirección político–criminal proclama la necesidad de emplear un método jurídico para indagar el contenido del Derecho positivo y el método experimental como útil para el trabajo criminológico⁵⁶;
- 2) Mantenimiento simultáneo de los conceptos de imputabilidad como nexo subjetivo en la responsabilidad (pero independiente de la libertad moral), basada en la normalidad psíquica, pues rechaza el libre albedrío, y de estado peligroso⁵⁷, aunque no en la forma amplia en que lo concibió GARÓFALO, sino limitado a ciertas categorías de delincuentes: reincidentes, mendigos y vagabundos, alcohólicos y defectuosos mentales;
- 3) Consideración del delito como concepto jurídico; pero que como fenómeno natural y social, surge de la vida por impulso de factores exógenos y endógenos⁵⁸. El delito era para FRANZ VON LISZT, un producto social y la antijuridicidad un daño social. Negaba la autodeterminación y, por ende, fundaba la responsabilidad penal sobre la "*normal motivación*" o posibilidad de "*normal motivación*" del delincuente⁵⁹; y,
- 4) La lucha contra la criminalidad debe emprenderse utilizando conjuntamente las penas (para delincuentes imputables) y las medidas de seguridad (para los sujetos peligrosos), que no se excluyen sino que se complementan, pero ambas con una finalidad. En otras palabras FRANZ VON LISZT, atacó la teoría

⁵⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: "La Ley...", Op. Cit., p. 63.

⁵⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: "La Ley...", Op. Cit., p. 63.

⁵⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: "La Ley...", Op. Cit., p. 63.

⁵⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl: "Manual...", Op. Cit., Pgs. 192 y 193.

de la pena como retribución y sostuvo que la pena tiene un contenido teleológico preventivo, *general* y *especial*, pero insistiendo particularmente en su función de *prevención especial*, es decir, en su accionar terapéutico sobre el delincuente mismo⁶⁰.

En síntesis, se aprecia en la Escuela Político-Criminal una caracterización dualista: método jurídico de un lado, y experimental de otro; concepción del delito como entidad jurídica y como fenómeno natural; imputabilidad y estado peligroso, y como consecuencia, penas y medidas de seguridad.

3. Escuela Dualista

Extremando el último postulado de la Escuela de la Política Criminal Alemana, se ha llegado a concebir una tendencia dualista que propicia la descomposición de las legislaciones penales en dos Códigos: uno penal, de índole retributiva, y otro preventivo, que contendría las medidas de seguridad. La idea fue esbozada en Alemania por el profesor CARLOS VON BIRKMEYER y desenvuelta más tarde simultáneamente, en ese país por ERNESTO BELING, y en Italia por SILVIO LONGHI⁶¹.

4. Escuela Técnico-Jurídica

Desde fines del siglo XIX se diseña un movimiento neo-clásico que en Italia alcanza su máximo esplendor con la Escuela Técnico-jurídica. A ella pertenecen VINCENZO MANZINI, ARTURO ROCCO (1876-1942), CARNELUTTI, PANNAIN, MAGGIORE, PETROCELLI, etc.; en Alemania puede contarse entre sus partidarios a CARLOS BINDING.

La Escuela Técnico-jurídica depura al Derecho Penal de las infiltraciones filosóficas con que los clásicos lo vincularon, y de las concepciones bio-sociológicas de los positivistas, que incluso lo hicieron perder su autonomía, y reduce el objeto de la Ciencia Penal a la tres

⁶⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl: "Manual...", Op. Cit., p. 192.

⁶¹ Así, LABATUT GLENA, Gustavo: "Derecho...", Op. Cit., p. 61.

momentos en la elaboración jurídico penal: la *exégesis* (punto de partida que indaga el sentido de las proposiciones jurídico-penales)⁶², la *dogmática* (de la cual resultan los dogmas o categorías conceptuales de carácter general, con las que se elabora el sistema) y la *crítica* (deber ser, juicios de valor sobre el Derecho vigente), del Derecho positivo⁶³, al estudio de los delitos y de las penas en su aspecto jurídico, como hechos o fenómenos regulados en el contenido de los textos legales vigentes. Parte de la base de que las normas jurídicas son debidas a un proceso de abstracción y de generalización, que constituye el método lógico-abstracto, absolutamente diverso del de las Ciencias Naturales y Sociales.

Según el planteamiento de ROCCO, luego de estudiar la crisis en la que clásicos y positivistas sumieron al Derecho Penal, el texto de la ley era el punto de partida, pues, decía: "tan solo el derecho positivo vigente, único que la experiencia nos señala y en el cual solamente puede encontrarse el objeto de una ciencia jurídica como lo es el derecho penal y como debe y ha de continuar siéndolo, desmentidos ya los oráculos de una antropología tan cómoda como inexacta"⁶⁴. Con tal argumento se imponía un cambio de rumbo en el método de la Ciencia Penal, cuyos frutos llegan hasta la actualidad. La dirección técnico-jurídica representa una orientación concreta (el positivismo jurídico⁶⁵) dentro de ella.

Reducido el Derecho Penal a su aspecto jurídico, ni siquiera la legislación penitenciaria es considerada parte de él, sino del Derecho Administrativo. Elimina el libre albedrío como fundamento de la

⁶² "Siguiendo el camino trazado por los positivistas alemanes, distinguió Rocco tres momentos en la elaboración jurídicopenal: la exégesis, la dogmática y la crítica". Así, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: "Derecho...", Op. Cit., p. 166.

⁶³ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: "Derecho...", Op. Cit., p. 166. BUSTOS RAMÍREZ, Juan: "Manual...", Op. Cit., p. 113.

⁶⁴ ROCCO, Arturo, citado por VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: "Derecho...", Op. Cit., p. 166.

⁶⁵ Sobre el positivismo penal se ha dicho lo siguiente: "En el plano jurídico-penal, el culto al hecho del positivismo, da lugar a dos grandes ramas del positivismo penal: una que considera como "hecho" el dato de la realidad social (positivismo fáctico) y otra que considera que "hecho" es el dato de la ley (positivismo jurídico). En tal sentido, ZAFFARONI, Eugenio Raúl: "Manual...", Op. Cit., p. 192.

imputabilidad, que sustituye por la normalidad psíquica, y distingue entre imputables, sometidos a las penas, e inimputables, sujetos a medidas de seguridad.

El delito es concebido como fenómeno jurídico. Corresponde a otras ciencias (antropología y sociología criminales) estudiarlo como fenómeno individual y social. No niega las raíces antropológicas y sociológicas del hecho delictivo; pero se empeña en conservar el carácter estrictamente jurídico del Derecho Penal. La pena tiene el carácter de reacción jurídica contra el delito y está reservada sólo a los imputables, pues, como se dijo, para los inimputables se destinan las medidas de seguridad.

Esta tendencia es criticada por su estricta adhesión a las fórmulas jurídicas, conduciéndola a un estudio formal del delito y a desentenderse de los problemas de fondo.

E. LAS ESCUELAS PENALES Y SU INFLUENCIA EN LA LEGISLACIÓN POSITIVA SALVADOREÑA

La influencia de la Escuela Clásica se hizo sentir en la codificación penal salvadoreña. La difusión legislativa de sus principios se realizó a través del Código Penal francés de 1810, que sirvió de modelo a un considerable número de Códigos penales extranjeros, entre ellos a los españoles, inspiradores de toda la legislación penal latinoamericana durante el siglo XIX.

El primer Código Penal español se dictó en 1822, su vigencia fue efímera, pues se le derogó al año siguiente. El Código Penal salvadoreño, que comenzó a regir el 26 de abril de 1826, reconoce como fuente principal el Código Penal español de 1822.

La Escuela Positiva, no obstante su trascendencia en la formación de las modernas concepciones penales, no influyó en forma directa sobre la codificación. En el movimiento legislativo contemporáneo prevalecen la tendencia ecléctica de la política criminal de LISZT y la neo-clásica de la escuela técnico-jurídica, especialmente esta última. Los nuevos códigos

acogen los principios de la defensa social contra el delito, en particular las medidas de seguridad, la individualización de la pena, el arbitrio judicial, la suspensión condicional de la ejecución de la condena y la libertad condicional.

El actual Código Penal salvadoreño (1998) puede considerarse una legislación que tiene un marcado carácter ecléctico, como oportunamente tendremos ocasión de comprobar.

MATERIALES PARA EL TRABAJO PRÁCTICO

I. Lecturas Seleccionadas

- A) **LAS ESCUELAS PENALES.** *“Desde que BECCARIA fundara la moderna ciencia del derecho penal con la publicación de su famoso libro, las concepciones sobre el método han variado de tal manera que ha sido posible asignarle a esta disciplina diversos objetos del conocimiento: el derecho natural, el delito como manifestación biológica o psicológica, y el derecho positivo. Ahora bien, las diversas posturas metódicas siguen vías diferentes en los dos países mencionados. En efecto, mientras que en Italia las distintas corrientes de pensamiento se congregan en torno a diferentes objetos: el derecho natural para la Escuela Clásica, el delito como hecho empírico para la Escuela Positiva, y el derecho positivo para la Escuela Técnicojurídica, en Alemania, pese a haberse presentado diferentes enfoques metódicos, el objeto de la ciencia penal ha sido básicamente el mismo: el derecho positivo. Desde luego, cada una de esas posiciones en el plano metodológico se corresponde con una determinada escuela o concepción; por escuelas penales se entiende el cuerpo orgánico de ideas contrapuestas sobre la legitimidad del derecho de castigar, sobre la naturaleza del delito y el fin de las sanciones”.* VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: **“Derecho Penal”**, (Parte General), Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1994, p. 158.
- B) **PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO DEL POSITIVISMO CRIMINOLÓGICO ITALIANO.** *“Los positivistas italianos abrazaron la metodología de las ciencias naturales; así, el propio FERRI (...) confiesa que los*

*procedimientos de investigación de los naturistas son los que conviene aplicar al campo penal (...) Que el cambio del objeto científico consistente en el paso del «delito» al «delincuente» es fácilmente explicable. Según los positivistas, los clásicos, utilizando el método deductivo o de la lógica abstracta, perdieron de vista al delincuente, «mientras que en la justicia penal cotidiana él es el protagonista vivo y efectivo...», a causa del método que adoptaron «resultó que, no preocupándose en conocer científicamente la realidad humana y las causas de la delincuencia, no les fue posible indicar los remedios adecuados...» (...) La Escuela Clásica concibió el Derecho Penal como un sistema de principios y dogmas que, dictados por razón natural, se deducían por un procedimiento lógico-abstracto: sistema cuyo sillar fundamental lo ocupaba el concepto de delito como «ente jurídico» o «ente de razón jurídica». El delincuente no podía ser más que una pieza necesaria para la plena construcción del edificio, aceptar que el Derecho Penal fuese una creación de la razón, y ello como premisa general metódica ante cualquier saber científico (...) Desde otro punto de vista (...) la Escuela Positiva se enfrenta con uno de los pilares del sistema de los clásicos: la libertad de voluntad del hombre que delinque. Para los positivistas, era indemostrable, según había puesto de manifiesto la psicología positiva, que el sujeto delincuente hubiese optado «libremente» por el mal (delito) en lugar de por el bien, como creían los clásicos; por el contrario, el llamado «libre albedrío», según demostraba la observación «científica» no era más que una «pura ilusión subjetiva».*QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: “**Derecho Penal**”, (Parte General), Marcial Pons, Madrid, España, 1992. Pgs. 196 a 198.

C) EL POSITIVISMO NATURALISTA ALEMÁN. *“La gran revolución científica en el Derecho Penal en el siglo XIX, la determinó la aparición de los movimientos y escuelas del llamado «positivismo naturalista». Este hecho aconteció en Italia antes que en Alemania, pero en cada uno de estos países habría de tener una diferente orientación (...) El movimiento se inicia en Alemania con FRANZ VON LISZT, fundador de la «Escuela Sociológica» o «Joven Escuela» del Derecho Penal. La obra científica de FRANZ VON LISZT supone una nueva y revolucionaria forma de entender el método del Derecho Penal, del delincuente, de la relación entre los individuos con el poder punitivo, del significado de la Política Criminal, del significado del «sistema dogmático», etc. (...) En cuanto al «objeto» de la Ciencia del Derecho Penal, VON LISZT introduce el nuevo concepto de (...) (ciencia total del Derecho Penal) comprensiva de varias disciplinas: la Ciencia del Derecho Penal en sentido propio, que comprendía el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal, y junto a ella, la Criminalística, la Criminología, la Penología y la Política Criminal (...) Consecuencia de su concepción sobre el objeto de nuestra ciencia era que la Criminología y la Política Criminal no se cercenaban ni sustituían a la Dogmática jurídico-penal. En su pensamiento, estaba claramente delimitada la relación entre el Derecho positivo y las restantes disciplinas que componían la «Ciencia del Derecho Penal». Las líneas esenciales de su método las expresa VON LISZT en un trabajo crítico sobre los conceptos de acción y de bien jurídico (...) En primer lugar, VON LISZT señala la doble perspectiva de la ciencia jurídica: como ciencia «sistemática» y como ciencia «práctica». Su método habrá de prestar atención a esa vertiente binaria. En cuanto a la primera característica, nada tiene de especial el que se pueda apreciar en la ciencia jurídica,*

pues «toda» ciencia tiende al conocimiento sistemático de su objeto. En tal sentido, la jurisprudencia es el «conocimiento sistemático de los preceptos jurídicos». Para ello, ha de superar distintas fases. En la primera, el jurista ha de «reunir material», esto es, los preceptos jurídicos, que debe buscar en el Derecho «vigente», sin que por ello pueda separarlos de su historia. En un segundo momento, procederá al «exacto análisis» de las proposiciones jurídicas que de ese modo haya encontrado y los conceptos unidos a ellas como sujeto y predicado; el resultado será una serie de conceptos en los que pondrá a prueba la inteligencia del jurista; con esas definiciones se obtiene el material necesario para lograr una «síntesis» fructífera». Mas con esa tarea no se ha cumplido aún el objeto de la ciencia, pues falta todavía un tercer paso: la ciencia jurídica tiende al «sistema», que supone la relación e interordenación de los conceptos y sus correspondientes proposiciones. Sólo la ordenación sistemática permite el pleno dominio de los aspectos particulares. Siempre ascenderá por el camino de la abstracción, yendo de conceptos especiales a conceptos más generales. Pero la «abstracción» empuja más allá: nos lleva al campo de la «Teoría general del Derecho»; de ahí se puede pasar, finalmente, al terreno de la «Teoría general de la ciencia». Pero para VON LISZT, la dimensión sistemática de la ciencia del Derecho no es más que una parte, la ciencia del Derecho es también una ciencia netamente «práctica». Para acercarse a la «vida» del Derecho, han de comprenderse no «conceptos», sino «hechos». La abstracción conceptual expresa la vida jurídica del pueblo. El mismo precepto jurídico es el resultado de una abstracción conceptual sobre numerosas experiencias de la vida jurídica. La ciencia jurídica trabaja, pues, con conceptos que extrae de «hechos», y a «hechos» se refieren. El valor total de los

conceptos jurídicos, la significación científica del sistema, se apoya en que éste facilita y asegura la aplicación de los preceptos a los hechos de la vida jurídica. La ciencia jurídica sale de la vida real del Derecho y trabaja para ella. Y por ello, no es una ciencia espiritual que se apoye en los instrumentos de la lógica formal, es más, no tolera el formalismo". QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: "**Derecho Penal**", (Parte General), Marcial Pons, Madrid, España, 1992. Pgs. 209 a 213.

2. Cuestionario

- A) ¿Qué son las Escuelas Penales?
- B) ¿Por qué se denomina a la primera Escuela del Derecho Penal "Escuela Clásica"?
- C) ¿Cuáles son los dos períodos que en su evolución histórica se le señalan a la Escuela Clásica?
- D) Explique, brevemente, a qué se refieren los postulados de la Escuela Clásica.
- E) ¿Cuál es la concepción del delito de la Escuela Clásica?
- F) ¿Cuál es la principal crítica que FERRI le formula a la Escuela Clásica y que según él la llevó a su fracaso?
- G) Destaque los postulados en que se fundamenta la Escuela Positiva.
- H) ¿Qué otras Escuelas Penales puede mencionar?

3. Actividades Prácticas

- A) Procure identificar disposiciones del Código Penal en que sea posible fundamentar, por su analogía, algún postulado de la Escuela Clásica. Explique, caso de identificarlas, por qué.

- B) Procure identificar disposiciones del Código Penal en que sea posible fundamentar, por su analogía, algún postulado de la Escuela Positiva. Explique, caso de identificarlas, por qué.

4. Temas para Discusión

- A) Compare los postulados de la Escuela Clásica y los de la Escuela Positiva y analice ¿Cuál o cuáles de ellos considera que tienen vigencia en el momento actual? Explique ¿Por qué?
- B) Analice la Escuela de la Política Criminal Alemana y diga si supera a las escuelas penales Clásica y Positiva.

III

HISTORIA DEL DERECHO PENAL SALVADOREÑO

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. A. ANTECEDENTES DEL DERECHO PENAL. 1. El Derecho Prehispánico. 2. Leyes Aplicadas durante la Conquista y la Colonia. a. El Fuero Juzgo. b. El Fuero Real. c. Las Partidas. d. Las Leyes de Indias. B. EVOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL. 1. El Movimiento Independentista. 2. Épocas en que se Dicta la Legislación. A. Primera Época: Asamblea Constituyente Federal. b. Segunda Época: Asamblea Nacional de El Salvador. c. Tercera Época: Disolución de la Federación. C. LOS CÓDIGOS PENALES SALVADOREÑOS. 1. El Código Penal de 1826. a. Estructura y Contenido. b. Principales Reformas. 2. El Código Penal de 1859. 3. El Código Penal de 1881. 4. El Código Penal de 1904. 5. El Código Penal de 1974. a. Vigencia del Código Penal. b. Estructura y Contenido. 6. El actual Código Penal (1998). a. Su Origen. b. Directrices Político-Criminales. c. Antecedentes. d. Estructura y Contenido. e. Principales Reformas. MATERIALES PARA EL TRABAJO PRÁCTICO.

INTRODUCCIÓN

Antes de iniciar el estudio de la evolución histórica del Derecho Penal salvadoreño, conviene recordar que un Código Penal es el resultado de una decisión política, y como tal, se convierte en una expresión del poder que la ha tomado. En ese sentido, una adecuada comprensión de un ordenamiento de esta naturaleza únicamente puede lograrse si él es pensado en función de un contexto mayor, que son las pautas político-criminales que lo han generado¹. Esta idea constituye el punto de partida del estudio evolutivo de nuestra legislación penal; asimismo, mediante su análisis indagaremos *qué* se castiga, *porqué* se castiga y *cuáles* son sus castigos.

¹ PESSOA, Nelson R.: "Reseña del Código Penal de Portugal (del 23/9/82)", en *Doctrina Penal*, Año 9, Nos. 33 a 36, Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1986, p. 183.

También procuraremos, por una parte, señalar en esta reseña los acontecimientos y situaciones más sobresalientes de nuestra historia jurídico-penal. Sin embargo, esto será posible sólo parcialmente, teniendo en cuenta las limitantes para realizar un trabajo acabado y completo, por la escasez de material histórico².

Por otra parte, la evolución del Derecho Penal de nuestro país procuramos encuadrarla dentro de las etapas de la Historia de Centro América³: Pre-colombina, Conquista, Colonia e Independencia.

