

**MIGUEL ALBERTO TREJO ESCOBAR**

**CURSO DE  
DERECHO PENAL  
SALVADOREÑO**

**PARTE GENERAL  
VOLUMEN III**

**TEORÍA DE LA LEY  
PENAL**



**COLECCIÓN JURÍDICA**  
Universidad Tecnológica de El Salvador



**MIGUEL ALBERTO TREJO ESCOBAR**

**CURSO DE  
DERECHO PENAL  
SALVADOREÑO**

**Parte General  
VOLUMEN III**

**TEORÍA DE LA LEY PENAL**

345.026 4

T787c Trejo Escobar, Miguel Alberto, 1952-  
Curso de derecho penal salvadoreño : teoría de la ley penal /  
sv Miguel Alberto Trejo Escobar. -- 1a. ed. -- San Salvador, El Salv. :  
Universidad Tecnológica de El Salvador, 2008.  
228 p. ; 22 cm. -- (Colección jurídica)

Parte general volumen III.

ISBN 978-99923-21-48-5

1. Derecho penal-Teorías. 2. Filosofía del derecho. 3.

(Continúa en ficha 2)

345.026 4

T787c Trejo Escobar, Miguel Alberto, 1952-  
Curso de derecho penal salvadoreño . . . 2008.

(Ficha 2))

Jurisprudencia. I. Título.

## TEORÍA DE LA LEY PENAL

Primera edición 2008

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

© UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA DE EL SALVADOR

Tecnoimpresos, S.A. de C.V.  
19 Avenida Norte No. 125,  
San Salvador, El Salvador, C.A.  
Tel.: (503) 2275-8861 • E-mail: gcomercial@utec.edu.sv

ISBN: 978-99923-21-48-5

Impreso en El Salvador, Printed in El Salvador

La edición consta de 500 ejemplares

## ÍNDICE

Prólogo.....	1
Presentación.....	5

### CAPÍTULO PRIMERO ASPECTOS BÁSICOS DE LA LEY PENAL

I.	INTRODUCCIÓN.....	7
II.	EL CONCEPTO DE LEY PENAL.....	10
	A. LA LEY PENAL EN SENTIDO FORMAL.....	12
	1. DEFINICIÓN .....	13
	2. EL PROCESO LEGISLATIVO PENAL .....	15
	3. TEXTO DE LA LEY PUBLICADO.....	18
	B. LA LEY PENAL EN SENTIDO MATERIAL .....	21
III.	LA ESTRUCTURA LÓGICA DE LA LEY PENAL .....	23
	A. LAS NORMAS PENALES COMPLETAS .....	25
	B. LAS NORMAS PENALES INCOMPLETAS .....	26
	C. LAS NORMAS PENALES EN BLANCO .....	33
IV.	LOS ELEMENTOS DE LA LEY PENAL.....	35
	A. EL SUPUESTO DE HECHO .....	36
	1. EL DELITO .....	36
	2. LA FALTA PENAL .....	37

B.	LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS .....	38
1.	LA PENA .....	38
2.	LA MEDIDA DE SEGURIDAD .....	39
V.	LAS FUENTES DE LA LEY PENAL.....	41
A.	CONCEPTO .....	41
B.	CLASIFICACIÓN.....	42
1.	LAS FUENTES DE PRODUCCIÓN Y DE CONOCIMIENTO.....	42
2.	LAS FUENTES FORMALES Y MATERIALES .....	43
a.	LAS FUENTES MEDIATAS E INMEDIATAS .....	43
b.	LAS FUENTES DIRECTAS E INDIRECTAS .....	44
C.	REFERENCIA AL PROBLEMA DE LAS FUENTES EXTRALEGALES DEL DERECHO PENAL .....	44
1.	LAS SENTENCIAS DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL	44
2.	LOS TRATADOS INTERNACIONALES .....	45
3.	LAS NORMAS CONSUECUDINARIAS .....	47
4.	LA ANALOGÍA.....	48
VI.	CLASIFICACIÓN DE LAS LEYES PENALES .....	50
A.	POR SU ESPECIALIZACIÓN.....	51
B.	POR LA MANERA DE DETERMINAR LAS PENAS.....	51
C.	POR LA FORMA DE DESCRIBIR LAS FIGURAS DELICTIVAS .....	52
D.	POR EL LAPSO DE SU VIGENCIA .....	53
E.	POR SU CONSTITUCIONALIDAD .....	53
VII.	CARACTERÍSTICAS DE LAS LEYES PENALES .....	54
A.	EXCLUSIVA .....	54
B.	OBLIGATORIA .....	54

C. INELUDIBLE .....	54
D. IGUALITARIA .....	55
E. CONSTITUCIONAL.....	55
VIII.    LOS DESTINATARIOS DE LAS LEYES PENALES .....	55
MATERIALES PARA EL TRABAJO PRÁCTICO .....	57
1.    Lecturas Seleccionadas.....	57
2.    Cuestionario.....	60
3.    Actividades Prácticas.....	60
4.    Temas para Discusión .....	60
5.    Cápsulas de Jurisprudencia .....	61

**CAPÍTULO SEGUNDO**  
**LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL**

I.        INTRODUCCIÓN .....	67
II.       ASPECTOS BÁSICOS DE LA INTERPRETACIÓN.....	69
A.    ETIMOLOGÍA Y POLIVALENCIA DEL VOCABLO INTERPRETACIÓN .....	69
B.    PRINCIPALES TEORÍAS DE LA INTERPRETACIÓN.....	70
1.    LA TEORÍA SUBJETIVA DE LA INTERPRETACIÓN.....	72
2.    LA TEORÍA OBJETIVA DE LA INTERPRETACIÓN.....	72
3.    LA TEORÍA MIXTA DE LA INTERPRETACIÓN .....	74
C.    EL CONCEPTO DE INTERPRETACIÓN .....	76
D.    RELEVANCIA DE LA INTERPRETACIÓN .....	80
E.    INTERPRETACIÓN Y PROHIBICIÓN DE ANALOGÍA.....	81
F.    PROHIBICIÓN DE ANALOGÍA Y CLÁUSULAS LEGALES DE INTERPRETACIÓN .....	83

III.	LAS CLASES DE INTERPRETACIÓN .....	84
	A. SEGÚN EL SUJETO QUE LA REALIZA .....	84
	1. LA INTERPRETACIÓN AUTÉNTICA.....	85
	a. LA INTERPRETACIÓN CONTEXTUAL.....	86
	b. LA INTERPRETACIÓN POSTERIOR.....	86
	2. LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL.....	89
	3. LA INTERPRETACIÓN DOCTRINAL.....	90
	B. ATENDIENDO A LOS MÉTODOS UTILIZADOS .....	91
	1. LA INTERPRETACIÓN GRAMATICAL.....	91
	2. LA INTERPRETACIÓN HISTÓRICA.....	94
	3. LA INTERPRETACIÓN LÓGICO-SISTEMÁTICA.....	94
	4. LA INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA .....	96
	C. ATENDIENDO A SUS RESULTADOS.....	97
	1. LA INTERPRETACIÓN DECLARATIVA.....	98
	2. LA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA.....	98
	3. LA INTERPRETACIÓN EXTENSIVA.....	99
	4. LA INTERPRETACIÓN PROGRESIVA.....	100
	5. PARALELO ENTRE LOS PRINCIPALES RESULTADOS DE LA INTERPRETACIÓN.....	100
IV.	PRINCIPIOS QUE RIGEN LA INTERPRETACIÓN .....	101
	A. EL PRINCIPIO JERÁRQUICO .....	102
	B. EL PRINCIPIO DE VIGENCIA .....	103
	C. EL PRINCIPIO DE UNIDAD SISTEMÁTICA.....	103
	D. EL PRINCIPIO DINÁMICO .....	103
V.	INTERPRETACIÓN, SUBSUNCIÓN Y APLICACIÓN .....	104

VI.	EL CONCURSO APARENTE DE LEYES PENALES .....	106
	A. EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD .....	107
	B. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD.....	107
	C. EL PRINCIPIO DE ABSORCIÓN .....	108
	D. EL DELITO COMPLEJO .....	109
	MATERIALES PARA EL TRABAJO PRÁCTICO .....	110
	1. Lecturas Seleccionadas.....	110
	2. Cuestionario.....	115
	3. Actividades Prácticas.....	115
	4. Temas para Discusión .....	115
	5. Cápsulas de Jurisprudencia .....	116