Los Códigos Penales salvadoreños, seis en total, tienen su génesis en el orden siguiente:

El primer Código Penal se dictó en 1826. Constituye una copia del Código Penal español de 1822⁴. Es en Latinoamérica el primer Código en su género.

El segundo Código Penal es el de 1859. Inspirado también en el Código Penal español de 1848, el que a su vez tomó parte de las bases del primer Código Penal de Brasil de 1930⁵.

² En igual sentido, SOL CASTELLANOS, Jorge: "**Historia de la Legislación Penal Salvadoreña**", en Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Año I, Nos. 3 y 4, San Salvador, El Salvador, 1947, p. 35.

³ Así, VIDAL, Manuel: "**Nociones de Historia de Centro América**"(Especial para El Salvador), Novena Edición corregida y aumentada, Ministerio de Educación, Dirección de Publicaciones, San Salvador, El Salvador, 1970, p. 16. En igual sentido RODRÍGUEZ RUIZ, Napoleón: "**Historia de las Constituciones Jurídicas Salvadoreñas**", Tomo I, Editorial Universitaria, San Salvador, El Salvador, 1959, p. 162.

⁴ De este Código se ha dicho: "El primer Código Penal español es el de 1822: Texto influido por el Código Penal de Napoleón y del que no se sabe muy bien si llegó a entrar alguna vez en vigor, pues en 1823 al volverse a instaurar en España la monarquía absoluta, anuló todos los actos realizados por el llamado Gobierno Constitucional". Así, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: "**Introducción a la Parte General del Derecho Penal Español**", Universidad Complutense, Madrid, España, 1979, p. 19.

⁵ La fuente del Código español promulgado en 1948, tiene sus raíces en el Código francés de 1810, en el napolitano de 1819 y en el brasileño de 1830. Así, FRAGOSO, Heleno Claudio: "**El Derecho Penal Comparado en América Latina**", en Doctrina Penal, Año 1, Nos. 1 a 4, Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1978, p. 715.

El tercer Código Penal fue decretado en 1881. Código que presenta la peculiaridad de haber sido emitido por el, entonces denominado, Poder Ejecutivo⁶.

El cuarto Código Penal es el de 1904, el cual conservó la estructura de su similar de 1881.

El quinto Código Penal, publicado en 1973, entró en vigencia a partir del 15 de Junio de 1974. Con él se rompió, en parte, la influencia penal española, al receptor casi íntegramente la Parte General del Código Penal Tipo para Latinoamérica.

El sexto y actual Código Penal comenzó a regir a partir del 20 de abril de 1998.

A. ANTECEDENTES DEL DERECHO PENAL

Los datos en relación al sistema jurídico salvadoreño, particularmente del Derecho Penal antes del descubrimiento de América, son imprecisos. Generalmente están librados a la interpretación y referencia que de él hicieron los conquistadores y algunos misioneros. Este vacío cultural ha relegado al desconocimiento las concepciones penales precolombinas en El Salvador⁷. En efecto, las instituciones indígenas, anteriores al descubrimiento de América, tienen más interés para el sociólogo y para el historiador que para el jurista. A ello obedece que en lo jurídico no haya certeza histórica de los usos, costumbres e instituciones de los aborígenes; tampoco se sabe que hayan establecido el sistema de leyes escritas –aunque sobre este punto hay autores

⁶ Mayores datos en FERNÁNDEZ, Julio Fausto: "Sueños y Reflexiones al Atardecer", Ministerio de Educación, Dirección de Publicaciones, San Salvador, El Salvador, 1974, p. 77.

⁷ Constituye una sobresaliente contradicción el hecho de que en las bibliotecas de nuestras universidades contemos con abundante información acerca de la historia del Derecho Penal y de la evolución de las ideas penales, de milenarias culturas como las de Siria, Babilonia, Egipto, India, China, Israel, Persia, etc. las cuales se deben al esfuerzo de los tratadistas, y en lo que se refiere a nuestra realidad jurídica precolombina estamos en la más absoluta ignorancia.

que discrepan⁸—, ni que hayan dedicado su actividad, de manera sistemática, al estudio de las normas que habían de regir su conducta. Por estas razones, no existe seguridad científica sobre el embrionario Derecho Penal, que debió existir entre las poblaciones indígenas.

1. El Derecho Prehispánico

Hemos afirmado la pobre documentación que tenemos del Derecho Penal que precede al descubrimiento de América⁹, pero según documentos históricos que pretenden interpretar y describir la realidad social salvadoreña anterior a la conquista, como la carta del Oidor DIEGO GARCÍA DE PALACIO¹⁰, es que ALEJANDRO DAGOBERTO MARROQUÍN atribuye al Derecho Prehispánico salvadoreño cuatro características, las que resumimos así:

- a) *Sincretismo jurídico*, mezcla de preceptos religiosos con preceptos jurídicos;
- b) *Consuetudinario*, proyectado a través de la costumbre;

⁸ Así, por ejemplo, niega el uso de la escritura para la formulación de leyes el jurista SOL CASTELLANOS; Jorge: *Historia...*, Op. Cit., p. 35. Aunque algunos historiadores son enfáticos en afirmar que si conocían la escritura la cual la hacían sobre pergaminos de piel de venado o de conejo. Los objetos materiales los representaban por medio de pinturas y ocupaban asimismo los jeroglíficos. Bajo esta apreciación se ha dicho que "Las leyes se publicaban por medio de edictos. Los funcionarios que se encargaban de llevarlos, tenían mosqueadores de plumas que les servían de credenciales. También había mensajeros que, a grandes gritos, recorrían las poblaciones promulgando los decretos". En tal sentido VIDAL, Manuel: "Nociones...", Op. Cit., Pgs. 29 y 45.

⁹ "Sobre el Derecho penal y el Derecho procesal vigentes en los territorios de las Indias no es mucho lo que podemos decir. No hemos realizado investigaciones personales sobre estos temas y escasean los estudios monográficos sobre los mismos cuyas conclusiones puedan ser aprovechadas en una obra de conjunto". Así, OTS Y CAPDEQUI, José María: "**Historia del Derecho Español en América y del Derecho Indiano**", Editorial Aguilar, S.M.D. p. 167.

¹⁰ Así, MARROQUÍN, Alejandro Dagoberto: "**El Derecho Primitivo**", en *Revista de Derecho* (Órgano de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador), Época 2, No. 1, San Salvador, El Salvador, 1969, p. 43. También con comentarios a la mencionada misiva VIDAL, Manuel: "Historia...", Op. Cit., p. 125.

- c) *Formalista*, contiene mucho *ritualismo religioso y mágico* como parte del procedimiento; y,
- d) *Comunitario*, los sujetos del derecho son grupos, no individuos. En tal estadio todavía no se ha llegado a la individualización de la pena. Ante los Consejos de Ancianos (tribunales), se presenta la familia o el grupo de parientes; y cuando existe condena, entre todos pagan la indemnización correspondiente¹¹.

Con base en la carta de GARCÍA DE PALACIO, señala MARROQUÍN¹² que los grupos indígenas, particularmente los Pipiles, los Mayas y los Lencas, tenían su propio sistema jurídico de carácter primitivo, fundamenta tal afirmación en algunos párrafos de la misiva, que dicen:

"Fuera de otras leyes que los indios tenían en toda esta provincia, tenían los de esta nación por inviolables las siguientes: Cualquiera que menospreciara los sacrificios de sus ídolos o ritos, moría por ello, (caso típico de delito público señalado como ofensa a los dioses) cualquiera que se echaba con mujer ajena moría por ello, (caso típico de delito privado, autorizada la muerte, eran el marido o los parientes del marido los que tenían el derecho de matar)."

Otro autor que refiere datos del Derecho Penal precolombino salvadoreño es MANUEL VIDAL¹³ al escribir: *"El adúltero lo desterraban, pero si había combatido (el adúltero) era perdonado. Los acusados de pecado carnal pagaban una fuerte multa. El que cometía adulterio con la esposa de su amo era inmediatamente condenado a muerte. A los indios que menospreciaban los ritos religiosos se les imponía la pena capital. El que hablaba con mujer casada lo desterraban. El que abusaba de la esclava ajena, era condenado a esclavitud, a menos que el Gran Sacerdote lo perdonase. El ayuntamiento carnal estaba prohibido entre parientes dentro*

¹¹ Esto tiene una explicación político-social en tanto que la vida es comunitaria, no existe la propiedad privada individual sino la propiedad familiar o comunitaria. El hombre es más gregario todavía que en la actualidad.

¹² MARROQUÍN, Alejandro Dagoberto: "El Derecho...", Op. Cit., p. 54.

¹³ VIDAL, Manuel: "Nociones...", Op. Cit., p. 35.

del séptimo grado en línea recta y cuarto en transversal, y era castigado con la pena de muerte. El que hurtaba, si era cogido in fraganti, era entregado al dueño, que lo ataba hasta que entregara el objeto o su equivalente. Si no podía pagar se le afeitaba el cabello; y cuando le crecía, si no había satisfecho aún la deuda, se le volvía a quitar. El que cometía pecado contra naturaleza, era apedreado. Aunque se les permitía a los hombres tener varias mujeres, una sola era considerada como legítima, las demás concubinas". Más adelante agrega el Dr. VIDAL: "Se establecieron tributos cuando había motivos para hacerlo, penando con la muerte a quien impidiese la recaudación. El homicidio, el hurto de cosas sagradas, el atentado contra el señor y el incendio provocado eran castigados con la pena de muerte. El tormento también lo practicaban, colgando de los pulgares al delincuente. Al jefe militar que no cumplía con sus obligaciones, se le condenaba a la muerte"¹⁴.

De estos párrafos se desprende que algunas de las conductas prohibidas tenían un alto contenido moral-familiar y otras lo eran de naturaleza religiosa, como el adulterio o el menosprecio de ritos sagrados, respectivamente; existía también el perdón —forma de indulto— de las penas impuestas el que era otorgado por el Gran Sacerdote.

Según PALACIOS MOTTA: "La administración de la justicia estuvo centralizada y jerarquizada. La organización jurídica y base fundamental del Derecho fue la unidad familiar monogámica"¹⁵.

Existe, pues, una aproximación entre nuestro Derecho Penal aborígen y la génesis del Derecho Penal en general, pues aquél en la época de nuestros ancestros atravesó las etapas del Derecho Penal¹⁶, como la venganza privada, la venganza familiar, la venganza divina —sacrificios humanos para aplacar la

¹⁴ VIDAL, Manuel: "Nociones...", Op. Cit., p. 45.

¹⁵ PALACIOS MOTTA, Jorge Alfonso: "Apuntes de Derecho Penal", Guatemala, S. M. D., p. 87.

¹⁶ DE LA RÚA, Jorge: "El Derecho Penal Latinoamericano", en Doctrina Penal, Año 4, Nos. 13 a 16, Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1981, p. 433.

ira de los dioses¹⁷ – y la venganza pública. También podemos considerar como característica sobresaliente la acentuada convicción religiosa que obligaba a imponer penas expiatorias demasiado crueles.

2. Leyes Aplicadas durante la Conquista y la Colonia

La Historia del Derecho Penal salvadoreño es, en gran medida, la misma historia del Derecho hispano. En efecto, de España se trasladó a América parte de su sistema jurídico tanto durante la conquista como en la colonia¹⁸. Algunas de esas leyes son: el Fuero Juzgo, el Fuero Real y Las Partidas¹⁹. A las que se adicionaron la Recopilación de las Leyes de los Reinos de Indias o, simplemente, Leyes de Indias.

Durante la época de la conquista y colonial el Derecho penal fue un ordenamiento represivo y cruel. Testimonio elocuente de ello lo tenemos en que los delitos cometidos por los indígenas se penaban con la esclavitud incluyendo a mujeres y niños²⁰, la esclavitud podía ser perpetua o temporal; se conmutaba la pena de muerte por la de esclavitud, otras penas que se aplicaron fueron las mutilaciones corporales, los azotes, las marcas con hierro candente, los trabajos forzados, etc.

¹⁷ Entre las sanciones de esta naturaleza estaba "...la llamada *sanción ritual*, como sanción sobrenatural fundada en las creencias religiosas, y que determina a veces la participación colectiva en el *ritual sacrificia*". Así, DE LA RÚA, Jorge: "El Derecho...", Op. Cit., p. 435.

¹⁸ Sobre la influencia del Derecho Penal español véase a MAC IVER, Luis Cousiño: "**La Influencia Española en la Codificación penal Iberoamericana**", en *Doctrina Penal*, Año 4, Nos. 13 a 16, Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1981, Pgs. 5 a 13.

¹⁹ Suele citarse por autores centroamericanos otras leyes, por ejemplo: los Fueros Locales, el Ordenamiento de Alcalá, las Leyes de Toro, la Nueva Recopilación y la Novísima Recopilación. PALACIOS MOTTA, Jorge Alfonso: "Apuntes...", Op. Cit. Pgs. 87 y 88.

²⁰ Los misioneros católicos denunciaron la arbitrariedad de las autoridades locales y a ello se debió que el Reino español haya iniciado una campaña humanitaria en favor de los indígenas. En 1530 se dictaron las Reales Cédulas que impusieron limitaciones a los conquistadores esclavistas y desde entonces se prohibió someter a servidumbre a mujeres y a niños menores de 14 años. Así, PALACIOS MOTTA, Jorge Alfonso: "Apuntes...", Op. Cit., p. 88.

En la época colonial hubo diferencias en la aplicación de la ley penal entre peninsulares (españoles) y criollos (hijos de españoles nacidos en las colonias).

a. El Fuero Juzgo

Considerado parte del Derecho Hispano-Godo. El Fuero Juzgo fue elaborado en tiempos del Rey Godo, Rescesvinto, en el Siglo VII. Fue revisado por el XVI Concilio de Toledo que lo aprobó en el año 681. Este ordenamiento que resumió todas las leyes y fue redactado en latín bajo el nombre de *Liber Judiciorum* (Libro de los Jueces) o *Liber Judicum* (Libro de los Juicios), tomó la denominación castellana de Fuero Juzgo. Contiene, en su orden, materias políticas, civiles y penales. Establece delitos tales como: hechicería, adivinación, envenenamiento, lesiones, homicidio, robo, daños, etc. Su vigencia todavía duraba en los últimos tiempos de la Colonia²¹.

b. El Fuero Real

Es considerado parte del Derecho Feudal (1255), se promulgó bajo el reinado de ALFONSO X²², llamado *El Sabio*, fue destinado a regir en todos aquellos pueblos y ciudades que no tenían fuero especial. Al igual que el Fuero Juzgo trataba de materias políticas, civiles y penales. En este último aspecto conservó la tradición del Fuero Juzgo, subsistiendo los mismos delitos y la misma crueldad de las penas. Fue completado y aclarado por 252 disposiciones, de índole procesal, conocidas con el nombre de Leyes de Estilo.

²¹ SOL CASTELLANOS, Jorge: "Historia...", Op. Cit., p. 37.

²² "A la llegada de don Alfonso X El Sabio al trono, se encontró con una verdadera anarquía legislativa. Multitud de fueros municipales estaban vigentes en todo el territorio. Muchas veces se contradecían entre sí, y una misma materia jurídica era reglamentada en distinta manera tal vez en circunscripciones fronterizas. En vista de ello, don Alfonso se impuso la primordial tarea de unificar en lo posible toda aquella legislación dispersa y antitética, y de acuerdo con los consejos de los juristas y hombres de ciencias que en todo tiempo estuvieron a su lado, dispuso la formación del Fuero Real. Fuero de las Leyes". Así, RODRÍGUEZ RUIZ, Napoleón: "Historia...", Op., Cit., p. 18.

c. Las Partidas

Las Siete Partidas o simplemente Las Partidas (1265) constituyen el más importante Derecho histórico castellano, obra que alcanzó gran difusión, por su alto contenido doctrinal. También promulgado por ALFONSO X, representa un ambicioso intento de unificar la Legislación Española²³.

La Partida VII establece un sistema completo en cuanto al tratamiento de los delitos y de las penas; regula, además, sobre denuncias, acusaciones, persecución de delitos y medios de prueba. Los delitos principales eran: traición, el menos valer (especie de infamia por quebrantar palabra), infamias propiamente dichas, falsedades, homicidios, deshonras, robos, daños, furtos (hurtos), engaños (estafas), adulterio, incesto, estupro, violación, lujuria contra natura, suicidio, blasfemia, etc. Las penas no sufren mayor cambio: muerte, azotes, destierro, mutilación, trabajos forzados, vergüenza pública, eran parte del catálogo de consecuencias jurídicas.

Se introduce como novedad en materia penal: la impunidad de las simples intenciones y el arbitrio judicial para imponer la pena; pero, señala en este caso, las circunstancias que el juzgador debe entender para ejercer su libre albedrío²⁴.

d. Las Leyes de Indias

Fueron el principal Ordenamiento Jurídico aplicado en la época de la Colonia. Integran este cuerpo normativo nueve libros que contenían todos ellos varias disposiciones relativas a los delitos y a las penas. Sin embargo, es en el Libro Séptimo en el que aparece el mayor número de artículos referentes al Derecho Penal.

En el contexto de la legislación de Indias se estableció que los indios eran hombres libres y vasallos de la Corona española; pero en la práctica

²³ "Se cree que son sus autores, el mismo Alfonso X, y los maestros Jácome Ruiz, García Hispalense y Fernando Martínez de Zamora". Así, OTS Y CAPDEQUI, José María: "Historia...", Op. Cit., p. 43.

²⁴ SOL CASTELLANOS, Jorge: "Historia...", Op. Cit., Pgs. 37 y 38.

resultó todo lo contrario, se esclavizaron y una clase dirigente poseía el poder político y económico. El derecho concedido a los indígenas para disfrutar toda clase de bienes en igualdad de estado con los españoles fue violado por los intereses de los gobernantes; asimismo, se tornó irrealizable la libertad de los indios contenida en las mismas leyes. Al dejar de ser esclavo el indio, por influencia de los frailes, se volvió un siervo tributario del feudalismo americano traslapado en la Encomienda²⁵.

En resumen, el Fuero Juzgo, el Fuero Real, las Siete Partidas y las Leyes de Indias, entre otras, constituyeron en cierta medida normas que durante la Conquista y la Colonia vinieron a regir la vida jurídica de El Salvador.

B. EVOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL

En términos generales, señala el profesor Arrieta Gallegos²⁶, la forma de organización judicial de El Salvador, previa al movimiento independentista de Centroamérica parte de las "Leyes Nuevas"²⁷ promulgadas por la corona de España, por medio de las cuales fueron creadas las "Reales Audiencias". En la época colonial, nuestro país, junto a Guatemala, Honduras, Nicaragua y Costa Rica conformaba un territorio español, bajo el dominio político de la Capitanía General de Guatemala, cuya capital se ubicaba en Antigua Guatemala. La Real Audiencia allí establecida tenía jurisdicción sobre lo que hoy conocemos como Centroamérica.

²⁵ PALACIOS MOTTA, Jorge Alfonso: "Apuntes...", Op. Cit., Pgs. 88 y 89.

²⁶ ARRIETA GALLEGOS, Manuel: "Lecciones...", Op. Cit., p. 41. Del mismo **"Bosquejo sobre el Origen del Régimen Político-jurídico de El Salvador y sobre el Proceso Evolutivo de su Legislación Penal"**, en Carta Forense, Tomo 2º, N° 4, Circulo de Abogados Salvadoreños, San Salvador, El Salvador, 1973, Pgs. 117 a 124.