### **CAPÍTULO TERCERO**

#### **LOS ÁMBITOS DE APLICACIÓN DE LA LEY PENAL SALVADOREÑA**

	INTRODUCCIÓN.....	121
I.	EL ÁMBITO ESPACIAL DE APLICACIÓN DE LA LEY PENAL SALVADOREÑA.....	123
	A. LOS PRINCIPIOS GENERALES APLICABLES .....	125
	1. EL PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD DE LA LEY PENAL....	126
	a. NOCIÓN DE TERRITORIO.....	128
	b. CLASIFICACIÓN DEL TERRITORIO.....	130
	2. EL PRINCIPIO DE EXTRATERRITORIALIDAD DE LA LEY PENAL.....	131
	a. PRINCIPIO PERSONAL O DE NACIONALIDAD.....	133
	b. PRINCIPIO REAL O DE DEFENSA O DE PROTECCIÓN .....	135

c.	PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD O DE JUSTICIA MUNDIAL .....	137
B.	EL LUGAR DE REALIZACIÓN DEL HECHO PUNIBLE .....	139
C.	EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL E INTERNACIONAL PENAL .....	142
1.	PRECISIÓN CONCEPTUAL .....	142
a.	EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL .....	142
b.	EL DERECHO INTERNACIONAL PENAL .....	143
2.	LA EXTRADICIÓN .....	143
a.	CONCEPTO .....	143
b.	CLASIFICACIÓN .....	144
c.	REGULACIÓN DE LA EXTRADICIÓN .....	145
d.	FUENTES DE LA EXTRADICIÓN .....	146
e.	PRINCIPAL CONTENIDO DE LOS TRATADOS DE EXTRADICIÓN .....	147
3.	EL DERECHO DE ASILO .....	149
4.	LA EFICACIA DE LAS SENTENCIAS PENALES EXTRANJERAS .....	150
II.	EL ÁMBITO TEMPORAL DE APLICACIÓN DE LA LEY PENAL SALVADOREÑA .....	152
A.	EL PRINCIPIO DE LA NO RETROACTIVIDAD .....	152
1.	PROMULGACIÓN Y DEROGACIÓN DE LA LEY PENAL .....	153
2.	PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y PROHIBICIÓN DE RETROACTIVIDAD .....	155
3.	LA SUCESIÓN DE LEYES PENALES .....	156
B.	LA RETROACTIVIDAD COMO EXCEPCIÓN .....	158
1.	LA RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL MÁS FAVORABLE .....	159

2.	LA RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL MÁS FAVORABLE POSTERIOR A LA CONDENA.....	160
3.	LA RETROACTIVIDAD EN LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD Y LEYES PROCESALES.....	161
4.	DETERMINACIÓN DE LA LEY MÁS FAVORABLE .....	163
5.	EFICACIA DE LAS LEYES INTERMEDIAS Y DE LAS LEYES TEMPORALES .....	163
C.	EL MOMENTO DE REALIZACIÓN DEL DELITO.....	166
D.	EL MOMENTO DE PRESCRIPCIÓN DE LA PENA Y DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD .....	167
E.	LA ULTRAATIVIDAD DE LAS LEYES PENALES.....	167
III.	EL ÁMBITO PERSONAL DE APLICACIÓN DE LA LEY PENAL SALVADOREÑA .....	168
A.	ASPECTOS INTRODUCTORIOS.....	168
B.	EL PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY Y PRERROGATIVAS.....	169
C.	LA INVOLABILIDAD PARLAMENTARIA E INMUNIDADES INTERNAS Y EXTERNAS .....	172
1.	LA INVOLABILIDAD PARLAMENTARIA .....	172
2.	LAS INMUNIDADES INTERNAS .....	174
3.	LAS INMUNIDADES EXTERNAS .....	176
	MATERIALES PARA EL TRABAJO PRÁCTICO .....	179
6.	Lecturas Seleccionadas.....	179
7.	Cuestionario .....	184
8.	Actividades Prácticas.....	185
9.	Temas para Discusión .....	185
10.	Cápsulas de Jurisprudencia .....	185
	BIBLIOGRAFÍA.....	189