²⁷ "Las Nuevas Leyes... fueron promulgadas en el año de 1542. Se trataba de un organismo legal pleno de humanidad... De acuerdo con sus Estatutos quedó prohibido: someter a la esclavitud a los indios; valerse de los mismos contra su voluntad; que pudiesen los funcionarios de la Corona encomendar indios y que, al morir un encomendero pasase la encomienda a manos de sus sucesores...". VIDAL, Manuel: "Nociones...", Op. Cit., p. 95.

1. El Movimiento Independentista

El 15 de septiembre de 1821, El Salvador, junto a los demás países centroamericanos, firmó el Acta de Independencia²⁸ en el Palacio Nacional de Guatemala²⁹.

Nuestro país promulgó, el 12 de junio de 1824, la primera "*Constitución del Estado del Salvador*", la cual establecía la independencia respecto de España y de México³⁰; además, reconocía la igualdad y el principio de legalidad, uno de los primeros principios democráticos y republicanos³¹.

²⁸ Dos movimientos importantes se suelen mencionar como precursores de la Independencia de España: el de 5 de noviembre de 1811 y el de 24 de enero de 1814. Así, GALLARDO, Ricardo: "**Las Constituciones de la República Federal de Centro-América**", T. II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, España, 1958, Pgs. 661 a 665. De igual forma VIDAL, Manuel: "Nociones...", Op. Cit., Pgs. 128 y 134.

²⁹ La independencia de Centro América trajo cambios importantes en lo político, no así en lo jurídico. Los dos años comprendidos entre la fecha de la independencia y la instalación de la Primera Constituyente Federal el 1 de Julio de 1823, constituyen un periodo jurídico confuso. En efecto, cinco meses después de nuestra emancipación –el 5 de Enero de 1822–, la Junta Consultiva de Guatemala, decretaba nuestra anexión a México. Acontecimiento producto de disensiones y de anarquía política. El 7o. acuerdo del Acta de Independencia dice: "continúen las autoridades ejerciendo sus atribuciones CON ARREGLO A LA CONSTITUCION, DECRETOS Y LEYES, hasta que el Congreso indicado determine lo que sea más justo y benéfico". Con ello, la vigencia de las leyes españolas continuo más allá de la Independencia. Los escasos actos legislativos realizados durante la corta duración de la anexión a México, si tuvieron algún valor jurídico, lo perdieron por completo, con el decreto Federal de 21 de Agosto de 1823 que anuló todos los actos ejecutados por el Imperio Mejicano. El sistema penal, durante ese suceso no sufrió variaciones: los mismos delitos y las mismas penas de los últimos tiempos coloniales mantuvieron en vigencia.

³⁰ El Artículo 1 decía: "*El Estado és y será siempre libre é independiente de España y de México y de cualquiera otra potencia ó gobierno extranjero, y no será jamás el patrimonio de ninguna familia ni persona*". Con ello se proscribía cualquier intento de anexión como el de Agustín Iturbide que se había proclamado Emperador de México el 19 de mayo de 1822 y quien con anterioridad había mandado un oficio a la Capitanía General de Guatemala, donde manifestaba que Guatemala y demás provincias del istmo debían unirse a México para formar un gran imperio. Así, VIDAL, Manuel: "Nociones...", Op. Cit., p. 140.

³¹ **Documentos sobre los Derechos Humanos**. Fascículo III, Universidad Centroamericana "José Simeón Cañas", San Salvador, El Salvador, 1986, p. 4. Véase además: SILVA, José Enrique: "**Historia**

Al independizarse El Salvador en nada se modificó la legislación penal vigente, se mantuvo en vigor el Ordenamiento Penal de la Colonia. Sin embargo, la Constitución exigía que se regulara en leyes secundarias los nuevos principios fundamentales concebidos; de esa manera, una de las primeras leyes en promulgarse fue el Código Penal, dictado el 13 de Abril de 1826, ordenamiento que, como hemos anunciado, tomó de modelo el Código Penal español de 1822³².

2. Épocas en que se Dicta la Legislación

Según el Jurisconsulto ISIDRO MENÉNDEZ la legislación de El Salvador, se divide en tres épocas:

a. Primera Época: Asamblea Constituyente Federal

Comprende entre la instalación de la Asamblea Constituyente Federal (1823) hasta el establecimiento de la Primera Legislatura Nacional de El Salvador (1824). Fue aquella la que dictó la Constitución Federal de las Provincias Unidas del Centro de América (22 de Noviembre de 1824)³³. Por su parte, la Asamblea Nacional realizó varios decretos previos a la promulgación de la Constitución Federal, por ejemplo: el Decreto de Independencia (10. de Julio de 1823), el Decreto ratificando la Independencia (10. de Octubre de 1823), el Decreto declarando legítimamente constituidas las Provincias Unidas (2 de Junio 1823), el Decreto anulando los actos del Imperio Mejicano (21 de Agosto de 1823), el Decreto de convocatoria para

de la Constitución Política de El Salvador", en Revista Estudios, Centro de Estudios Jurídicos, San Salvador, El Salvador, 1982, p. 3.

³² "El 13 de abril de 1826 se promulgó en El Salvador el primer Código penal, que adoptó como modelo el Código penal de 1822". Así, JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: "Tratado de Derecho Penal", Tomo I, 2a. Edición, Editorial Losada, S. A., Buenos Aires, Argentina, 1950-56, p. 1111. Nótese que el Código Penal español modelo del salvadoreño fue el de 1822 y no de 1882, como se advierte en el error de impresión, en la obra del ilustre profesor español.

³³ Así se desprende del artículo 211 de la misma.

reunir las primeras asambleas de los Estados (5 de Mayo de 1823), el Decreto de abolición de la esclavitud (17 de abril de 1824)³⁴.

La Constitución Federal de 1824, consagró varias de las garantías penales que actualmente tiene nuestra Constitución. Importante es la limitación para aplicar la pena de muerte sólo para los "delitos contra el orden público, asesinato y homicidio premeditado o seguro" (Art. 152).

b. Segunda Época: Asamblea Nacional de El Salvador

Desde que se instaló la primera Asamblea Nacional del Estado Salvadoreño, hasta que desapareció la Federación. El Salvador estuvo legislado por las normas de la Asamblea Federal y por las disposiciones emanadas de la Legislatura Nacional.

Luego de haberse promulgado las bases constitucionales de la Federación Centroamericana se instaló en San Salvador la primera Asamblea Nacional Constituyente de El Salvador la cual emitió el 12 de Junio de 1824 la primera Constitución de la República³⁵. Posteriormente, El Salvador aprobó el 13 de abril de 1826³⁶ su primer Código Penal –aún formando parte de la Federación– inspirado, como se ha dicho, en el Código Penal español de 1822.

³⁴ Para conocer el contenido de los decretos citados véase a MENÉNDEZ, Isidro: "**Recopilación de las Leyes Del Salvador, en Centro América**", Imprenta de L. Luna, Guatemala, 1855, Pgs. 15 a 22. También en GALLARDO, Ricardo: "Las Constituciones...", Op. Cit., Pgs. 667 a 699.

³⁵ "**Las Constituciones de la República de El Salvador 1824–1962**", Primera parte, Comisión Coordinadora para el Sector Justicia, Publicación de la Unidad Técnica Ejecutiva, San Salvador, El Salvador, 1993, p. 17. SILVA, José Enrique: "**Esquema Constitucional de El Salvador**", en Derechos Fundamentales y Justicia Penal, Editorial Jucicentro, San José, Costa Rica, 1992, Pgs. 355 a 361.

³⁶ La elaboración de este Código fue posible por el ciudadano José Mateo Ibarra, quien a su regreso de Madrid, trajo un ejemplar del Código Penal español de 1822, base de nuestra primera ley penal. Para su aprobación, cooperó en notable forma José Mariano Méndez, diputado por el Departamento de Sonsonate. Así, SILVA, José Enrique: "Introducción...", Op. Cit., p. 5.

c. Tercera Época: Disolución de la Federación

Desde que se disolvió la Federación hasta nuestros días. En esta última etapa tienen aplicación las leyes Federales y las Nacionales, pero las dictadas por el Estado, derogan y prefieren a las Federales.

Al disolverse la República Federal de Centro América³⁷ y siendo El Salvador un Estado independiente, entró en vigencia el segundo Código Penal, de 20 de septiembre de 1859³⁸, adaptación del Código Penal español de 1848³⁹.

El 19 de Diciembre de 1881 comenzó a regir nuestro tercer Código Penal⁴⁰. En esta etapa, se pueden mencionar dos convenios internacionales centroamericanos que influirían en la legislación penal posterior, estos son: el "*Tratado Sobre Derecho Penal y Extradición*" de 5 de junio de 1897, y otro Tratado sobre la misma materia celebrado en San Salvador el 15 de enero de 1901. Ambos tratados marcaron su influencia en el cuarto Código Penal de 8 de octubre de 1904. Luego de su edición, este Código Penal fue objeto de múltiples reformas, hasta llegar al año 1947, fecha en que se integra una Comisión Revisora del Código Penal, para elaborar un nuevo Código. Sin embargo, antes de la formación de la Comisión de 1947, ya se habían preparado otros proyectos de Código Penal, entre los que figura el de 1943 elaborado por los Doctores REYES ARRIETA ROSSI, JUAN BENJAMÍN ESCOBAR Y CARLOS AZÚCAR CHÁVEZ. Posteriormente, aparecería el

³⁷ Primero se separó Nicaragua al proclamar su autonomía el 23 de abril de 1838; Honduras lo hizo el 26 de octubre de 1838; Costa Rica el 14 de Noviembre de 1838; Guatemala el 17 de abril de 1939 y El Salvador el 25 de enero de 1859. Así, VIDAL, Manuel: "Nociones...", Op. Cit., p. 214.

³⁸ "Nuestro Código de 1859, es una adaptación, bastante más progresiva y humanitaria por cierto, del Español de 1848". Así, SILVA, José Enrique "Introducción al Estudio del Derecho Penal Salvadoreño", Ediciones la Universidad, San Salvador, El Salvador, S.M.D., p. 8.

³⁹ Vid., FERNÁNDEZ, Julio Fausto: "Sueños...", Op. Cit., p. 30. SILVA, José Enrique: "Introducción...". Op. Cit., Pgs. 6 a 8. En obras de otros juristas nacionales se señala diferente fecha (2 de septiembre de 1859), por ejemplo, ARRIETA GALLLEGOS, Manuel: "Lecciones...", Op. Cit., p. 44. Pero ello, más bien obedece a un error de impresión.

⁴⁰ "Tanto en su estructura como en su contenido, el Código penal de 1881 difiere poco del Español de 1870". Así, FERNÁNDEZ, Julio Fausto: "Sueños...", Op. Cit., p. 77.

proyecto hecho por el Dr. MARIANO RUIZ FUNES. Se llega así al quinto Código Penal salvadoreño que se publica oficialmente en 1973 y que entra en vigencia en 1974. Código penal que sufre varias reformas hasta dar paso al sexto Código Penal vigente a partir de 20 de Abril de 1998.

C. LOS CÓDIGOS PENALES SALVADOREÑOS

En este apartado expondremos datos históricos generales de la promulgación de cada uno de los Códigos siguiendo el orden cronológico de su aparición.

1. El Código Penal de 1826

Fue dictado el 13 de abril de 1826⁴¹, coexistiendo con la legislación Federal y Nacional. Constaba de 840 artículos que contenían un catálogo completo de delitos, de circunstancias modificativas y excluyentes de responsabilidad penal, de penas y de reglas para su aplicación. El Código

⁴¹ Algunos autores citan como el Código Penal más antiguo de Latinoamérica al de Bolivia de 1834 que, por cierto, también tenía influencia del Código Penal Español de 1822, entre ellos: BUSTOS RAMÍREZ, Juan y VALENZUELA BEJAS, Manuel: **"Derecho Penal Latinoamericano Comparado"**, Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1981, p. 18. Pero tal afirmación es imprecisa, tal como se constata en obras de connotados juristas nacionales, pues "Siendo aun parte integrante de la federación centroamericana, el Estado de El Salvador decretó, el 13 de abril de 1826, su primer Código Penal, el cual se inspiró en el Código Penal Español de 1822 y cuyo texto aparece en la "Recopilación de leyes patrias hecha por el presbítero y doctor Isidro Menéndez". Así, FERNÁNDEZ, Julio Fausto: "Sueños...", Op. Cit., p. 77. De igual opinión SILVA, José Enrique: "Introducción...", Op. Cit., Pgs. 5 a 8. Del Mismo, **"Historia..."**, Op. Cit., p. 3. También ARRIETA GALLEGOS, Manuel: "Lecciones...", Op. Cit., p. 44. Véase además PADILLA Y VELASCO, René: **"Discurso Académico leído por el Doctor René Padilla y Velasco"**, en Centenario del Código de Procedimientos Judiciales (Discursos), Publicaciones del Ministerio de Justicia, San Salvador, El Salvador, 1958, p. 51. Finalmente, en el libro V, Título 10, de la Recopilación de las leyes del Dr. Isidro Menéndez, que trata sobre las "causas anteriores a la Independencia o al Código Penal", el Art. 1o. de la ley 2 que contiene el Decreto Legislativo de 24 de marzo de 1827, sobre la manera de sentenciar las causas criminales anteriores al Código Penal literalmente dice: "La Corte Superior de Justicia, sin faltar a la observancia del artículo 52 de la Constitución Federal, pronunciará sus fallos en las causas criminales pendientes antes de la publicación del Código Penal, decretado el 13 de abril de 1826, conforme a la práctica recibida en los Tribunales, por un precedente arbitrio del Juez, considerando las circunstancias de la persona, hecho, lugar y tiempo". Así, MENÉNDEZ, Isidro: "Recopilación...", Op. Cit., Pgs. 356 y 357.

carece de una exposición de motivos que justifique su origen histórico. Solamente en una nota al pie de la Recopilación de Leyes Patrias del padre Isidro Menéndez, expresa que es una adopción al Código de las Cortes Españolas de 9 de julio 1822⁴². Otros autores, nacionales y extranjeros⁴³, se pronuncian por considerar el Código Penal español como la fuente, de nuestro primer Código Penal.

a. Estructura y Contenido

Estructuralmente, apunta ISIDRO MENÉNDEZ⁴⁴, el Código Penal de 1826 presentaba: un Título Preliminar, la Parte Primera (Delitos contra la sociedad) y la Parte Segunda (Delitos contra los Particulares).

El *Título Preliminar*, correspondiente a lo que hoy llamamos Parte General, compuesto por trece Capítulos regulaba: delitos y culpas (Cap. 1°); delincuentes y culpables, y de los que responden de las acciones de otros (Cap. 2°); penas y sus efectos, y modo de ejecutarlas (Cap. 3°); modo de graduar los delitos, y aplicar y dividir las penas: las circunstancias que agravan o disminuyen el hecho (Cap. 4°); reincidencias y aumento de penas (Cap. 5°); obligación de impedir delitos y noticiarlos a la autoridad, la persecución, entrega o remisión de los delincuentes (Cap. 6°); el derecho de acusar los delitos y de los acusados y procesados (Cap. 7°); reos ausentes y contumaces (Cap. 8°); rebaja de penas a los delincuentes que se arrepientan y enmienden, y la rehabilitación de los mismos, después de cumplir sus condenas (Cap. 9°); indultos (Cap. 10°); prescripción de los delitos y culpas (Cap. 11°); la indemnización a los inocentes (Cap. 12°) y, por último, los delitos y delincuentes no comprendidos en este Código (Cap. 13°).

⁴² Nota N° 72 (ed). MENÉNDEZ, Isidro: "Recopilación...", Op. Cit., p. 399.

⁴³ FRAGOSO, Heleno Claudio: "El Derecho Penal Comparado en América Latina", en Doctrina Penal, Año, 1, Nos. 1 a 4, Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1978, p. 713. MAC IVER, Luis Cousiño: "Influencia...", Op., Cit., p. 6.

⁴⁴ "Muy poco, por decir nada, existía en materia de recopilación antes de la recopilación de leyes patrias del presbítero don Isidro Menéndez... como no circulaba periódico oficial las leyes se publicaban en hojas sueltas o folletos que se distribuían al público para su conocimiento. Así, RODRÍGUEZ RUIZ, Napoleón: "Historia...", Op. Cit., p. 149.

Parte del contenido de sus materias generales era el siguiente:

Conceptos y definiciones generales de las clases de infracciones: las dolosas son llamadas delitos y las imprudentes, simplemente culpas. Se determinaba la impunidad de las simples intenciones criminales y de los actos preparatorios cuando el delincuente desistía.

La responsabilidad penal estaba graduada en varias formas de participación, como las de autores (Art. 16), cómplices (Art. 17), auxiliares (Art. 19) y, receptadores y encubridores (Art. 20). Por otra parte, se regulaba la responsabilidad civil de los guardadores respecto de sus hijos o pupilos y de los amos en cuanto a la conducta de sus criados.

Las circunstancias eximentes de responsabilidad penal comprendían, por ejemplo, la inimputabilidad por minoridad penal: impunidad de los menores de ocho años y responsabilidad atenuada o incompleta de los mayores de 8 años y menores de 17 (Art. 26); la fuerza, el miedo y la obediencia jerárquica (Art. 24), la locura o privación del uso de la razón (Art. 29); la legítima defensa aparece considerada como eximente en la Parte Especial, es decir, en el Capítulo de los Delitos contra las Personas (Art. 366).

Las consecuencias jurídicas comprendía un amplio catálogo de penas: corporales, no corporales y pecuniarias (art. 31). Ejemplo de las primeras: la de muerte. Entre las incorporales: declaración de infamia; inhabilitación para ejercer empleo, profesión o cargo público; la sujeción a vigilancia especial de las autoridades. De las terceras: la multa. Algunas penas conservaban el carácter ritual de las sanciones inquisitoriales. Así, por ejemplo, la pena de vergüenza pública, la sufría el reo por espacio de una hora en una plaza pública atado a un palo. A la ejecución de la pena de muerte precedía, según el Art. 43, la siguiente solemnidad: "*El reo será conducido desde la cárcel al suplicio, con túnica negra y tapados los ojos, atadas las manos, y en una mula llevada del diestro por el ejecutor de la justicia: el condenado á muerte por homicidio premeditado ó seguro, (ec) llevará las manos atadas á la espalda, y una sogá al cuello. El asesino llevará la túnica blanca, manchada de sangre, con la sogá al cuello*".

Al Título Preliminar seguía la *Parte Especial*, dividida en dos: la Parte Primera, referida a los delitos contra la sociedad, contenía nueve Títulos, así: Título I, Delitos contra la Constitución y orden político del Estado y de la Nación; Título II, Delitos contra la seguridad exterior del Estado; Título III, Delitos contra la seguridad interior del Estado, y contra la tranquilidad y orden público; Título IV, Delitos contra la salud pública; Título V, Delitos contra la fe pública; Título VI, Delitos y culpas de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos; Título VII, Delitos contra las buenas costumbres; Título VIII, De los que rehusan al Estado los servicios que le deben y, finalmente, el Título IX, de los delitos y culpas de los impresores, libreros y otras personas en el abuso de la libertad de imprenta.

La Parte Segunda, referida a los delitos contra los particulares, dividida en tres Títulos, a saber: Título I, Delitos contra las personas; Título II, Delitos contra la honra, fama y tranquilidad de las personas y, por último, el Título III, Delitos contra la propiedad de los particulares.

b. Principales Reformas

Dos de las más importantes modificaciones del Código Penal⁴⁵ son: la primera, de 10 de julio de 1840, que creó el delito de *adulteración del añil* (Arts. 422 y 423), pues, para ese entonces, el añil constituía la principal fuente generadora de la riqueza salvadoreña y, la segunda, de 24 de febrero de 1852 por la cual se estableció la eximente *iuris et de iure* de los menores de 8 años y la eximente condicionada de los mayores de ocho y menores de catorce (Art. 26), sustituyéndose de esa forma los artículos que requerían 17 años cumplidos para que se impusiera la pena ordinaria.

⁴⁵ MENÉNDEZ, Isidro: "Recopilación...", Op. Cit., Pgs. 390 y 447, respectivamente.

2. El Código Penal de 1859

En septiembre de 1859 fue promulgado el segundo Código Penal⁴⁶, atribuido a la Comisión integrada por los licenciados JOSÉ MARÍA SILVA y ANGEL QUIRÓZ⁴⁷. De él se ha dicho que con ligeros cambios es el mismo que se promulgó en España en 1848.

Con este Código se pensó en poner al día los principios de la legislación penal, depurarla de resabios de leyes coloniales y abolir las penas infamantes. Pero, la Comisión, siguió la tradición de imitar las leyes españolas.

La estructura del Código no sufrió cambios de relevancia, aunque sistemáticamente se noto una innovación, tal como hoy se estructuran los códigos, pues estaba compuesta por tres libros: Libro I: Disposiciones Generales. Libro II: Delitos. Libro III: Faltas.

El Libro I, en cuanto a definiciones, responsabilidad penal, causales de exención de responsabilidad penal, atenuantes y agravantes, mantuvo el mismo contenido del precedente. El sistema de penalidad se volvió sumamente complejo: las penas de privación de libertad tienen numerosos grados y nombres. Sin embargo, se suprimen las penas infamantes.

El Libro II presenta la siguiente sistemática: Título I, Delitos contra la religión; Título II, Delitos contra la seguridad exterior del Estado; Título III, Delitos contra la seguridad Interior del Estado y el orden público; Título IV, de las falsedades; Título V, Delitos contra la salud pública; Título VI, De la vagancia, mendicidad, ebriedad, juegos y rifas; Título VII, De los delitos de

⁴⁶ La década de los '50 a '60, del siglo XIX, es fecunda en cuanto a la obra legislativa de codificación. En efecto, apenas terminada en 1855 la Recopilación de Leyes Patrias de El Salvador por el Presbítero Dr. Isidro Menéndez, este mismo jurisconsulto iniciaba y terminaba su proyecto de Código de Procedimientos Judiciales de la República promulgado en 1858. En ese mismo decenio, aparece el Código Penal de 1859 y en 1860 es terminada la obra de codificación nacional con la promulgación del Código Civil que todavía nos rige.

⁴⁷ Tal Código fue objeto de estudio por parte de una Comisión Revisora que integraron Tomás Ayón, Eustaquio Cuéllar y Anselmo Paiz. Así, SILVA, José Enrique: "Introducción...", Op. Cit., p. 6.

los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos; Título VIII, Delitos contra las personas; Título IX, Delitos contra la honestidad; Título X, Delitos contra el honor; Título XI, Delitos contra la libertad y la seguridad; Título XIII, Delitos contra la propiedad y el Título XIV, regula la imprudencia temeraria.

3. El Código Penal de 1881

Este Código tiene la peculiaridad de haber sido decretado por el Poder Ejecutivo, al haberse autorizado por la Asamblea Constituyente de 1880 para que aquél –el Poder Ejecutivo–, promoviera la reforma de los Códigos existentes; y, por consiguiente, procediera al nombramiento de una Comisión para que preparara los correspondientes proyectos de ley⁴⁸. La Comisión en el campo penal fue integrada por JOSÉ TRIGUEROS, JACINTO CASTELLANOS y ANTONIO RUIZ, quienes elaboraron el proyecto de Código Penal que se aprobó y promulgó el 19 de Mayo de 1881, convirtiéndose en el Tercer Código Penal salvadoreño.

Pocos son los cambios que se advierten en la Parte General. Pero, la Parte Especial estaba sistematizada de la manera siguiente: Título I, Delitos de lesa Nación y alta traición; Título II, Delitos contra la seguridad exterior del Estado; Título III, Delitos contra la seguridad interior del Estado y contra el orden público; Título IV, De las falsedades; Título V, De la infracción de las leyes sobre inhumaciones, de la violación de sepulturas y de los delitos contra la salud pública; Título VI, De los juegos y rifas; Título VII, De los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos; Título VIII, Delitos contra las personas; Título IX, Delitos contra la honestidad; Título X, Delitos contra el Honor; Título XI, Delitos contra el estado civil de las personas; Título XII, Delitos contra la libertad y la seguridad; Título XIII, Delitos contra la propiedad; Título XIV, De la imprudencia temeraria.

⁴⁸ El Decreto de promulgación del Código de 1881, aparece publicado en el Diario Oficial No. 295, Tomo II, de 20 de diciembre de 1881 y fue emitido por el Poder Ejecutivo en uso de las facultades legales que le concedían el Decreto Constituyente de 2 de marzo de 1880 y el Decreto Legislativo de 28 de febrero de 1881. Así, FERNÁNDEZ, Julio Fausto: "Sueños...", Op. Cit., p. 77.

Las principales reformas de este Código son: la supresión de la atenuante de embriaguez y la incorporación como eximente de responsabilidad penal de la presunción de legítima defensa o legítima defensa putativa a favor del que rechaza el escalamiento o fractura en casa o lugar cerrado durante la noche.

4. El Código Penal de 1904

En 1897 y 1901 se dieron dos hechos que influyeron decisivamente en la historia de la legislación penal. El primero, fue el "Tratado Sobre Derecho Penal y Extradición que celebraron la República Mayor de Centroamérica"⁴⁹ y los gobiernos de Costa Rica y Guatemala, el día 5 de junio de 1897 en la ciudad de Guatemala⁵⁰. Tratado con miras a la conveniencia de unificar las leyes penales de la región. En él se observa un cambio en el sistema de computar las penas, pues proponía un sistema de penas rígidas que, según las circunstancias concurrentes, la agravaban o atenuaban; modificando el sistema que indicaba para cada delito una pena inferior y una superior.

El segundo Tratado, ratificado y suscrito en San Salvador, el 12 de febrero de 1901⁵¹ por delegados plenipotenciarios de El Salvador, Costa Rica, Honduras y Nicaragua, acogía la recomendación, sobre extradición, aprobada por el "Segundo Congreso Jurídico Centroamericano", celebrado en San Salvador el 15 de enero de 1901. Participaron como delegados de nuestro país MANUEL DELGADO y FRANCISCO MARTÍNEZ SUÁREZ⁵².

⁴⁹ "En 1885, a iniciativa del Presidente de Honduras... se reunieron los Presidentes de El Salvador y Nicaragua, y... acordaron la creación de la República Mayor de Centroamérica, que tuvo fin con el Golpe de Estado que el General Tomás Regalado dió en San Salvador el 14 de noviembre de 1898". Así, CHICA, Luis Alonso: "Lecturas Centroamericanas", T. I., Editorial Elias, San Salvador, El Salvador, 1953, p. 27.

⁵⁰ FERNÁNDEZ, Julio Fausto: "Sueños...", Op. Cit., p. 78.

⁵¹ Con la firma de este nuevo Tratado fue ratificado el de 1897, lo que se hizo: "Mediante el decreto emitido por el poder ejecutivo el 27 de febrero de 1901 y el decreto legislativo del 11 de mayo del mismo año". FERNÁNDEZ, Julio Fausto: "Sueños...", Op., Cit., p. 78.

⁵² Así, SILVA, José Enrique: "Introducción...", Op. Cit., p. 6.

Ambos Tratados contrariaban disposiciones del Código Penal de 1881; por consiguiente, se vio la necesidad de redactar un nuevo Código penal que, sobre las bases del vigente, incorporara lo que en los Tratados se había suscrito. Para ello se nombró una Comisión integrada por: MANUEL DELGADO, TEODOSIO CARRANZA y SALVADOR GALLEGOS, quienes, además, se orientaron también sobre la base del Código Penal español de 1870.

El proyecto fue aprobado por la Asamblea Legislativa en 1904 y el 14 de octubre de ese mismo año fue promulgado como ley de la República. Este Código contenía principios fundamentales basados en las doctrinas de la Escuela Penal Clásica⁵³.

Pocos son los cambios que presenta este Código en su diseño sistemático, y en el contenido de la Parte Especial se observa el siguiente orden:

Título I, Delitos contra la Constitución; Título II, Delitos contra la seguridad exterior del Estado; Título III, Delitos contra la seguridad interior del Estado y contra el orden público; Título IV, De las Falsedades; Título V, De la infracción de las leyes sobre inhumaciones, de la violación de sepulturas y de los delitos contra la salud pública; Título VI, De los juegos y rifas; Título VII, De los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos; Título VIII, Delitos contra las personas; Título IX, Delitos contra la honestidad; Título X, Delitos contra el honor; Título XI, Delitos contra el estado civil de las personas; Título XII, Delitos contra la libertad y la seguridad; Título XIII, Delitos contra la propiedad; Título XIV, Imprudencia temeraria.

El Código Penal sufrió innumerables reformas, algunas de ellas de gran contenido ideológico-político, son relevantes las siguientes:

⁵³ Así, ARRIETA GALLEGOS, Manuel: "Estado actual del Derecho Penal en El Salvador y breve examen crítico del mismo", en *Derecho*, Revista de la Asociación de Abogados de El Salvador, Vol. I, N° 1 a 3, Enero-Junio, San Salvador, El Salvador, 1960, p. 67.

- a) En 1930, se modifican los tipos penales que regulaban "*las asociaciones ilícitas*" (Arts. 175, 176, 177 y 180);
- b) En 1932 se reforman disposiciones que protegen el orden constitucional y se reprime "*la propaganda de doctrinas anárquicas o contrarias al orden político, social o económico*" (Arts. 126 N° 1° y 132);
- c) En 1933 se modifica el delito de bigamia (Art. 426);
- d) En 1935 se incrementan las penas en algunos delitos, por ejemplo: la tentativa de destrucción y la destrucción misma de vías férreas, inclusive la simple colocación de obstáculos destinados a estropearlas, y con penas mayores si se realizan descarrilamientos o choques, penándose además la destrucción de estas vías por imprudencia simple o temeraria, y la amenaza hecha de palabra o por escrito de cometerlos;
- e) En 1938, se pena el ejercicio de una profesión sin título (Art. 261 Inc. 2°) y se legisla sobre los delitos contra la salud pública (Arts. 268 y Sgts.);
- f) En 1940 se modifica la redacción del parricidio (Art. 355);
- g) En 1954, se cambia la denominación del Título VIII, del Libro Segundo, por "*Delitos contra la vida y la integridad personal*";
- h) En 1957, se reforman algunas circunstancias modificativas de responsabilidad penal, suprimiéndose la agravante de "*arma prohibida*" y la atenuante de "*buena conducta*". Además, se introdujo la *libertad condicional* y la *remisión condicional de la ejecución de la pena*;
- i) En 1961, se aumenta la pena del parricidio y asesinato; y,
- j) En 1962, se creó como delito realizar "*actividades anárquicas o contrarias a la democracia*".

5. El Código Penal de 1974

Constituyó la ruptura de la influencia española y le precedió una amplia documentación en su elaboración. Según la exposición de motivos varios son los proyectos de Códigos penales de que se nutre, entre ellos:

a) *El proyecto de Código penal salvadoreño de 1943*. Elaborado por REYES ARRIETA ROSSI, JUAN BENJAMÍN ESCOBAR y CARLOS AZÚCAR CHÁVEZ, se caracteriza por ser "de tipo moderado, con modernas concepciones perfectamente aplicables al medio y sobre todo llenando una finalidad de enorme utilidad en lo que respecta a la tecnificación de los distintos tipos de delito y una mayor facilidad en la aplicación de la ley penal, base de una mejor justicia"⁵⁴.

b) *El proyecto Ruiz-Funes*⁵⁵. Encomendado al profesor español MARIANO RUIZ-FUNES por el Supremo Tribunal de Justicia, se dio a conocer en 1952 y 1953. Contiene principios avanzados en materia penal y, más importante aún, su contenido se adecuó a los preceptos sobre Justicia Penal de la Constitución de 1950. Se destaca por lo siguiente:

- 1) Parte General (Libro Primero) contiene importantes regulaciones sobre: a) la prohibición expresa de la *analogía* en materia penal (Art. 8); b) incorpora el *delito imposible* cuando se emplean medios inidóneos (Art. 18); c) en materia de *error*, se regula como causa de inculpabilidad el error de hecho y el error de derecho; así, se considera inculpable al que yerra en los hechos y, en ciertos casos, a quien actúa creyendo que tenía derecho a hacerlo (Arts. 21 a 24); d) divide las penas en *principales* y *acesorias* (Art. 44); e) Acoge la *pena relativamente indeterminada* (sobre la base de un mínimo y un máximo); f) incorpora *las medidas de seguridad* como otra consecuencia jurídica del delito (Art. 48).
- 2) En la Parte Especial se observa, por ejemplo, una nueva sistemática en los delitos, pues comenzaba con los hechos relativos a la vida e integridad corporal (87 y Sgts.), delitos contra el honor (113 y Sgts.), la libertad (124 y Sgts.), la honestidad (147 y Sgts.), el patrimonio (172 y Sgts.), la familia (211 y Sgts.), la salud

⁵⁴ ARRIETA GALLEGOS, Manuel: "Lecciones...", Op. Cit., p. 67.

⁵⁵ Aparece publicado este Anteproyecto de Código Penal, con su exposición de motivos, en la Revista Judicial, (Órgano de la Corte Suprema de Justicia), Tomo LVIII, Nos. Del 1 al 12, San Salvador, El Salvador, 1953, Pgs. 103 a 259.

pública (232 y Sgts.), la seguridad colectiva (250 y Sgts.), la economía y el trabajo (262 y Sgts.), seguridad exterior de la Nación (275 y Sgts.), la seguridad interior de la Nación (300 y Sgts.), delitos de los funcionarios públicos (333 y Sgts.), contra la administración de justicia (372 y Sgts.), fe pública (403 y Sgts.).

- 3) Finalmente el Libro Tercero regula las faltas penales a partir del artículo 423.

c) *El proyecto de Código Penal venezolano de 1950*. Elaborado para Venezuela entre 1949 y 1950, por LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, JOSÉ RAFAEL MENDOZA y JOSÉ AGUSTÍN MÉNDEZ.

d) *El anteproyecto de Código Penal mejicano de 1958*. Elaborado en 1958 por la Comisión de Estudios Penales de la Procuraduría General de la República de Méjico.

e) Otros proyectos mencionados como fuentes de Derecho comparado son: el de Peco y Coll-Gómez (para la Argentina), el de López-Rey (para Bolivia) y, fundamentalmente, *el Código Penal Tipo para Latinoamérica*.

En verdad, los antecedentes más próximos del Código Penal de 1974, pese a los que en la Exposición de Motivos se mencionan, son dos: el proyecto de Código Penal de 1959 elaborado por el Ministerio de Justicia y el Código Penal Tipo para Latinoamérica.

El Proyecto de Código Penal del Ministerio de Justicia de 1959. La genuina fuente del Código Penal de 1974, sin omitir la influencia de los trabajos citados, se encuentra en el proyecto que tuvo iniciativa en el Ministerio de Justicia cuando se designó a una Comisión integrada por ENRIQUE CORDOVA, MANUEL CASTRO RAMÍREZ HIJO y JULIO

FAUSTO FERNÁNDEZ⁵⁶. La Comisión presentó la exposición de motivos y el proyecto de Código Penal el 7 de Diciembre de 1959⁵⁷.

Ese proyecto se enmarcó en nueve directrices político–criminales que son:

Primera: precisión de principios, tales como: legalidad, aplicación de la ley penal en el tiempo, en el espacio y a las personas, exclusión de la analogía, etc.

Segunda: establecimiento de excluyentes de responsabilidad penal, "con base en los caracteres negativos del delito": ausencia de acto, atipicidad, causas de justificación e inculabilidad.

Tercera: determinación clara y prolija de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal –atenuantes y agravantes–, permitiéndose en ellas la *interpretación analógica*.

Cuarta: eliminación del *encubrimiento* como forma de responsabilidad penal y, en su defecto, creándolo como *delito autónomo* contra la administración de justicia.

Quinta: clasificación de las penas en principales y accesorias; y adopción de la pena relativamente indeterminada para cada delito, con un máximo y un mínimo dentro del cual el Juez pueda fijarla.

⁵⁶ Colaboraron, además, en esta Comisión los Doctores José María Méndez y Manuel Arrieta Gallegos. Así: ARRIETA GALLEGOS, Manuel: "Lecciones...", Op. Cit., p. 67.

⁵⁷ Sobre este proyecto ha escrito el Dr. Julio Fausto Fernández, lo siguiente: "la Comisión que, por encargo del Ministerio de Justicia, terminó un Proyecto de Código Penal, que en 1960 fue enviado a la Asamblea Legislativa por el Presidente de la República y el Ministro del citado ramo, haciendo uso de la iniciativa de ley (...) jamás fue discutido por el Poder Legislativo. Sin embargo, los lineamientos doctrinales del Código Penal aprobado por la Asamblea y sancionado y publicado por el Ejecutivo en 1972 (sic), son, en términos generales los que aquí se exponen". Refiriéndose el autor a la "Exposición de Motivos", de la cual la Parte General fue redactada por él y la Parte Especial por el Dr. Manuel Castro Ramírez. Así, FERNÁNDEZ, Julio Fausto: "Sueños...", Op. Cit., p. 75. Sin embargo, en la obra del Dr. Fernández, se refleja un error de impresión al citarse el año 1972, siendo lo correcto 1973.

Sexta: determinación de las medidas de seguridad para inimputables y sujetos con peligrosidad post-delictual.

Séptima: adopción de la remisión condicional de la pena y de la libertad condicional, bajo condiciones taxativas, dejando su aplicación al arbitrio judicial.

Octava: precisión normativa sobre la responsabilidad civil.

Novena: nueva sistemática en la Parte Especial, al iniciarse con delitos relativos a la persona, a la familia, a la sociedad, al Estado y concluir con los de carácter internacional.

El Código Penal Tipo para Latinoamérica. Con la promulgación del Código Penal de 1974, se dijo que El Salvador se encontraba entre los países que contaban con un Código Penal moderno⁵⁸. Los Códigos modernos surgen a partir de la década de los años '70 del siglo pasado, como producto del impulso e influencia ejercida por los trabajos de elaboración de un Código Penal Tipo para Latinoamérica⁵⁹ cuyo origen se encuentra en la iniciativa del que fue Presidente del Instituto de Ciencias Penales de Chile, al comenzar la década de los '60, el Profesor *EDUARDO NOVOA MONREAL*, quien envió un documento base a importantes penalistas latinoamericanos, en el cual se les ponía en antecedentes sobre el proyecto⁶⁰. Esta iniciativa rindió sus frutos con la celebración de la primera reunión de juristas realizada en Santiago de Chile del 4 al 16 de octubre de 1963⁶¹. En dicha reunión se acordó como método de trabajo hacerlo por comisiones, integradas con juristas de los diversos países representados y, en el caso de Centro América se formó una sola Comisión con juristas de cada uno de los países del área, habiéndose asignado a esta

⁵⁸ Vid., DE LA RÚA, Jorge: "La Codificación Penal Latinoamericana", Lerrer Editores Asociados, Buenos Aires, Argentina, 1983, p. 31.