## PRÓLOGO

Los estudios de carácter científico que los juristas realizan acerca del derecho, con el propósito teórico de sistematización de sus preceptos, o, también con la finalidad de interpretar la norma jurídica, y enunciar las reglas que rigen su aplicación, es lo que conocemos como DOGMÁTICA JURÍDICA ó Doctrina del Derecho. Su nacimiento, que se remonta más allá, inclusive, del Derecho Romano mismo, encuentra en éste, algo así como el aliento que impulsa su desarrollo mediante el reconocimiento oficial de su importancia con el carácter de obligatoria aplicación en la práctica judicial, dada por el Emperador. La Doctrina pues, en Roma, ya constituye fuente formal del Derecho.

La Dogmática Jurídica realiza y ejerce fines científicos, prácticos y críticos, mediante el estudio y ordenación de las normas jurídicas, descubriendo y señalando los principios generales y construyendo las instituciones fundamentales; fines prácticos cuando expone e interpreta el ordenamiento jurídico facilitando la tarea de aplicar el derecho, y finalidad crítica por medio del juzgamiento de la justicia y conveniencia del derecho con el objeto de que llegue a concretar determinados valores en la comunidad.

Más allá de su carácter moderno, como fuente, reconocida o no, del derecho, lo cierto es que todos los aspectos que importan a la vigencia y efectiva aplicación de la norma jurídica, reconocen la validez del estudio, casi siempre especializado, que realizan los Juristas, precisamente por ser

un poderoso factor de desarrollo de las Ciencias del Derecho. Es que la variedad, el carácter de innovación y de creación de la doctrina del derecho, se robustece con la naturaleza eminentemente crítica de la Dogmática Jurídica, que busca siempre y constantemente, la superación de la misma validez actual de la norma, buscando superarla y sobre todo adaptarla al tiempo en que debe producirse su más reciente aplicación al caso concreto.

Miguel Alberto Trejo Escobar, es Justamente, un Jurista, porque así lo evidencian sus afanes de siempre, que le tienen ahora con una reconocida obra bibliográfica que es consultada por todos, estudiantes, docentes, aplicadores de la Norma Jurídica, y en fin estudiosos todos del Derecho. Los propósitos de siempre, reconocidos para la Doctrina Jurídica desde el Derecho Romano hasta nuestros días, se reconocen por cierto en el quehacer de Trejo Escobar.

Ahora, el autor incursiona en una de las más importantes áreas de la Dogmática Penal: La teoría de la Ley Penal. Miguel Alberto Trejo Escobar logra sistematizar, en un todo ordenado, actual, suficiente, útil y necesario, la Teoría de la Ley Penal, que la Escuela de Derecho de la Universidad Tecnológica se apresura con orgullo a presentar a la comunidad Jurídica Nacional para su aprovechamiento.

Como toda la obra de Trejo Escobar, pero por alguna razón que me empeño en determinar, la Teoría de la Ley Penal me resulta de especial oportunidad para el ejercicio Docente, porque llega justo en el momento en que nos empeñamos en entregar en la cátedra, la enseñanza teórica y práctica que nos permita formar, no solamente abogados, sino verdaderos Juristas que prioricen la investigación Jurídica con la práctica habitual del Derecho. Nuestras clínicas de práctica penal, laboral, de familia, van dirigidas a ese sueño que no termina nunca, porque es siempre perfectible.

Al conocer la presente obra de Trejo Escobar, el lector debe advertir, la originalidad de la postura del autor cuando se esmera en dejarla expuesta. Además, para adquirir relevancia, de frente a la abundante bibliografía de que se dispone, la obra se desarrolla íntegra en abordar la temática escogida, comparándola con nuestra propia normativa. En este sentido Miguel Alberto Trejo expone, con frescura, con amplio conocimiento y con buena palabra, su visión moderna y científica de la Ley Penal.