⁵⁹ Sobre los antecedentes, textos anotados, ponencias, acuerdos e índices véase a GRISOLÍA, Francisco: "Código Penal Tipo para Latinoamérica", T. I, II y III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, Chile, 1973.

⁶⁰ Vid., BUSTOS RAMÍREZ, Juan y VALENZUELA BEJAS, Manuel: "Derecho Penal...", Op. Cit., p. 1.

⁶¹ Así, GRISOLÍA, Francisco: "Código...", T. I, Op. Cit., p. 121.

Comisión elaborar lo concerniente a las penas y las medidas de seguridad⁶². La Parte General del Código Penal Tipo para Latinoamérica se dio por concluida en la sexta reunión celebrada en Saõ Paulo, Brasil, en 1971.

El Código Penal Tipo para Latinoamérica tenía entre sus finalidades las siguientes⁶³:

a) Reafirmar la *unidad Latinoamericana*, bajo un régimen de respeto a las individualidades nacionales, a fin de unificarse ante el mundo y fortalecer los lazos internacionales para lograr el progreso humano y la paz de los hombres;

b) Conformar un *sistema legal unificado* para Latinoamérica, respetando las peculiaridades de los diferentes países, particularmente en lo relativo a la Parte Especial del Código;

c) Renovar la *visión de la problemática jurídico-penal*; y,

d) Relacionar a todos los penalistas Latinoamericanos, para alcanzar una posición común frente a los *problemas jurídicos fundamentales*, así como también, emprender tareas comunes.

a. Vigencia del Código Penal

El quinto Código se promulgó el 13 de febrero de 1973 y entró en vigencia el 15 de junio de 1974⁶⁴.

⁶² Participó representando a El Salvador el Dr. José Enrique Silva, en ese entonces Ministro de Justicia, quien fungió como relator de la Comisión. Así, GRISOLÍA, Francisco: "Código...", Op. Cit., p. 128.

⁶³ Vid., BUSTOS RAMÍREZ, Juan y VALENZUELA BEJAS, Manuel: Derecho Penal..., Op. Cit., p. 8.

⁶⁴ Mediante D. L. N° 270 de 13 de febrero de 1973, publicado en el D. O. N° 63, Tomo 238, de 30 de marzo de ese mismo año, se dispuso que el Código entrara en vigencia el 15 de junio de 1974. En consecuencia, desde esa fecha quedó derogado el Código Penal del 8 de octubre de 1904 y todas sus reformas. Hay que agregar que este Código es producto de una reforma integral del sistema de justicia penal llevada a cabo entre 1972 y 1974, que comprendió: los Códigos Penal, Procesal Penal y de Menores, y la Ley del Régimen de Centros Penales y de Readaptación. Así, SILVA, José Enrique:

Con este nuevo Código Penal, se pretendió alcanzar una legislación independiente de toda influencia extranjera no aplicable a nuestro medio y que tuviera en cuenta las corrientes doctrinarias modernas únicamente en lo que pudieran adaptarse y ser de utilidad en nuestra realidad social, política y humana, con el fin de lograr una aplicación de justicia más eficaz⁶⁵.

b. Estructura y Contenido

El Código Penal se estructuró en tres libros. El primero contenía las disposiciones generales, en tanto que los libros segundo y tercero contemplaban, en su orden, la tradicional división de delitos y faltas.

El Libro Primero o Parte General. Caracterizado por contener muchas definiciones dogmáticas, era comparado con un Manual o un Tratado de Derecho Penal⁶⁶. Aspecto efectivamente criticable por innecesario y por constituir un obstáculo que restringió el campo interpretativo, lo que en definitiva resultó nocivo para el desarrollo jurisprudencial⁶⁷. Sus múltiples definiciones restringían toda actividad creadora de los interpretes de la Ciencia Penal. Por ejemplo, definiciones sobre dolo y culpa, y dentro de ellas, el dolo de consecuencias necesarias y eventual, y la culpa consciente e inconsciente (Arts. 33, 34 y 35).

"Derecho Penal Salvadoreño", (Parte General), Cuaderno 1, Tercera Edición, Universidad "Dr. José Matías Delgado, San Salvador, El Salvador, 1990, p. 16.

⁶⁵ Vid., ARRIETA GALLEGOS, Manuel: "El Nuevo Código Penal Salvadoreño", San Salvador, El Salvador, 1973, S. M. D. Pgs. 4 a 6.

⁶⁶ Al detenerse en el estudio de la Parte General se podía verificar que el Código contenía un desmedido prurito teórico de definiciones, conceptos, divisiones y ordenamiento de materias que parecían regular, en vez de un ordenamiento jurídico, "un sistema científico" o parecía "un manual de la asignatura". Así, BUSTOS RAMÍREZ, Juan: "Consideraciones Respecto a la Estructura del Delito en la Reforma Penal Latinoamericana", en Doctrina Penal, Año 2, Nos. 5 a 8, Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1979, p. 478. En igual sentido RIVACOBBA Y RIVACOBBA, Manuel de: "Pensamiento Penal y Criminológico del Código Penal Tipo para Latinoamérica", en Doctrina Penal, Año 10, Nos. 37 a 40, Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1987, p. 723.

⁶⁷ En ese sentido CHIMIENI, Miguel y ROCHA, Joaquín da: "Código Penal de El Salvador de 1973", en Nuevo Pensamiento Penal, Año 5, Nos. 9 a 12, Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1976, p. 140.

La estructura del Libro Primero (Arts. 1 a 152) estaba compuesta de nueve Títulos, así: Título I, La Ley Penal; Título II, Hecho Punible y Responsabilidad Penal; Título III, Concurso de Delincuentes y de Delitos; Título IV, Penas; Título V, Medidas de Seguridad; Título VI, Extinción de la Acción Penal y de la Pena; Título VII, Consecuencias Civiles del Delito; Título VIII, Rehabilitación y el Título IX, Concepto de Delito Político.

El Título I, relativo a la Ley Penal, regulaba, entre otras materias, el principio de legalidad: no hay delito, ni pena sin ley que lo prescriba. En consecuencia, el Código Penal expresaba en su Art. 1, Inc. 1°: "*Nadie podrá ser sancionado por hechos que la ley penal no haya previsto en forma precisa e inequívoca como punibles, ni podrá ser sometido a penas o a medidas de seguridad que ella no haya establecido previamente*". Pese a ello, podía encontrarse en exceso una serie de tipos penales en blanco que ponían en descrédito la garantía de legalidad. Así, por ejemplo: artículos 292, 293, 299, 331, 340, etc.

Complementando la función de garantía del principio de legalidad se prohibía la analogía. En efecto, en el Art. 4, se prescribía: "*No podrán configurarse hechos punibles o imponerse sanción alguna por aplicación analógica de la Ley*". Prohibición básica para el juzgador.

La aplicación de la ley penal comprendía: en primer lugar, el ámbito territorial, y excepcionalmente los casos de extraterritorialidad. En segundo lugar, su aplicación en el tiempo, permitiéndose la retroactividad cuando la nueva ley penal era más favorable al delincuente. En tercer lugar, la aplicación a las personas, fijándose su aplicación para las personas que en el momento del hecho tuvieran más de dieciséis años.

El Título II se refería a los hechos punibles, la responsabilidad penal⁶⁸, las causas que la excluyen y las circunstancias que la modifican.

⁶⁸ La corriente doctrinaria que sobre la teoría del delito sigue la Comisión es enfáticamente causalista. Ello se desprende de la exposición de motivos: "tres elementos integran el delito: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. La tipicidad es el elemento objetivo, indispensable para que exista el delito. La culpabilidad es el elemento subjetivo: dolo y culpa. Vinculando ambos extremos está la

En cuanto a la culpabilidad acusaba un corte alejado del Derecho Penal del Acto y, por el contrario, revelaba una corriente basada en el Derecho Penal de autor, es decir, en una culpabilidad fundada por características del autor y no en el hecho. En efecto, la reincidencia, la habitualidad, el profesionalismo⁶⁹ y los criterios de individualización de la pena, eran normas en las que un sujeto podía ver aumentada su pena hasta la mitad del máximo de la escala penal establecida para el correspondiente delito, o en su caso, de manera facultativa ser sometido por el juez a una medida de seguridad de internación que habría de cumplir después de la condena.

Mantuvo las tradicionales formas comisivas del delito, es decir, la acción y la omisión (Art. 21). Pero, también regulaba la *comisión por omisión* u *omisión impropia* mediante un dispositivo especial que fijó los supuestos de *posición de garante* (Art. 22). Es decir, estableció los presupuestos por los que el no evitar un resultado típico equivalía a realizarlo. El propósito era construir un puente para no violar el principio de legalidad por no estar tipificada tal forma de conducta en los tipos penales.

Según el Código, había tres formas de culpabilidad, a saber, dolo, culpa y preterintencionalidad, que a continuación definía (Arts. 33, 35 y 34). La preterintención carecía de autonomía y, por tanto, de entidad equiparable al dolo o a la culpa. Ahora bien, sentada la preterintención en la Parte General, y siendo punibles los delitos culposos y preterintencionales únicamente en los casos expresamente señalados por la ley, la preterintencionalidad no podía relacionarse más que con el homicidio preterintencional (Art. 157 Pn.) y con el aborto (Art. 167 Pn.).

Abandonando la tradicional y sencilla manera de contemplar bajo un epígrafe común las eximentes, es decir, las causas de atipicidad, de

antijuridicidad que es el elemento en cuya virtud se considera que determinado acto es contrario a derecho". En tal sentido: FERNÁNDEZ, Julio Fausto: "Sueños...", Op. Cit. p. 89.

⁶⁹ "En realidad, las nociones de habitualidad y profesionalidad no son sino categorías de peligrosidad. El haberlas traído de las leyes sobre el estado peligroso a un código y que sirvan en éste de fundamento a la agravación de la pena, denota a las claras el vigor que tiene la influencia del ideario positivista en él, con el consiguiente retroceso del concepto de culpabilidad". Así, RIVACOBÁ Y RIVACOBÁ, Manuel de: "Pensamiento...", Op. Cit., Pgs. 730 y 731.

justificación y de inculpabilidad, se prefirió hacer las diferenciaciones entre unas y otras⁷⁰ (Art. 36 "*Ausencia de Acto Voluntario*", Art. 37 "*Causas de Justificación*", Art. 38 "*Causas de Inimputabilidad*" y Art. 40 "*Causas de Inculpabilidad*").

Penas y Medidas de Seguridad⁷¹. El Código abandonó el criterio que establecía un rígido sistema de penas determinadas en la ley, y adoptaba el método de señalar para cada delito un máximo y un mínimo. Por otro lado, simplificó el número y la forma de aplicación de las penas principales, reduciéndolas a: prisión y multa⁷². Las penas que contenía eran principales (prisión y multa Art. 58 Pn.) y accesorias (inhabilitación absoluta y especial Art. 58 Pn).

En el artículo final (151) de la Parte General se definía el *delito político* contrapuesto al *delito común*. Sin embargo, al analizar ese artículo, se observa que comprende un amplio catálogo de infracciones⁷³. A nuestro

⁷⁰ El argumento que se esgrime es el siguiente: "En esta materia se ve con mucha nitidez la evolución de los códigos hacia estructuras más perfectas, desde los códigos de vieja sistemática en que las causas de exclusión aparecen reunidas y entremezcladas, sin clasificación alguna, hasta los códigos y proyectos que con aspiraciones de aproximar las categorías científicas a los preceptos legales, comprenden en un solo capítulo todas las causas de exclusión, con la clasificación respectiva de acuerdo a la doctrina moderna que analiza los caracteres positivos del delito, enumerando como causales de exclusión de responsabilidad las que vienen a constituir los caracteres negativos del mismo". FERNÁNDEZ, Julio Fausto: "Sueños...", Op. Cit., p. 90.

⁷¹ El Art. 27 de la Constitución de 1983, suprimió la pena de muerte, que establecía la Constitución de 1962, en el artículo 168. La Constitución vigente, dice que: "*Sólo podrá imponerse la pena de muerte en los casos previstos por las leyes militares durante el estado de guerra internacional*"; por lo que quedaron tácitamente derogadas todas las disposiciones que se referían a la pena de muerte en el Código Penal, por ejemplo, los artículos 19 Inc. 2o. 59, 86, 125 No. 1o., 154 Incisos 3o. y último, 464 Inc. 2o. y 525 regla 2a.

⁷² Antes, como quedó expresado en la nota anterior estaba regulada la pena de muerte como pena principal; pero con la vigencia de la Constitución de 1983 se derogó esta pena para los delitos comunes.

⁷³ Al aprobarse en 1973 el Código Penal, la versión original de éste no definía el delito político. Pero antes de su vigencia se introdujeron varias reformas, incluyéndose un nuevo Título: "TÍTULO IX, CONCEPTO DE DELITO POLÍTICO", que lo definía bajo el epígrafe "*Delitos Políticos y Delitos Comunes Conexos*". Por ello, es comprensible que la exposición de motivos del Código Penal careciera de un comentario sobre la fundamentación conceptual de dicha disposición.

juicio, el delito político no se justificaba y debía eliminarse, porque en una democracia fundamentada en el Estado de Derecho, no se puede legislar manteniendo resabios de estados totalitarios.

La Parte Especial aparecía ordenada por grupos de hechos punibles en atención a la jerarquía de bienes jurídico⁷⁴. Tal como es la tendencia dominante que se sigue hoy en dar prioridad al bien jurídico tutelado con base en la persona humana. La clasificación que ofrecía el Código, en la Parte Especial, del Libro Segundo “Los Delitos”, contenía cinco agrupaciones sistemáticas, así: I. Delitos contra los bienes jurídicos de las personas (Arts. 152 a 264); II. Delitos contra los bienes jurídicos de la familia (Arts. 265 a 280); III. Delitos contra los bienes jurídicos de la sociedad (Arts. 281 a 372); IV. Delitos contra los bienes jurídicos del Estado (Arts. 373 a 485); V. Delitos de trascendencia internacional (Arts. 486 a 495).

La Parte Especial, del Libro Tercero que regulaba “Las Faltas”, aparecía dividido en dos Títulos. El Título I, contenía disposiciones generales propias de esa clase de hechos punibles. El Título II, regulaba las faltas, en el siguiente orden: a) Faltas contra la vida y la integridad personal; b) Faltas relativas a la prevención de delitos contra la vida y la integridad personal; c) Faltas contra el patrimonio; d) Faltas contra los bienes jurídicos de la familia, las buenas costumbres y el decoro público; y, finalmente, e) faltas contra el orden y la tranquilidad pública.

⁷⁴ En la Exposición de Motivos se dice: “La comisión... acepta, ligeramente modificada, la clasificación del profesor argentino José Peco, propuesta en su anteproyecto del Código Penal (Argentino) de 1941 (...) La Comisión ha preferido el sistema que adopta, porque cree que debe destacarse la persona humana frente al Estado, sobre todo en esta época por temor a incertidumbre, cuando se han visto regímenes que dan importancia primordial a los delitos contra el Estado, creando penalidades extraordinarias que rompen el principio de fraternidad proclamado por el liberalismo penal”. Exposición de motivos del Proyecto de Código Penal de la República de El Salvador, Aquilina Editorial, San Salvador, El Salvador, 1986, p. 74.

6. El actual Código Penal (1998)

a. Su Origen

El Programa Nacional de Reforma Legal del Ministerio de Justicia⁷⁵, publicado en 1993, contiene, entre otros, un componente sobre las reformas penales. En esta materia el programa toma en cuenta dos exigencias de nuestra propia realidad⁷⁶:

Primera: generar un sistema de investigaciones criminales eficiente y respetuoso de la ley, para que la justicia penal funcione correctamente;

Segunda: adecuar la legislación penal, procesal penal y penitenciaria al sistema de derechos y garantías previstos tanto en la Constitución de la República como en los Tratados Internacionales aprobados y suscritos por El Salvador.

⁷⁵ Véase : "Fortalecimiento del Estado de Derecho" (Un programa en Marcha), en Programa Nacional de Reforma Legal del Ministerio de Justicia, San Salvador, El Salvador, 1993.

⁷⁶ Es politicocriminalmente recomendable y necesario, dice la doctrina, cuando se emprenden movimientos de reforma, especialmente de Derecho penal, que para que la misma no resulte un producto de laboratorio, biblioteca o de escritorio, realizar estudios criminológicos previos acerca de la realidad social a la que se va a aplicar, es decir, saber *a priori* cómo germina y se desarrolla el crimen en ella. Así, RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel de: "Poder, Derecho y Justicia en el marco de la Reforma Penal", en Doctrina Penal, Año 11, Nos. 41 a 44, Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1988, p.120. Ahora bien, si sobre este punto, la Comisión Redactora del Código Penal no se fundamentó en cuestiones político-criminales orientadas por estudios criminológicos, como debió haber sido idealmente, ello no desacredita su ardua labor ya que puede presumirse, en parte, que el proyecto de Código Penal responde a los requerimientos y valoraciones de una sociedad en la que se dió a conocer ampliamente y se debatió públicamente, durante varios meses de su gestación, participando los más diversos sectores o círculos de la sociedad, quedando la iniciativa final para la redacción de los

b. Directrices Político–criminales

La Comisión Redactora del Anteproyecto de Código Penal⁷⁷, trabajo bajo las directrices político–criminales dadas por el Ministerio de Justicia, en cinco aspectos⁷⁸:

1^ª) *Intervención Mínima.* Utilizar el Derecho Penal mínimamente y como *ultima ratio*, es decir, la criminalización de una conducta delictiva debe darse solamente en aquellos eventos en los cuales sea absolutamente necesario prevenir y/o responder a la conducta social dañosa, pues ello presupone que el Derecho Penal no es el único instrumento de control social disponible para evitar o controlar socialmente esos comportamientos nocivos. El ejercicio del poder punitivo del Estado sólo puede ser aplicado contra acciones que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos importantes, dejando a otras ramas del Derecho los casos más leves de comportamientos que transgredan el ordenamiento jurídico.

2^ª) *Exclusiva protección de Bienes Jurídicos.* El principio de lesividad de bienes jurídicos no significa que todo bien jurídico deba ser protegido con el Derecho Penal; pues de acuerdo al criterio valorativo que político–criminalmente se realice, la intervención del Derecho Penal en la efectividad de este principio tendrá lugar únicamente cuando se realicen acciones penalmente relevantes, es decir, que trasciendan en significancia lesionando o poniendo en peligro un bien jurídico penalmente merecedor de protección punitiva. En tal sentido, no sólo deben ser objeto de protección

⁷⁷ La Comisión quedó oficialmente integrada el 8 de octubre de 1993, mediante Acuerdo No. 423 del Órgano Ejecutivo. Dicho Anteproyecto fue terminado en enero de 1994 y presentado hasta el mes de Junio del mismo año para consulta nacional. Véase en ese sentido el Anteproyecto de Código Penal (Texto para consulta nacional), Ministerio de Justicia, San Salvador, 1994.

⁷⁸ Desde la reforma penal de la Ilustración la mayoría de movimientos de reforma penal han girado en torno a tres grandes principios que todavía tienen vigencia: el primero, es la configuración y consagración del dogma de legalidad; el segundo, consiste en la supresión o atenuación de delitos, especialmente cuando ya no coinciden con las valoraciones de la época y, el tercero, es la de humanización cada vez mayor del Derecho penal. Así, RIVACOBBA Y RIVACOBBA, Manuel de: "La Reforma de la Ilustración", en Doctrina Penal, Año, 11, Nos. 41 a 44, Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1988, Pgs. 244 a 245.

penal los tradicionales bienes jurídicos personales (vida, libertad, propiedad) sino que deberá darse mayor desarrollo a aquellos que pertenecen a la colectividad, tales como la salud pública, el medio ambiente y el orden social económico.

3^a) *Unidad de la Legislación Penal*. Clave para la realización de la reforma del Código Penal resultó la revisión minuciosa de la Legislación Penal Especial vigente, para el propósito de lograr un Código Penal coherente y armónico con toda la legislación penal.

4^a) *Necesidad de la Pena*. Este principio dio lugar a la desaparición de las penas corporales, en muchas legislaciones penales, incluso en la nuestra se suprimió la pena de muerte. Sin embargo, no pudiendo prescindirse, por hoy, de la pena privativa de libertad, pese a sus nefastas consecuencias, se ha generado la búsqueda de alternativas de castigo, procurando que la privación de libertad como pena sea aplicada únicamente cuando sea necesario. En tal sentido, se presentan como alternativas, entre otras, la pena de *prestación de servicios comunitarios*, el *arresto de fin de semana* y el *arresto domiciliario*. La penalización de conductas y la aplicación de la pena privativa de libertad, se reserva para aquellos ataques graves para conservar el equilibrio social.

5^a) *Respeto de la Dignidad Humana*. Se pretendió un texto respetuoso de las garantías y principios de la persona humana consagrados en la Constitución e instrumentos internacionales. Orientación que debía cubrir en forma amplia tanto a imputados como a víctimas.

c. Antecedentes

Poco puede hacerse para la elaboración de un Código Penal si se desconocen las consecuencias de orden práctico que debe traer su aplicación. Esto permitió que en la redacción del nuevo ordenamiento punitivo, la Comisión tomara en cuenta no sólo los avances doctrinales y de la legislación comparada, sino la realidad social. Esto para evitar convertir al nuevo Código Penal en un documento teórico y sin utilidad práctica. Sus fuentes principales han sido: el Código Penal de 1974, el Código Penal Tipo para Latinoamérica,

el Proyecto Código Penal español de 1992 y también el Anteproyecto de Código Penal de Guatemala de 1991.

1) *El Código Penal de 1974*. De él se rescata lo más importante, haciéndose modificaciones en algunas normas para mejorarlas técnicamente.

2) *El Código Penal Tipo para Latinoamérica*. Como corolario de lo anterior, la Comisión no pudo desvincularse del Código Penal Tipo para Latinoamérica, constituyendo éste un bastión de primer orden.

3) *El Proyecto de Código Penal Español de 1992*. La influencia de este Proyecto se hace sentir más en la Parte General que en la Parte Especial.

4) *El Proyecto de Código Penal de Guatemala de 1991*. Aparece como cuarta fuente, tomando en cuenta la cultura, tradiciones y aspiraciones similares con las del pueblo salvadoreño.

5) *Base doctrinal de Luis Jiménez de Asúa*. El marco de referencia doctrinal, según la Comisión Redactora, no es esencialmente novedoso, pues su contenido no difiere de las "*Bases Generales para un nuevo Código Penal*"⁷⁹, que el insigne jurista Don Luis Jiménez de Asúa redactara en 1961.

d. Estructura y Contenido

El Código Penal vigente, siguiendo la sistemática del Código Penal del 1974, está estructurado en tres libros, los cuales están dedicados respectivamente a la Parte General (Libro Primero) que comprende los principios y garantías que orientan la política criminal, así como las disposiciones generales sobre los delitos; la Parte Especial (Libro Segundo), referido a los delitos en particular y, por último, la Parte Especial referida a las faltas (Libro Tercero).

La Parte General, considerada como la columna vertebral en cuyo contenido los principios y garantías le dan sentido a la política criminal que inspira el orden jurídico, contiene varias innovaciones:

⁷⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: "*Bases Generales para un Nuevo Código Penal*", en Revista de la Universidad de El Salvador, San Salvador, El Salvador, 1966.

a) *El Capítulo de las Garantías Penales Mínimas* contiene y desarrolla enunciados jurídicos que recoge, por lo general, la Constitución y que operan en beneficio de los ciudadanos. Estos enunciados constituyen límites al "*ius puniendi*".

1. *Principio de legalidad.* En un *Estado Constitucional de Derecho* el principio de legalidad resulta fundamental, pues la única fuente del Derecho Penal es la ley (Art. 1). Este principio garantiza que se determine en forma clara y precisa qué conductas constituyen hechos punibles y a la vez qué sanciones o medidas de seguridad se deben aplicar.

2. *Principio de la dignidad humana.* Este principio desarrolla la estructura garantista de la Constitución sobre la base de la dignidad humana, convirtiéndose en otro límite al poder punitivo del Estado (Art. 2).

3. *Principio de lesividad de bien jurídico.* Principio que limita la persecución penal a hechos que lesionen o pongan en peligro significativamente un bien jurídico (Art. 3).

4. *Principio de responsabilidad.* Fundamentado en el principio de inocencia constitucional (Art. 12 Cn), sirve para potenciar un Derecho Penal del acto contrapuesto a un Derecho Penal de autor (Art. 4).

5. *Principio de necesidad y de proporcionalidad de la pena.* Se orienta tomando como base la función asignada a la pena y apoyándose, por tanto, en las distintas consecuencias que como alternativas a la pena privativa de libertad contiene el Código Penal. Al mismo tiempo, se determina que la respuesta punitiva al hecho cometido debe ser proporcional a la gravedad del mismo (Art. 5).

6. *Aplicación general.* Con este principio, que no niega la existencia de Leyes Penales Especiales, se establece que las garantías penales

mínimas son de obligatoria aplicación a cualquier texto punitivo especial (Art. 6).

b) La Ley Penal. Dentro de los ámbitos de aplicación de la ley penal, como es tradicional, se adopta el principio de territorialidad como regla general. En cuanto a la aplicación de la ley penal a las personas hay una innovación sobre la minoridad penal, pues se dispone que la ley penal se aplicará a las personas mayores de dieciocho años. Con ello se consigue dar vigencia al régimen especial penal aplicable a los menores de esa edad por medio de la Ley del Menor Infractor y de la Convención sobre los Derechos del Niño, suscrita y ratificada por El Salvador.

c) Hecho Punible. Se mantiene la clasificación bipartita de los hechos punibles: en delitos y faltas. En general, no se observan cambios sustanciales. Se define el "Delito Oficial" (Art. 22), en congruencia con lo regulado por la Constitución (Arts. 236, 241 y 242).

Sobre las causas que excluyen de la responsabilidad penal. Estas han sido agrupadas en una sola disposición (Art. 27).

Uno de los cambios fundamentales es el relativo al tratamiento del error en materia penal (Art. 28). Sabido es que el Código anterior conservaba el tradicional tratamiento del error —de hecho y de derecho— procedente del Derecho Civil. Este cambio toma como base la legislación comparada (Anteproyecto español de 1992) que distingue entre el error de tipo y el error de prohibición. Ahora bien, cuando se trate de un error sobre elementos accidentales (error en la persona, en el golpe, *dolus generalis*, etc.), se prescinde de una norma que lo regule, por innecesario, en tales supuestos habrá que recurrir a la teoría general sobre el error.

d) Autoría y participación. En esta materia se da vigencia al principio de accesoriadad penal (Art. 37), por una parte y, por otra, se precisan las diferentes categorías que se presentan en la participación criminal, es decir, la autoría directa, la coautoría, la autoría mediata, la instigación y la complicidad (Arts. 32, 33, 34, 35 y 36). Se introduce la figura del actuar por otro para hacer frente el problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (Art. 38).

e) *Sistema de penas*. Se amplía el catálogo de penas, incluyéndose además de la pena de prisión y multa, las penas de arresto de fin de semana (Art. 49), arresto domiciliario (Art. 50) y la prestación de trabajo de utilidad pública (Art. 55). Todas estas nuevas modalidades que como alternativas a la pena de prisión se presentan, pretenden contrarrestar los nocivos efectos de la pena de prisión. Sin embargo, contrario a los principios de humanidad, necesidad y proporcionalidad de la pena, hay varios casos en que las escalas penales se han incrementado considerablemente, por ejemplo: Violación (Art. 162), Acceso carnal con menor de 12 años (Art. 163), Estafa agravada (Art. 216), Enriquecimiento ilícito de empleado público (Art. 343), Negociaciones ilícitas de empleado público (Art. 338). También se aumentan las penas previstas para los delitos contra el patrimonio cultural (Arts. 225 y Sgts.), los derechos de autor (Arts. 228 y 229), el medio ambiente (Arts. 258 y Sgts.), y la salud pública (Arts. 275 y Sgts.).

Parte Especial. La estructura adoptada en el Libro Segundo “*De los Delitos y sus Penas*”, es la típica de los Códigos penales modernos que inician con la descripción de los delitos que afectan los bienes jurídicos en una escala de valores, así: Título I, Delitos relativos a la vida; Título II, Delitos relativos a la integridad personal; Título III, Delitos relativos a la libertad; Título IV, Delitos contra la libertad sexual; Título V, Delitos relativos a la seguridad personal; Título VI, Delitos relativos al honor y a la intimidad; Título VII, Delitos relativos a las relaciones familiares; Título VIII, De los delitos relativos al patrimonio; Título IX, Delitos relativos al orden socioeconómico; Título X, Delitos relativos a la ordenación del territorio, la protección de los recursos naturales, y al medio ambiente; Título XI, Delitos relativos a la seguridad colectiva; Título XII, Delitos relativos a la salud pública; Título XIII, Delitos relativos a la fe pública; Título XIV, Delitos relativos a los derechos y garantías fundamentales de la persona; Título XV, Delitos relativos a la administración de justicia; Título XVI, Delitos relativos a la administración pública; Título XVII, Delitos relativos al sistema constitucional y la paz pública; Título XVIII, Delitos relativos a la existencia, seguridad y organización del Estado; Título XIX, Delitos contra la humanidad; y, finalmente, el Título XX, Delitos de carácter internacional. Esta nueva sistemática se desprende de la orientación individualista que señala

nuestra Constitución desde su Art. 1: "*El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado...*".

Se incorporan nuevos tipos penales y descriminalizan otros. Aparecen como nuevos delitos: lesiones en el no nacido (Art. 138 CP); manipulación genética (Art. 139 CP); inseminación artificial no consentida (Art. 156 CP); inseminación fraudulenta (Art. 157 CP); estupro por prevalimiento (Art. 163 CP); acoso sexual (Art. 165 CP); omisión del deber de socorro (Art. 175 CP); utilización de imagen o nombre de otro (Art. 190 CP); violencia intrafamiliar (Art. 200 CP); tortura (Art. 297 CP), para mencionar algunos. Supresión de delitos, por ejemplo: los hechos punibles preterintencionales o delitos calificados por el resultado (amparados en la nueva concepción del principio de responsabilidad). También, supresión de ciertas figuras por razones técnicas o de fuerte connotación moralista, verbigracia: de los primeros se eliminan, el homicidio preterintencional, el aborto preterintencional, la piratería en los mares, la violación del secreto de voto, el menosprecio a emblemas o himnos extranjeros, el uso indebido de traje o uniforme propio de un cargo y, de los segundos, el adulterio, incesto, ofensas a la memoria de un difunto.

El Libro Tercero, Parte Especial que regula "*Las Faltas y sus Penas*", aparece dividido en dos Títulos. El Título I, contiene disposiciones generales propias de esa clase de hechos punibles y el perdón judicial. El Título II, regula las faltas en concreto, en el siguiente orden: a) Faltas relativas a la vida, a la integridad personal y a la libertad personal; b) Faltas relativas a la prevención de delitos contra la vida y la integridad personal; c) Faltas relativas al patrimonio; d) Faltas relativas a la familia, buenas costumbres y al decoro público; e) faltas relativas al orden y tranquilidad pública; y, finalmente, f) faltas relativas al respeto de los difuntos.

d. Principales Reformas

Como antes se ha dicho, con el Decreto Legislativo número 1030, de 26 de abril de 1997, publicado en el Diario Oficial número 105, Tomo número 335, de fecha 10 de junio de 1997, se aprobó el actual Código Penal; pero desde esa fecha se han dictado más de una docena de decretos

legislativos por medio de los cuales se han introducido varias reformas. El resumen de las mismas guarda la cronología siguientes:

I) Decreto Legislativo número 193, de 17 de diciembre de 1997, publicado en el Diario Oficial número 240, Tomo número 337, de 23 de diciembre de 1997. Con este decreto se adicionó al Título IX, Delitos relativos al orden socioeconómico, Capítulo II, de los delitos relativos al mercado, la libre competencia y la protección al consumidor, el artículo 24°-A, para regular el delito "defraudación a la economía pública".

II) Decreto Legislativo número 205, de 8 de enero de 1998, publicado en el Diario Oficial número 5, Tomo número 338, de 9 de enero de 1998. Mediante el cual se sustituyó el artículo 409 del Código Penal, el cual tenía prevista la vigencia del citado Código para el día 20 de enero de 1998, prorrogando la entrada en vigor hasta el 20 de abril de 1998.

III) Decreto Legislativo número 235, de 2 de marzo de 1998, publicado en el Diario Oficial número 131, Tomo número 340, de 15 de julio de 1998. Con este decreto se sustituyeron ocho artículos y se hicieron dos adiciones. Los artículos sustituidos son: el artículo 225, "contaminación ambiental"; el 256, "contaminación ambiental agravada"; el 257, "contaminación ambiental culposa"; el 258, "depredación de bosques"; el 259, "depredación de flora protegida"; el 260, "depredación de fauna"; el 261, "depredación de fauna protegida"; el 262, "responsabilidad de funcionarios y empleados públicos". Los artículos adicionados son: el 262-A, "quema de rastrojos" y el 262-B, "comercio y transporte de sustancias peligrosas".

IV) Decreto Legislativo número 345, de 2 de julio de 1998, publicado en el Diario Oficial número 143, Tomo número 340, de 30 de julio de 1998. Éste reformó el artículo 200 que tipifica el delito de "violencia intrafamiliar" y se intercaló el artículo 338-A, para regular el tipo penal denominado "desobediencia en caso de violencia intrafamiliar".

V) Decreto Legislativo número 378, de 13 de agosto de 1998, publicado en el Diario Oficial número 156, Tomo número 340, de 25 de

agosto de 1998. Mediante este decreto se realizaron las siguientes modificaciones en el Código Penal: se adicionó un numeral y se reformó el inciso segundo del artículo 129; se reformó en el Libro Segundo, Título XIII, la denominación del Capítulo I, de la siguiente forma: "Capítulo I, De la Falsificación de Moneda, Sellos Oficiales y Especies Fiscales"; fue reformado el artículo 280, que regula la "falsificación de sellos oficiales, especies fiscales o billetes de lotería"; se adicionó al Libro Segundo, Título XIII, el Capítulo IV, con la denominación: "Falsificación de Marcas, Señas y Fierros", con dos artículos: el 289-A, "falsificación de señas y marcas" y el 289-B, al cual no se le designó epígrafe; se reformaron los artículos 295, que describe los "atentados relativos al ejercicio del sufragio" y el inciso primero del artículo 346 que regula la "tenencia, portación o conducción de armas de guerra"; se adicionó, finalmente, el artículo 346-A, para regular la "fabricación, portación, tenencia o comercio ilegal de armas de fuego o explosivos caseros o artesanales".

VI) Decreto Legislativo número 425. Este aparece fechado el 24 de septiembre de 1998 y publicado en el Diario Oficial número 198, Tomo número 341 de 23 de octubre de 1998. El aludido decreto derogó el artículo 48, que regulaba la "conversión de la detención provisional", por considerar que el mismo se estaba aplicando en forma retroactiva de conformidad con el art. 21 de la Constitución de la República y, además, se hacía para rectificar un "*error involuntario*", mediante el cual originalmente se aprobó en el Código Penal, no obstante considerarse que su naturaleza jurídica era de carácter procesal. En efecto, con el mismo epígrafe se adicionó el artículo 441-A del Código Procesal Penal y en forma íntegra el contenido de la citada disposición pasó a formar parte del ordenamiento procesal penal, según considerandos del Decreto Legislativo número 426, de 24 de septiembre de 1998, publicado en el Diario Oficial número 198, Tomo número 341 de 23 de octubre de ese año;

VII) Decreto Legislativo número 441. De fecha 8 de octubre de 1998, publicado en el Diario Oficial número 206, Tomo número 341 de 5 de noviembre de 1998, el cual entró en vigencia a partir del 13 del mes y año mencionados. Con esta reforma se modificó el tipo penal contemplado en el artículo 295 denominado "fraude electoral", cuya finalidad es evitar, según

uno de sus considerandos, la consumación de un fraude en las elecciones, ampliándose en forma casuística las posibles circunstancias que pueden dar lugar a originar una conducta fraudulenta en el proceso electoral;

VIII) Decreto Legislativo número 471, de 5 de noviembre de 1998, publicado en el Diario Oficial número 208, Tomo número 341, de 9 de noviembre de 1998. Mediante el cual se reformaron transitoriamente, por el plazo de 90 días contados a partir del día de su vigencia en el Diario oficial, los artículos siguientes: acaparamiento, Art. 233; venta a precio superior, Art. 234; uso de pesas o medidas alteradas, Art. 236; propalación falsa, Art. 237 y ventas ilícitas, Art. 240. Estas modificaciones transitorias obedecieron a la calamidad pública que previamente había decretado la Asamblea Legislativa con ocasionados por la tormenta tropical "Micht", que azotó nuestro país;

IX) Decreto Legislativo número 642. Este fue dado el 17 de junio de 1999 y publicado en el Diario Oficial número 128, Tomo número 344 de 9 de julio de 1999. Varias son las modificaciones que contiene este decreto, unas versan sobre la Parte General del Código Penal y otras sobre la Parte Especial. Dentro de las primeras están: 1) la modificación hecha al artículo 3 que regula el "principio de lesividad del bien jurídico", suprimiéndose de él el término "efectivo", que alude al peligro corrido por el bien jurídico; 2) supresión de la frase "contra los bienes jurídicos de otro salvadoreño, que contenía el numeral 2) del artículo 9, bajo el epígrafe "principio personal o de nacionalidad"; 3) la intercalación entre los artículos 28 y 29, del artículo 28-A, que se refiere a la "acción libre en su causa"; 4) modificación del numeral 5), del artículo 30 que regula el "abuso de superioridad", dentro de las circunstancias que agravan la responsabilidad penal; 5) adición de un inciso al artículo 43 que se refiere al "delito masa", según el cual su aplicabilidad únicamente es procedente para impedir la impunidad o un tratamiento injustificadamente benévolo de los hechos que vistos particularmente, por la razón de su cuantía, no constituyan un delito; 6) modificación del artículo 73 que alude a la "penalidad del delito masa", señalándose como regla general la imposición al culpable del doble del máximo de la pena, pero, y en esto consiste la modificación, cuando sea posible la aplicación de las reglas del concurso de delitos o del delito continuado y se obtenga como resultado una pena mayor, se impondrá esta