Paso a paso la obra desarrolla la amplia temática de esta parte de la Dogmática Jurídica Penal, desde la misma perspectiva nacional como infaltable referencia, asumiendo la forma que mas conviene al lector, ordenado, sistemático, claro, exhaustivo y serio en sus consideraciones y planteamientos, que van siempre, complementados por su personal aporte en cada tema. Comienza de forma tradicional con la exposición de los aspectos básicos de la Ley Penal, explicando el concepto, la estructura, los elementos, las fuentes, la clasificación y las características de las Leyes Penales. No falta nada en este desarrollo, incluida la temática y las posiciones más recientes, pero sobre todo la obligada y útil referencia a nuestras propias Leyes como ocurre cuando desarrolla las fuentes extralegales del Derecho Penal, en concreto, las sentencias de la sala de lo Constitucional, como una fuente Directa de producción del Derecho Penal. No es solamente la importancia de que nuestros juristas asuman el compromiso de análisis de nuestro propio Derecho, incluidas las fuentes del mismo, más importante es el camino que queda señalado para los operadores directos del sistema de Administración de Justicia, que comienzan así a estar conscientes de la importancia de conocer la jurisprudencia local como una verdadera fuente del Derecho que en nada vulnera el principio de legalidad.

Un aporte muy particular que está en sintonía con la tradición iniciada en años recientes por los creadores del Primer Manual de Derecho Penal,

entre quienes está el autor de la presente obra, incluye lo que llama Lecturas Seleccionadas que se complementa con los llamados materiales para la práctica del derecho. El verdadero valor está sin duda en el criterio con que Trejo Escobar ejercita la selección de lecturas y de ejercicios prácticos, lo que les convierte en lecturas seleccionadas y obligadas para beneficio del lector. El aprovechamiento de este esfuerzo adicional, único, muy particular en esta obra, ya no depende del autor, sino de la entrega y del reconocimiento que nosotros hagamos de tal aporte. Para ampliar este aporte personal, Trejo incluye, en cada capítulo, sus cápsulas de Jurisprudencia, llenas de la siempre necesaria y útil, académicamente, enseñanza de la práctica judicial.

La obra de Miguel Alberto Trejo Escobar, se aparta de la trivialidad y del común trato, tan frecuente en estas materias, y le sitúa en la categoría de Obra Jurídica, consultable por necesidad, para el docente y estudiante particularmente, y además, se muestra como un envidiable y destacado ejemplo de la real evolución de la Dogmática Penal en El Salvador.

**Dr. Jaime Alberto López Nuila**  
Director de Escuela de Derecho  
Universidad Tecnológica de El Salvador

## PRESENTACIÓN

*Este libro es un trabajo parcial, trata de la Teoría de la Ley Penal; y, por lo mismo, constituye el Volumen III del Curso de Parte General de Derecho Penal Salvadoreño que, paso a paso, espero culminar pronto. Con este volumen abarco tres temas centrales sobre la Teoría de la Ley Penal, así: en el primero, los Aspectos Básicos de la Ley Penal, el cual comprende: el concepto, estructura lógica, elementos, fuentes, clasificación, características y destinatarios de la ley penal. El segundo, la Interpretación de la Ley Penal, contiene lo siguiente: aspectos básicos de la interpretación, clases, principios que la rigen, interpretación, subsunción y aplicación y, también, el concurso aparente de leyes penales. El tercero, referido a los Ámbitos de Aplicación de la ley Penal Salvadoreña, engloba: el ámbito espacial, temporal y personal de aplicación de la ley penal.*

*Como la obra describe una de las unidades básicas del Programa General de la Materia, está destinada a servir de texto de estudio para estudiantes de la Carrera de Licenciatura en Ciencias Jurídicas. Finalidad didáctica por la cual he mantenido al final de cada tema central una estructura que bajo la rúbrica de Materiales para el Trabajo Práctico contiene: lecturas seleccionadas (para comparar enfoques y puntos de vista teóricos), guías de auto evaluación (a fin de poner a prueba el conocimiento adquirido), actividades prácticas (cuyo objetivo es inducir a realizar pequeñas investigaciones sobre aspectos teóricos y jurisprudenciales), planteamientos temáticos para discusión (con lo cual se pretende generar debate sobre*

tópicos de especial interés). Como novedad, los Materiales para el Trabajo Práctico vienen acompañados de cápsulas de jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y de otros Tribunales con competencia en materia penal a los efectos de comprobar, desde un punto de vista real, el proceso de interpretación, subsunción y aplicación de la ley penal.