última; 7) modificación del artículo 94 que versa sobre la “imposición de las medidas de seguridad”, con lo cual se enmienda un error contenido en esta última disposición que refería a la no exigibilidad de otra conducta como causal de justificación regulada en el artículo 7 numeral 5), en lugar de hacerlo a la inimputabilidad que, en la misma norma, se regula en el numeral 4); 8) ampliación del plazo de la “prescripción de la pena”, regulado en el inciso primero del artículo 99, manteniendo el mismo por un plazo igual al de la pena impuesta más una cuarta parte de la misma. Entre las segundas, es decir, las reformas a la Parte Especial, se encuentran: 1) la adición de un segundo inciso al artículo 159, contemplando la misma penalidad, pero una mayor protección para las víctimas, en atención al medio empleado, en la comisión del delito de “violación en menor e incapaz”; 2) de igual manera que en la anterior se considera adicionado un inciso en el artículo 161 que regula la “agresión sexual en menor e incapaz”: 3) se modifican los numerales 3) y 4) y se agrega un numeral 7) al artículo 162, que se refiere a la “violación y agresión sexual agravadas”, los primeros ampliando la protección a las víctimas menores de 18 años de edad, pues antes únicamente alcanzaba la protección a víctimas menor de 16 años; con el numeral agregado la agravante específica consiste en el abuso de relaciones domésticas o de confianza que deriven de las relaciones laborales; 4) de igual forma, como se ha dicho de la modificación de los numerales 3) y 4) del artículo 162, la edad para proteger a las víctimas se amplía a que se trate de un menor de los 18 años de edad; 5) se agregó un inciso al artículo 186 que regula la “captación de comunicaciones”, que no es más que una agravante específica, cuando el delito se realice para preparar la comisión de un delito, con el consiguiente incremento punitivo, por supuesto; 6) en los delitos de hurto, artículo 207; estafa, artículo 215; hurto, tipificado como falta, artículo 387, se modifica la cuantía de los mismos para constituir delito o falta, si sobrepasan o no la cantidad de doscientos colones, si es mayor de esa cantidad se tipifica el delito de hurto o estafa, según el caso, si es menor se tipifican como faltas; 7) se intercala entre los artículos 214 y 215, los artículos 214-A y 214-B, que configuran dos nuevos delitos, tales son: la “receptación” y la “conducción de mercaderías de dudosa procedencia”, respectivamente;

X) Decreto Legislativo número 650. Dictado el 1 de julio de 1999, publicado en el Diario Oficial número 129, Tomo número 344 de 12 del mismo mes y año. La vigencia del mismo corrió a partir del día 20 de los citados mes y año. Con ese decreto se introducen cuatro modificaciones al Código Penal. La primera, agregó una nueva modalidad al delito de “daños agravados”, contenido en el artículo 222, consistente en considerar como tal el comportamiento “cuando el daño recaiga en la morada de la víctima”; la segunda, agregó un inciso al artículo 243 que tipifica el delito de “cheque sin provisión de fondos”, considerando tal acción como *subsidiaria* frente al delito de estafa; la tercera, amplió las hipótesis punibles que contenía el “fraude procesal” e incrementó considerablemente la pena de prisión de 1 a 3 años, por la de 2 a 10 años; y, por último, la cuarta modificación sustituyó el inciso primero del artículo 17 que norma el delito de “evasión violenta”, agregando la hipótesis de su comisión empleando violencia en las cosas e incrementando la prisión de seis meses a un año por la de seis meses a dos años;

XI) Decreto Legislativo número 703, de 13 de 9 de septiembre de 1999, publicado en el Diario Oficial número 183, Tomo número 345, de 4 de octubre de 1999. Mediante este decreto se realizaron varias modificaciones en el Código Penal, tanto en la Parte General como en la Parte Especial. En la Parte General (Libro Primero): 1) se intercaló un segundo inciso en el artículo 4, que regula el “principio de responsabilidad”, por el cual se definió lo que debe entenderse por responsabilidad objetiva; 2) se agregó un inciso al artículo 25, que regula el “delito imposible”, para permitir las operaciones policiales con autorización escrita del Fiscal General de la República, que pudieran, caso de no existir la autorización, considerarse como delito imposible; 3) se sustituyó el numeral 5), y se agregó el numeral 6) al artículo 27, que regula las “excluyentes de responsabilidad”, numerales que se refieren a la no exigibilidad y a la colisión de deberes, respectivamente; 4) se adicionó epígrafe y numeral 16) al artículo 30, que regula las “circunstancias agravantes”, para introducir como agravante general la “reincidencia o habitualidad”; 5) se modificó el numeral 1) del artículo 45, para incrementar el máximo de la pena privativa de libertad que era de treinta años a treinta y cinco; 6) se modificó el numeral 1) del artículo 46, que regula la pena de inhabilitación absoluta incrementándola de treinta años a treinta y cinco; 7) se

intercaló el artículo 92-A, para regular las “excepciones a las formas sustitutivas”, o más bien, para excepcionar los supuestos que pueden gozar de libertad condicional; 8) se modificó el inciso primero y se agregó un inciso final al artículo 112, que regula el “régimen de registros penales”, con ello se permite que cualquier juez o magistrado con competencia penal, pueda solicitar informe sobre antecedentes, y no sólo los jueces de vigilancia correspondiente. Además, que se registren también anotaciones sobre delitos conciliados. En la Parte Especial, se registran los siguientes cambios: 1) se modificaron los numerales 2) y 3), el inciso segundo y se agregó un inciso final al Art. 129, que regula el “homicidio agravado”, además de las agravantes que se modifican, tiene importancia el incremento de pena para este delito, cuando en su comisión concurre la circunstancia agravante que regula el numeral 2); 2) se modificó el artículo 138, que regula las “lesiones en el no nacido”, disminuyendo el mínimo de la pena e incrementando el máximo de la misma, que era de 2 a 4 años, a la de 1 a 10 años, según la gravedad de las mismas; 3) Se modificó el nombre del Capítulo Único, del Título II, del Libro Segundo, el cual pasa a ser “Capítulo I”, y se incorporó un nuevo Capítulo al Título mencionado, así: “Capítulo II, Delitos de Peligro para la Vida y la Integridad Personal”, el cual contiene el Art. 147-A, que regula el tipo penal denominado “disparo de arma de fuego”; 4) se agregó un último inciso al artículo 214-A, para incorporar como agravante específica la habitualidad, con el consiguiente incremento de la sanción; 5) se intercalaron entre los artículos 219 y 220, los artículos 219-A y 219-B, que regulan la “remoción o alteración de linderos” y “la usurpación de aguas”, respectivamente; 6) se modificó el artículo 221, que regula el delito de “daños”, considerándose tal si el daño ocasionado excede de doscientos colones; 7) se intercaló entre los artículos 263 y 264, el artículo 263-A, para introducir las “condiciones objetivas de procesabilidad”, en los delitos contra el medio ambiente; 8) se modificó el inciso primero del artículo 313, que regula el “favorecimiento de la evasión”; 9) se modificó el inciso primero del artículo 333, que regula el “enriquecimiento ilícito”, introduciendo como sujeto activo a quien sea “autoridad pública” e incrementando el máximo de la pena de 6 a 10 años; 10) se agregó un último inciso al artículo 348, que regula los “desórdenes públicos”, para sancionar a los que formando pandillas armadas provocaren desórdenes o intimidación a las personas; y, finalmente, 11) se modificó el artículo 381, que regula la falta penal denominada

“daños”, considerándose tal aquella cuyo daño no excediere o fuere igual a doscientos colones;

XII) Decreto Legislativo número 740, de 22 de octubre de 1999, publicado en el Diario Oficial número 229, Tomo número 345, de 30 de noviembre de 1999. Mediante este decreto se realizaron varias modificaciones, cuyo propósito más bien está orientado a enmendar los errores cometidos en el Decreto Legislativo número 703, específicamente en los artículos 1, 9 y 17, de dicho decreto, modificaciones por las que se corrigen los artículos del Código Penal siguientes: 4 “principio de responsabilidad”, 129 “homicidio agravado” y 318 “favorecimiento de la evasión”;

XIII) Decreto Legislativo número 280, de 8 de febrero de 2001. Con este decreto también se introducen reformas a la Parte General y a la Parte Especial del Código Penal. Entre las primeras están: 1) se adicionó el artículo 22-A, para conceptuar el “crimen organizado”; 2) se adicionó al artículo 30, que regula las circunstancias agravantes, los numerales 17) y 18), que incorporan como agravantes generales el “daño a la confianza pública” y el “irrespeto a funcionarios públicos, autoridad pública o agente de autoridad”, respectivamente; 3) se reformó el artículo 71, regulador de la “penalidad del concurso real”, para establecer el máximo de pena de prisión a treinta y cinco años. En la Parte Especial, aparecen las modificaciones siguientes: 1) se adicionó el artículo 129-A para sancionar con igual pena que la del homicidio agravado la “proposición y la conspiración en el delito de homicidio agravado”; 2) se reformó el artículo 148, que tipifica la “privación de libertad”, incrementándose la pena de uno a tres años por la de tres a seis años; 3) se modificó la pena del delito de “secuestro”, regulado en el artículo 149, de diez a veinte años por la de veinte a treinta años de prisión; 4) se adicionó el artículo 149-A para sancionar la “proposición y conspiración en los delitos de privación de libertad y secuestro”; 5) se adicionó el artículo 214-C, para sancionar la “proposición y conspiración” de cualquiera de los delitos mencionados en el Capítulo II, del Título VIII, del Libro II, que regula “el Robo, la Extorsión y la Receptación”, excepto el último de los delitos mencionados; 6) se adicionó el artículo 288-A, para tipificar la “tenencia y uso indebido de traje o uniforme”; 7) se reformó el numeral 3) del artículo 289-A, que regula la “falsificación de señas y marcas”, suprimiendo la

actividad delictiva referida a “sustituyere” que contemplaba la norma; 8) se reformó el artículo 302, que regula la “interferencia e intervención de comunicaciones telefónicas”, pudiendo ser sujeto activos de ese hecho los particulares y, además, posibilitando tal interferencia o intervención cuando en una investigación judicial o fiscal, la víctima, el ofendido o su representante, según el caso, solicitaren o permitieren por escrito a la Fiscalía, la escucha y grabación de las conversaciones. Pudiendo ser utilizada con fines probatorios la grabación así obtenida; 9) se adicionó un inciso segundo al artículo 321, que regula el “incumplimiento de deberes”, agravando el hecho cuando de lugar a un hecho delictivo, o sea motivo de otro; 10) se reformó totalmente el artículo 345, que regula las “asociaciones ilícitas”; 11) se adicionó el artículo 346-B, para regular la “tenencia, portación o conducción de armas de fuego”, sin licencia para su uso o matrícula correspondiente; 12) se reformó el artículo 394, que regula el “uso indebido de traje o uniforme”, por el de “uso indebido de insignia o condecoración”; 13) se derogó el artículo 377, que regulaba el delito de “portación ilegal de armas”.

XIV) Decreto Legislativo número 486, de 18 de julio de 2001, publicado en el Diario Oficial número 144, Tomo número 352, de 31 de julio de 2001. Con este decreto se introducen reformas a la Parte General y a la Parte Especial. Entre las primeras están: 1) se reforma el numeral 1) del Art. 45, con el propósito de incrementar la pena de prisión hasta setenta y cinco años. Además, de regularse que en algunos casos previstos en la ley el cumplimiento de este tipo de pena se hará en celdas o pabellones especiales aislados, en los que deberá cumplirse desde su inicio no menos del diez por ciento de la misma; 2) se reformó, nuevamente, el artículo 71, regulador de la “penalidad del concurso real”, para establecer el máximo de pena de prisión a setenta y cinco años. En la Parte Especial, aparecen las modificaciones siguientes: 1) se reformó el numeral 2) del artículo 129 para agregar una casuística que trae como consecuencia sancionar con pena tales causales de homicidio agravado entre treinta y cincuenta años de prisión; 2) se reformó el artículo 149, que tipifica el “secuestro”, incrementándose la pena de treinta a cuarenta y cinco años de prisión. Negándose, además, para este delito, el beneficio de cualquiera de las formas de libertad condicional; 3) se reformaron los numerales 4) y 7) del artículo 208, que regula el “hurto

agravado”, adicionando causales de agravación a las ya establecidas en los mismos; 4) se adicionó el artículo 238–A para sancionar el “fraude de comunicaciones”; 5) se reformó el epígrafe y el inciso segundo del artículo 279, regulador de la “falsificación, tenencia o alteración de moneda”; 6) se reformó el epígrafe y el inciso segundo del artículo 280, que tipifica la “falsificación, tenencia de sellos oficiales, especies fiscales o billetes de lotería”; 7) se reformó el numeral el artículo 287, que regula el “uso y tenencia de documentos falsos”; 8) se intercaló un inciso (que sería el 2º) al artículo 313, que regula la “desobediencia a mandato judicial”; 9) se reformó el epígrafe y el inciso primero del artículo 317, que regula el la “evasión”; 10) se reformó el artículo 318, que regula el “favorecimiento de la evasión”; 11) se adicionó el artículo 318–A, para regular el “favorecimiento culposo a la evasión”.

XV) Por último, el Decreto Legislativo número 568, de 4 de octubre de 2001, publicado en el Diario Oficial número 193, Tomo número 353, de 12 de octubre de 2001. Con este decreto se adicionó el Art. 367–A, tipificándose el delito “tráfico ilegal de personas”.

MATERIALES PARA EL TRABAJO PRÁCTICO

I. Lecturas Seleccionadas

- A) **LA INFLUENCIA ESPAÑOLA.** *"El penalista español Antonio Quintano Ripollés, en su obra "La Influencia del Derecho Penal español en las legislaciones hispanoamericanas" (ediciones Cultura Hispánica. Madrid. 1953. Páginas 118 y 119) dice: "En la pequeña República Centroamericana de El Salvador se ofrece una de las más ricas historias de codificación penal, a la vez que de signo de más permanente fidelidad a los modelos legislativos españoles". En efecto, nuestro Código de 1826, es copia del español de 1822; nuestro Código de 1859, es "una adaptación, bastante más progresista y humanitaria por cierto", del español de 1848 y nuestros Códigos de 1881 y 1904, se ciñen a la sistemáticas del Código español de 1870. Añade Quintano Ripollés, en sus estudio citado: "El Código penal salvadoreño es una mera transposición del nuestro, desde la definición del delito y falta del artículo primero hasta el tratamiento de la imprudencia genérica en el 527, con su escalonamiento de temeraria, con infracción de reglamentos y simple. También ocasiona la típica cláusula informativa de los tribunales a la superioridad en caso de conocimiento de algún hecho reprehensible no penado por la ley (Art. 2º) y la no punición de la proposición y conspiración salvo en los casos especialmente previstos (Art. 4º)". SILVA, José Enrique: "Introducción al Estudio del Derecho Penal Salvadoreño", Ediciones la Universidad, San Salvador, El Salvador, S.M.D., Pgs. 7 y 8.*
- B) **LEGISLACIÓN PENAL VIGENTE EN ESPAÑA DESDE EL COMIENZO DEL SIGLO XIX AL CÓDIGO DE 1822.** *"En los comienzos del siglo XIX la legislación penal española estaba contenida en la Novísima recopilación. Ésta, y como derecho supletorio las Partidas, constituían las normas aplicables en materia criminal. Y como ambos cuerpos legales estaban integrados, casi por completo, o por disposiciones que provenían de la Edad Media o por leyes más modernas cronológicamente, pero absolutamente medievales por su severidad y dureza, resultaba que, cuando en otros países comenzaba a*

abrirse paso un derecho penal humanitario que representaba una completa ruptura con la bárbara legislación criminal anterior, nosotros poseíamos y aplicábamos aún un sistema represivo que ya por entonces se miraba como inhumano e indigno de un pueblo culto. En mi sentir, las tan citadas palabras de Pacheco reflejan fielmente nuestra situación penal en los principios del siglo XIX: "Todos los absurdos, dice este autor, todas las crueldades que distinguían nuestra legislación criminal de hace seis siglos, todos ellos han llegado en su completa dureza hasta el siglo presente. El tormento sólo se ha abolido por las Cortes de 1812 y por el Rey Fernando en 1817. La confiscación también se ha abolido por los mismos. Los azotes, la marca, la mutilación, estaban aún vigentes, y todos hemos visto aplicar la primera de estas tres penas; si no se usaban (que lo ignoramos) las otras dos, efecto era de la arbitrariedad judicial, ese otro singular dogma de nuestras modernas leyes criminales. La pena de muerte seguía aplicada a los que robasen en cualquier parte del Reino cinco ovejas, o valor de una peseta en Madrid; y en ese punto no sólo estaba la aplicación en las leyes, sino que pocos años ha se ejecutaban éstas con una severidad draconiana. El movimiento de reforma iniciado por Beccaria no pudo menos de ser conocido en España, su famoso libro fue traducido al castellano e indudablemente influyó en la obra del más célebre criminalista español de aquél tiempo, Lardizábal y Uribe (...) Pero las azarosas circunstancias por las que España atravesaba en los primeros años del siglo XIX, la lucha contra la invasión francesa, impidieron que la fermentación causada por las ideas de Beccaria se tradujera en la elaboración de un nuevo Código criminal en ellas inspirado; sin embargo, no dejaron de manifestarse aspiraciones encaminadas a la transformación radical de nuestra vetusta legislación penal. Las Cortes, por decreto de 22 de abril de 1811 suprimieron el tormento, suprimieron también la pena de horca (...), abolieron la confiscación y la pena de azotes, y en la Constitución de 1812 establecióse que el Código civil, el criminal y el de comercio fueran unos mismos para toda la monarquía, se dispuso que los castigos no trascendieran a la familia del culpable, ordenóse la formación de un Código penal y se consignaron garantías encaminadas a asegurar a los ciudadanos contra posibles abusos de las autoridades. La reacción de 1814, que

derribó el régimen constitucional y el gobierno representativo, mantuvo todas estas novedades y siguió subsistiendo el proyecto de formación de un Código penal, cuya necesidad proclamaba el mismo monarca en el decreto (2 de septiembre de 1819) en que se acogía la reforma. Restablecido el régimen constitucional, las Cortes del año 1820 volvieron al pensamiento de elaborar un nuevo Código penal; formóse un proyecto (presentado en abril de 1821) que después de amplia discusión fue sancionado el 9 de julio de 1822. Contiene este Código, el primer Código criminal de España, un título preliminar, donde se halla lo que hoy llamamos parte general; la parte especial se divide en otras dos, la Parte primera que comprende los "delitos contra la sociedad", y la Parte segunda que contiene los "delitos contra los particulares" (...). CUELLO CALÓN, Eugenio: **"Derecho Penal"**, Parte General, Tomo I., Decimotercera edición, Revisado y puesto al día por César Camargo Hernández, Bosch, Barcelona, España, 1980, Pgs. 148 a 150.