*Las líneas de estudio del texto pueden ser profundizadas, y así se recomienda, en la relación bibliográfica que aparece al final; y espero poder presentar pronto el Volumen IV que contenga la unidad didáctica de la Teoría General del Delito.*

*Finalmente quiero agradecer al Dr. Jaime Alberto López Nuila, Director de la Escuela de Derecho de la Universidad Tecnológica por su amistad y apoyo para que pudiera culminar este trabajo; y, por supuesto, a las autoridades de la Universidad que hacen posible que salga a la luz este esfuerzo académico.*

*Miguel Alberto Trejo Escobar*

*San Salvador, 10 de Diciembre de 2007.*

## CAPÍTULO PRIMERO

### ASPECTOS BÁSICOS DE LA LEY PENAL

#### I. INTRODUCCIÓN

En general, en la Ciencia del Derecho, se entiende por norma jurídica toda regulación de la conducta humana en relación con la convivencia<sup>1</sup>. Por tanto, toda norma jurídica tiene por base la conducta humana que pretende regular y su misión es posibilitar la convivencia entre las distintas personas que componen la sociedad.

Por ejemplo, las normas del Derecho Penal tienen por objeto conductas humanas: esto es, se refieren tanto a la realización de una determinada conducta como a la omisión de otra –por ello prescribe el Art. 19 CP que *“Los hechos punibles pueden ser realizados por acción o por omisión”*–, y en cada caso se comprenden tanto la realización u omisión intencional (o dolosa) como la ejecución u omisión sin el cuidado debido (o culposa), a tal punto que en el Art. 4 Inc. 1° CP se determina que *“La pena o medida de seguridad no se impondrá si la acción u omisión no ha sido realizada con dolo o culpa”*.

De allí resulta que las normas que en consenso se establecen socialmente, como orden de paz y de protección de las relaciones humanas, deben ser respetadas por las personas en tanto son miembros de la sociedad

---

1 *“Una norma es una prescripción de conducta general e imperativa. Las normas no se refieren a lo que es, sino a lo que debe ser. Su función es ordenar una determinada conducta que incluye tanto acciones como abstenciones, dentro del supuesto de hecho previsto por la misma norma”*. Así, CATENACCI, Imerio Jorge: **“Introducción al Derecho”**, Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2001, Pgs. 249 y 250.

para procurar una relación de convivencia armónica; pues, la convivencia humana se desarrolla ante todo conforme a una pluralidad de reglas (normas) transmitidas por la tradición, que forman en su conjunto el orden social<sup>2</sup>. Este orden social para asegurar la convivencia humana en la sociedad se completa y perfecciona por medio del orden jurídico (el Derecho); con éste se pretende garantizar la obligatoriedad general de toda norma que rige como Derecho y oponerse a posibles abusos. Titular del orden social previo es la sociedad; titular del orden jurídico creado es el Estado. La inquebrantabilidad del orden jurídico, específicamente de la parcela en que se regulan las conductas más intolerables socialmente, esto es, los delitos y faltas, se asegura por medio de la coacción estatal que dimana del Derecho Penal. El Derecho Penal asegura, en última instancia, la coercibilidad del orden jurídico positivo, pues éste se sirve para ello del más poderoso medio de poder de que dispone el Estado: la pena, cuando otras medidas de disuasión fracasan.

Por lo anterior, el acatamiento de esas normas sociales por los integrantes del conglomerado social es una condición indispensable para la convivencia humana en armonía, dado que la convivencia se regula a través de expectativas que nacen de las normas<sup>3</sup>. Así por ejemplo, cualquiera puede esperar de "X" que se comporte conforme a una norma y lo mismo puede esperar "X" de los demás. Pero como estas expectativas corren el riesgo de que no se cumplan, surge el problema de cómo solucionarlo. El sistema elegido para ello es la amenaza de una sanción. Es decir, la norma enuncia generalmente una conducta que prohíbe o exige a la cual se le asocia en caso de infringirla una consecuencia jurídica que se denomina sanción. La sanción es pues el castigo que deriva de la infracción de la norma. Al castigarse las conductas que infringen las reglas de convivencia se refuerza la norma jurídica que a través de la sanción –pena o medida de seguridad– se propone

---

2 JESCHECK, Hans Heinrich: "Tratado de Derecho Penal", Parte General, Traducción y adiciones de Derecho español por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Volumen Primero, Bosch, Barcelona, España, 1981, p. 4.