- C) **EL CÓDIGO PENAL DE 1822.** "El 26 de agosto de 1820 nombraron las Cortes la Comisión que había de redactar el Código criminal. La componían: MARTÍNEZ MARINA, CALATRAVA, VADILLO, CARO, VICTÓRICA, CRESPO CANTOLLA, RIBERA, FLORES ESTRADA y REY. Inició sus trabajos el 9 de noviembre y terminó el proyecto el 21 de abril de 1821. Fueron oídos las Universidades, Tribunales, Colegios de Abogados, el Ateneo español y algunos particulares. Hechas las variaciones que se estimaron pertinentes, el proyecto fue presentado a las Cortes el 1 de noviembre de 1821. Se discute desde el 23 del mismo mes hasta el 15 de febrero de 1822. Lo decretan el 8 de junio de 1822, el rey lo sanciona por ley de 27 y el 29 se pide a Fernando VII que ordene su promulgación, lo que hace el 9 de julio. Es seguro que no se publicó por lo menos hasta el mes de septiembre de aquel año. Una R. O. publicada en la Gaceta del 27 de septiembre resolvía que empezara a regir el 1 de enero de 1823. Pero el régimen constitucional agoniza, las Cortes se ven obligadas a huir, primero a Sevilla y luego a Cádiz. El 7 de abril de 1823 penetran los «Cien mil hijos de San Luis», y el 1 de octubre Fernando VII anula todos los actos realizados por el «llamado Gobierno constitucional». Su vigencia, si la tuvo, fue «breve, imperfecta y desigual». Se vuelve al sistema anterior hasta el Código de

1848. Se ha especulado sobre sus fuentes. Lo cierto es que hay mucho de original y que en una serie de extremos importantes ha prejuzgado la evolución posterior. Por ejemplo, la denominación misma del Código Penal, la consignación de una definición legal del delito, el castigo de la conspiración y proposición, el tratamiento del encubrimiento y receptación como formas de participación criminal, los catálogos de atenuantes y agravantes, el abono de prisión preventiva y la inclusión de la responsabilidad civil derivada del delito. En algunos puntos es de superior modernidad, así en la indemnización a las víctimas inocentes de errores judiciales, la impunidad de la proposición no aceptada, la llamada «prescripción» de la reincidencia, limitar el castigo de los delitos culposos a los casos especialmente previstos por la ley, la rebaja de penas por el arrepentimiento y la enmienda posterior". RODRÍGUEZ DEVESA, José María: "Derecho Penal Español", Parte General, novena edición, revisada y puesta al día por Alfonso Serrano Gómez, Dykinson, Madrid, España, 1985, Pgs. 96 a 98.

2. Cuestionario

- A) Los Códigos penales salvadoreños tienen su génesis en el orden siguiente.
- B) ¿Cuáles son las características que se le señalan al Derecho prehispánico salvadoreño?
- C) Mencione algunas leyes aplicadas en nuestro territorio salvadoreño durante la conquista y el coloniaje español.
- D) Según el Jurisconsulto ISIDRO MENÉNDEZ las épocas en que se dicta la legislación de El Salvador son tres ¿Qué comprende cada una de ellas?
- E) Mencione cuatro características que tenga el primer Código Penal de El Salvador.
- F) ¿Qué aspectos relevantes puede mencionar del Código Penal de 1974?
- G) Enumere y describa brevemente las pautas político-criminales del actual Código Penal.
- H) Cite y explique, someramente, ¿Qué innovaciones, de la Parte General, contiene el Código Penal de 1998?

- 1) Cite y explique ¿Qué innovaciones, de la Parte Especial, contiene el Código Penal de 1998?

3. Actividades Prácticas

- A) Elabore un esquema que comprenda los distintos Códigos Penales que ha tenido El Salvador.
- B) Elabore un cuadro sinóptico de las distintas penas —principales y accesorias— que en el Libro Primero contiene el Código Penal. Indique, además, en qué consiste cada una de ellas.

4. Temas para Discusión

- A) Tiene o no importancia práctica la influencia en la Codificación Penal de legislación extranjera.
- B) Es conveniente que en nuestro país se alze el nivel penal de las últimas reformas.

BIBLIOGRAFÍA

AFTALIÓN, Enrique R.: "**Derecho Penal Administrativo**", Ediciones Arayú, Buenos Aires, Argentina, 1955.

ALMAGRO NOSETE, José y TOMÉ PAULE, José: "**Instituciones de Derecho Procesal**", Tomo Tercero, Proceso Penal, 1, Primera edición, Madrid, España, 1993.

ALVARADO MORÁN, Guillermo Armando: "**Medicina Jurídica**", Editorial Centro Gráfico, Primera Edición, San Salvador, El Salvador, 1978.

ALVAREZ, Gladys Estella: "**Resolución Alternativa de Disputas en el Derecho de Familia y de Menores**", C.N.J., San Salvador, El Salvador, 2001.

ANTÓN ONECA, José: "**Derecho Penal**", Reus, Madrid, España, 1929.

ARANDA, Rafael Marcos: "**Recopilación de Tratados Internacionales en Materia Penal**", Corte Suprema de Justicia, San Salvador, El Salvador, 2001.

ARRIETA GALLEGOS, Manuel: "**Lecciones de Derecho Penal**", San Salvador, Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, El Salvador, 1972.

ARRIETA GALLEGOS, Manuel: "**Bosquejo sobre el Origen del Régimen Político-Jurídico de El Salvador y sobre el Proceso Evolutivo de su Legislación Penal**", en Carta Forense, Tomo 2º, N° 4, Circulo de Abogados Salvadoreños, San Salvador, El Salvador, 1973.

ARRIETA GALLEGOS, Manuel: "**Estado actual del Derecho Penal en El Salvador y beme examen crítico del mismo**", en Derecho, Revista de la

Asociación de Abogados de El Salvador, Vol. 1, N° 1 a 3, Enero-Junio, San Salvador, El Salvador, 1960.

ARRIETA GALLEGOS, Manuel: "**El Nuevo Código Penal Salvadoreño**", San Salvador, El Salvador, 1973, S.M.D.

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: "**Introducción al Derecho Penal**", Temis, Bogotá, Colombia, 1986.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan: "**Manual de Derecho Penal**", (Parte General), 3ª edición aumentada, corregida y puesta al día, Ariel, Barcelona, 1989.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan y VALENZUELA BEJAS, Manuel: "**Derecho Penal Latinoamericano Comparado**", Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1981.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan: "**Consideraciones Respecto a la Estructura del Delito en la Reforma Penal Latinoamericana**", en Doctrina Penal, Año 2, Nos. 5 a 8, Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1979.

CAMARGO HERNÁNDEZ, César: "**Introducción al Estudio del Derecho Penal**", Bosch, Barcelona, España, 1964.

CARRARA, Francisco: "**Programa de Derecho Criminal**", (Parte General), Volumen I, traducción de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Temis, Bogotá, Colombia, 1972.

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 CALÓN, Eugenio: "**Derecho Penal**", (Parte General), Tomo I, Volumen I, 18ª edición, revisada y puesta al día por César Camargo Hernández, Bosch, Barcelona, España, 1980.

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

CHICA, Luis Alonso: "**Lecturas Centroamericanas**", T. I., Editorial Elías, San Salvador, El Salvador, 1953.

CHIMIENI, Miguel y ROCHA, Joaquín da: "**Código Penal de El Salvador de 1973**", en Nuevo Pensamiento Penal, Año 5, Nos. 9 a 12, Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1976.

DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENAS, Emilio: "**Derecho Procesal Penal**", (Manual para Criminólogos y Policías), Tirant lo blanch, Madrid, España, 1994.

DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal y DE MATA VELA, José Francisco: "**Curso de Derecho Penal Guatemalteco**", (Parte General y Especial), Guatemala, 1989.

DE LA RÚA, Jorge: "**El Derecho Penal Latinoamericano**", en Doctrina Penal, Año 4, Nos. 13 a 16, Depalma, Buenos Aires Argentina, 1981.

DE LA RUA, Jorge: "**La Codificación Penal Latinoamericana**", Lerner Editores Asociados, Buenos Aires, Argentina, 1983.

DEL RIO, Raymundo: "**Explicaciones de Derecho Penal**", Editorial Nacimiento, Santiago de Chile, Chile, 1945.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA: "**Derecho Penal Fundamental**", Tomo I, Reimpresión de la segunda edición, Temis, Bogotá, Colombia, 1989.

FERNÁNDEZ, Julio Fausto: "**Sueños y Reflexiones al Atardecer**", Ministerio de Educación, Dirección de Publicaciones, San Salvador, El Salvador, 1974.

FERRÉ OLIVEÁ, Juan Carlos: "**Las Consecuencias Jurídicas del Delito**", en Ciencias Penales, Monografías, CNJ, San Salvador, El Salvador, 2002.

FONTÁN BALESTRA, Carlos: "**Derecho Penal**", (Introducción a la Parte General), 9ª edición actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1976.

FLORIÁN, Eugenio: "**Elementos de Derecho Procesal Penal**", Traducción y referencias al Derecho español por L. Prieto Castro, Bosch, Barcelona, España, 1933.

FRAGOSO, Heleno Claudio: "**El Derecho Penal Comparado en América Latina**", en Doctrina Penal, Año 1, Nos. 1 a 4, Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1978.

FRAGOSO, Heleno Claudio: "**El Derecho Penal Comparado en América Latina**", en Doctrina Penal, Año 1, Nos. 1 a 4, Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1978.

GALLARDO, Ricardo: "**Las Constituciones de la República Federal de Centro-América**", T. II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, España, 1958.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio: "**Manual de Criminología**", Espasa-Calpe, Madrid, España, 1988.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: "**Introducción a la Parte General del Derecho Penal Español**", Universidad Complutense, Madrid, España, 2979.

GÓMEZ LÓPEZ, Luis Miguel: "**Técnicas en la Investigación del Delito**", en Ciencias Penales, Monografías, CNJ, San Salvador, El Salvador, 2001.

GRISOLÍA, Francisco: "**Código Penal Tipo para Latinoamérica**", T. I, II y III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, Chile, 1973.

HERRARTE, Alberto: "**Derecho Procesal Penal**", (El Proceso Penal Guatemalteco), Centro Editorial Vile, Reimpresión de la Primera edición, Guatemala, 1989.

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.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: "**La Ley y el Delito**", (Principios de Derecho Penal), Hermes, México, 1986.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: "**La Llamada Victimología**", en Estudios de Derecho Penal y Criminología, Tomo I, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, Argentina, 1961.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: "**Tratado de Derecho Penal**", Tomo I, 2ª Edición, Editorial Losada, Buenos Aires, Argentina, 1950-56.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: "**Bases Generales para un Nuevo Código Penal**", en Revista de la Universidad de El Salvador, San Salvador, El Salvador, 1966.

LABATUT GLENA, Gustavo: "**Derecho Penal**", (Parte General), Tomo I, Quinta edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, Chile, 1968.

LANDROVE DÍAZ, Gerardo: "**Victimología**", Tirant lo blanch, Valencia, España, 1990.

LARRAURI PIJOAN, Elena: "**Fundamentos de Política Criminal**", en Ciencias Penales, Monografías, CNJ, San Salvador, El Salvador, 2001.

LETELIER, Valentín: "**Génesis del Derecho**", Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, Chile, 1967.

LÓPEZ-REY Y ARROLLO, Manuel: "**Compendio de Criminología y Política Criminal**", Tecnos, Madrid, España, 1985.

LISZT, Franz von: "**Tratado de Derecho Penal**", (Parte General), Tomo I, 3ª edición, Reus, Traducción por Quintaliano Saldaña, Madrid, España, 1914.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: "**Curso de Derecho Penal**", (Parte General I), Editorial Hispamer, Bogotá, Colombia, 1995.

MAC IVER, Luis Cousiño: "**La Influencia Española en la Codificación Penal Iberoamericana**", en Doctrina Penal, Año 4, Nos. 13 a 16, Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1981.

MAIER, Julio B. J.: "**Derecho Procesal Penal Argentino**", Tomo 1, Volumen A (Fundamentos), Segunda Edición, Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1989.

MARROQUÍN, Alejandro Dagoberto: "**El Derecho Primitivo**", en Revista de Derecho (Órgano de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador), Época 2, N° 1, San Salvador, El Salvador, 1969.

MAYORCA, Juan Manuel: "**Criminología**", Tomo I, (Parte General), Tercera Edición, Italgráfica, Caracas, Venezuela, 1981.

MENÉNDEZ, Isidro: "**Recopilación de las Leyes Del Salvador, en Centro América**", Imprenta de L. Luna, Guatemala, 1855.

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.

MORENO GONZÁLEZ, Rafael: "**Manual de Introducción a a la Criminalística**", Porrúa, México, 1977.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes: "**Lecciones de Derecho Penal**", (Primera Parte: Fundamentos del Derecho Penal), Gráficas Minerva, Sevilla, España, 1991.

MUÑOZ POPE, Carlos Enrique: "**Lecciones de Derecho Penal**", (Parte General), Volumen I, Publicaciones del Departameno de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá, Panamá, 1885.

MUÑOZ CONDE, Francisco: "**Introducción al Estudio del Derecho Penal**", Bosch, Barcelona, España, 1975.

NOVOA MONREAL, Eduardo: "**Curso de Derecho Penal Chileno**", (Parte General), Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, Chile, 1960.

NUÑEZ, Ricardo C.: "**Manual de Derecho Penal**", (Parte General), Editorial Córdoba, Córdoba, Argentina, 1987.

PALACIOS MOTTA, Jorge Alfonso: "**Apuntes de Derecho Penal**", Guatemala, S.M.D.

PADILLA Y VELASCO, René "**Discurso Académico Leído por el Doctor René Padilla y Velasco**", en Centenario del Código de

Procedimientos Judiciales (Discursos), Publicaciones del Ministerio de Justicia, San Salvador, El Salvador, 1958.

PÉREZ FERNÁNDEZ, Ramón: "**Elementos Básicos de Medicina Forense**", Tercera Edición, Zepol, México, 1977.

PÉREZ PINZÓN, Alvaro: "**Curso de Criminología**", Librería del Profesional, Bogotá, Colombia, 1978.

PÉREZ PINZÓN, Alvaro Orlando: "**Introducción al Derecho Penal**", Señal Editora, Medellín, Colombia, 1989.

PESSOA, Nelson R.: "**Reseña del Código Penal de Portugal (del 23/9/82)**", en Doctrina Penal, Año, 9, Nos. 33 a 36, Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1986.

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.

RAMÍREZ, Rodrigo: "**La Victimología**", Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1983.

RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel de: "**Pensamiento Penal y Criminológico del Código Penal Tipo para Latinoamérica**", en Doctrina Penal, Año 10, Nos. 37 a 40, Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1987.

RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel: "**Poder, Derecho y Justicia en el marco de la Reforma Penal**", en Doctrina Penal, Año 11, Nos. 41 a 44, Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1988.

RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel: "**La Reforma de la Ilustración**", en Doctrina Penal, Año 11, Nos. 41 a 44, Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1988.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María: "**Derecho Penal Español**", (Parte General), 9ª edición, revisada y puesta al día por Alfonso Serrano Gómez, Dikynson, Madrid, 1985.

RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis: "**Criminología**", Editorial Porrúa, México, 1979.

RODRÍGUEZ RUIZ, Napoleón: "**Historia de las Constituciones Jurídicas Salvadoreñas**", Tomo I, Editorial Universitaria, San Salvador, El Salvador, 1959.

ROSENTAL, M. M. y IUDIN, P. F.: "**Diccionario Filosófico**", Tecolut, México, 1971.

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.

SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón: "**Conocimiento Científico y Fundamentos del Derecho Penal**", Gráfica Horizonte, Lima, Perú, 1999.

SILVA, José Enrique: "**Historia de la Constitución Política de El Salvador**", en Revista Estudios, Centro de Estudios Jurídicos, San Salvador, El Salvador, 1982.

SILVA, José Enrique: "**Esquema Constitucional de El Salvador**", en Derechos Fundamentales y Justicia Penal, Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 1992.

SILVA, José Enrique: "**Introducción al Estudio del Derecho Penal Salvadoreño**", Ediciones la Universidad, San Salvador, El Salvador, S.M.D.

SILVA, José Enrique: "**Derecho Penal Salvadoreño**", (Parte General), Cuaderno 1, Tercera Edición, Universidad "Dr. José Matías Delgado", San Salvador, El Salvador, 1990.

SOLER, Sebastián: "**Derecho Penal Argentino**", Tomo I, 9ª reimpresión, Tipografía Editora, Buenos Aires, Argentina, 1983.

SOL CASTELLANOS, Jorge: "**Historia de la Legislación Penal Salvadoreña**", en Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Año I, Nos. 3 y 4, San Salvador, El Salvador, 1947.

STRATENWERTH, Günter: "**Derecho Penal**", (Parte General), traducción de la 2ª edición alemana (1976) por Gladys Romero, EDERSA, Madrid, España, 1982.

TERRADILLOS BASOCO, Juan María: "**Teoría Jurídica del Delito**", en Ciencias Penales, Monografías, CNJ, San Salvador, El Salvador, 2001.

TOCORA, Fernando: "**Política Criminal Contemporánea**", Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1997.

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.

OLIVERSOS SIFONTES, Dimas: "**Manual de Criminalística**", Vol. I., Monte Ávila Editores, Caracas Venezuela, S.M.D.

OTS Y CAPDEQUI, José María: "**Historia del Derecho Español en América y del Derecho Indiano**", Editorial Aguilar, S.M.D.

VANDERBOSH, Charles G.: "**Investigación del Delito**", versión española: Jorge Peña Reyes, Limusa-Wiley, México, 1971.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: "**Derecho Penal**", (Parte General), Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1994.

VIDAL, Manuel: "**Nociones de Historia de Centro América**", (Especial para El Salvador), Novena Edición corregida y aumentada, Ministerio de Educación, Dirección de Publicaciones, San Salvador, El Salvador, 1970.

VILLAVICENCIO T., Felipe: "**Introducción a la Criminología**", Grijley, Lima, Perú, 1997.

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.

WELZEI, 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: "**Tratado de Derecho Penal**", Tomo I,

ZAFFARONI, Eugenio Raúl: "**Manual de Derecho Penal**", (Parte General), Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1979.

*Esta obra constituye un trabajo parcial del autor. Es el primer volumen de un **Curso de Parte General Derecho Penal Salvadoreño**, que más adelante completará con otros temas sobre: Teoría de la Ley Penal y Teorías de la Pena (Volumen II), Teoría del Hecho Punible (Volumen III) y Consecuencias Jurídicas del Hecho Punible (Volumen IV).*

*El subtítulo, **NOCIONES FUNDAMENTALES**, abarca dos apartados: en el primero, Introducción General, explica el concepto, la denominación, características y relaciones del Derecho Penal; en el segundo, Historia del Derecho Penal, desarrolla la evolución que, en general, ha tenido el Derecho Penal, las posturas dogmáticas de las principales Escuelas Penales y, por último, hace una reseña de la Historia del Derecho Penal Salvadoreño.*

La obra, como está destinada primordialmente a servir de texto de estudio para estudiantes, contiene una selección temática que recoge las cuestiones más importantes de la materia sin que pueda estimarse, bajo ningún concepto, que agota el contenido de la misma. Por eso constituye una introducción para todos aquellos que se inician en el conocimiento de la Ciencia Penal. Sin embargo, el texto puede ser útil también a un segundo grupo de destinatarios, los juristas ya formados, tanto docentes-investigadores como prácticos, a los que se ofrece una visión doctrinal amplia y actualizada para contribuir al diálogo y discusión con la Ciencia y con la Praxis del Derecho Penal.

Servicios Editoriales

Triple "D"

5a. Calle Poniente y 7a. Av. Norte, Plaza San Angel,

Local No. 103, San Salvador,

Tel. 271-1766