3 MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes: "Derecho Penal", Parte General, Tirant lo blanch, Valencia, España, 1993, p. 291.

preservarla. La norma jurídica constituye, por lo tanto, una prescripción de conducta a la que se le imputa una consecuencia jurídica. Así, por ejemplo, en el caso del homicidio simple, el Art. 128 CP, expresa:

*"El que matare a otro será sancionado con prisión de diez a veinte años".*

Hay que prestar atención al hecho de que el legislador no menciona la conducta positiva respecto del homicidio, ni establece que "no hay que matar". Simplemente enuncia un supuesto de hecho (en la norma citada, *matar a otro*) y le imputa una consecuencia jurídica (sanción), la aplicación de la pena de prisión de diez a veinte años.

Recuérdese que, objetivamente, el Derecho Penal se define como un conjunto de normas jurídicas que asocian a la realización de un hecho –delito o falta– como presupuesto, la aplicación de penas o medidas de seguridad<sup>4</sup>. Así, con pequeñas variantes, se ha venido definiendo el Derecho Penal, a partir de la definición propuesta, hace más de un siglo, por el profesor alemán Franz Von Liszt, en los términos siguientes: *"Conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian el crimen, como hecho, a la pena, como legítima consecuencia"*. Ahora bien, pese a que la definición de Liszt es generalmente aceptada y de uso corriente, ha sufrido algunas modificaciones por 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: las medidas de seguridad.

Desde esa perspectiva, abordaremos el análisis de la ley penal, pero anticipamos desde este momento que el estudio que haremos nos remitirá al de la ley en general, pues las leyes penales comparten la misma estructura y los caracteres de todas las leyes, aunque por su especificidad las leyes penales presentan sus propias particularidades<sup>5</sup>, la sustancial radica en

---

4 Sobre lo que debe entenderse por Derecho Penal véase a TREJO ESCOBAR, Miguel Alberto: **"Curso de Derecho Penal Salvadoreño"**, Parte General, Volumen I, Nociones Fundamentales, Triple "D", San Salvador, El Salvador, 2002, p. 34.

5 COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S.: **"Derecho Penal"**, Parte General, 3ª edición corregida y actualizada, Tirant lo blanch, Valencia, España, 1991, p. 109.

que su objeto son los delitos y las faltas y, como principales consecuencias jurídicas de los mismos, las penas y las medidas de seguridad<sup>6</sup>.

En las consideraciones que siguen, puntualizaremos el concepto, estructura, elementos, fuentes y clasificación de la ley penal.

## II. EL CONCEPTO DE LEY PENAL

Como hemos visto, se comienza de manera general la definición del Derecho Penal entendiéndolo como un “conjunto de normas jurídicas”<sup>7</sup>; de allí resulta, entonces, que las normas penales son los elementos básicos de que está constituido el Derecho Penal. Ahora bien, anticipamos que vamos a entender por *norma jurídica* el género al que pertenece la especie de las *normas jurídico-penales*.

Una norma jurídica es un mensaje que prescribe actuar en un determinado sentido<sup>8</sup>. Los textos legales constituyen el vehículo de expresión de las normas jurídicas<sup>9</sup>, las cuales reciben distintos nombres, por ejemplo,

- 
- 6 MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes: “Derecho...”. Op. Cit., p. 31.
- 7 Polaino Navarrete al formular la esencia jurídica del concepto dogmático del Derecho Penal enuncia la definición de la siguiente manera: “*Estimamos que el Derecho penal constituye el conjunto de normas jurídicas que describen determinados comportamientos humanos como delitos y los conminan con una pena, y establecen otras sanciones jurídicas, denominadas medidas de seguridad penal, que presuponiendo un precedente actuar típicamente antijurídico se fundamenta en la peligrosidad criminal del sujeto y se orientan a la evitación de futuros delitos mediante la aplicación de un tratamiento asistencial adecuado a la personalidad del autor*”. POLAINO NAVARRETE, Miguel: “**Derecho Penal**”, Parte General, Tomo I, Fundamentos Científicos del Derecho Penal, Bosch, Barcelona, España, 1996, p.
- 8 MIR PUIG, Santiago: “**Derecho Penal**”, Parte General, 3ª edición corregida y puesta al día, PPU, Barcelona, España, 1990, p. 32. “*El punto de partida de Binding es la comprobación de que el delincuente no puede actuar en contra de las distintas leyes penales particulares. Actúa precisamente conforme a la primera parte de la ley penal. Con otras palabras: El delincuente realiza el tipo penal de la ley, es decir, no viola para nada la ley penal*”. Así, KAUFMANN, Armin: “**Teoría de las Normas**” (Fundamentos de la Dogmática Penal Moderna), Versión castellana de Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés, Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1977, p. 3.
- 9 “*En el lenguaje científico se suelen contraponer los conceptos de “norma” y “ley”, hasta el punto de convertir a uno y otro en dos categorías antiéticas de pensamiento: deber ser y causalidad. La expresión del deber ser sería la norma; la ley, por el contrario, significaría la expresión de lo que es causalmente producido*”. Así, LEGAZ Y LACAMBRA, Luis: “**Filosofía del Derecho**”, Tercera edición revisada y aumentada, Bosch, Barcelona, España, 1972, p. 371.
-

“disposiciones legales”, “preceptos legales”, “normas legales”, etc. Por tal motivo, conviene desde un inicio no confundir norma jurídica con texto legal. En el ejemplo anterior, el Art. 128 CP, es un texto legal, se trata de una expresión lingüística. La norma jurídica, es un precepto. El texto legal es la forma de producción normativa<sup>10</sup>. Aunque, a decir verdad, técnicamente, se considera a la ley y la norma penal como sinónimos; son “equivalentes los términos de norma penal y la ley penal, pues en Derecho Penal por imperativo del principio de legalidad sólo puede considerarse como norma vinculante la ley positiva”<sup>11</sup>. Sin embargo, hay posiciones distintas que sostienen lo siguiente: “Las leyes penales deben ser distinguidas de las normas. Normas son las prohibiciones o imposiciones categóricas de orden jurídico; ellas preceden en un orden lógico –no necesariamente en el tiempo– a las leyes penales y están, por conclusión contenidas en ellas. Las leyes penales son preceptos jurídicos hipotéticamente redactados dando un derecho al Estado. El delincuente actúa contrariamente a la norma y conforme a la ley”<sup>12</sup>.

Pero para hacer, en este punto, una precisión terminológica hay que decir, por un lado, que la expresión “ley penal” que utilizamos en este acápite es distinta de “norma penal”, puesto que no en toda ley penal se expresa una norma penal<sup>13</sup>; sin embargo, el uso generalizado de esos términos como sinónimos, en el lenguaje jurídico –textos de estudio y ejercicio práctico–, permite asumirlos como equivalentes<sup>14</sup>.

---

10 Así, CATENACCI, Imerio Jorge: “Introducción...”, Op. Cit., p. 252.

11 De esa idea es MUÑOZ CONDE, Francisco: “Introducción al Derecho Penal”, Bosch, Barcelona, España, 1975, p. 11. En el mismo sentido: FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan: “Derecho Penal Fundamental”, Vol. 1, Introducción al Derecho Penal, Evolución de la Teoría del Delito, Reimpresión de la segunda edición, Temis, Bogotá, Colombia, 1989, P. 65.

12 De esta postura son, por ejemplo, GRAF ZU DONHA, Alexander: “La Estructura de la teoría del Delito”, Traducción de la 4ª edición alemana por Carlos Fontán Palestra con la colaboración de Eduardo Friker, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1958, p. 11 y JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: “La Ley y el Delito”, 1ª edición, Hermes Sudamericana, México, 1986, Pgs. 77 y 83.

13 MIR PUIG, Santiago: “Derecho...”, Op. Cit., 32.

14 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: “Derecho Penal”, Parte General, Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1994, p. 78.

De otro lado, hay que tener presente que la palabra *ley* se emplea indistintamente para designar la totalidad o una de sus disposiciones; así se dice que el Código Penal es una ley, y también que el artículo 128 CP (al que ya nos hemos referido y que tipifica el homicidio simple) es una ley penal. Ahora bien, será el contexto en que uno u otro término aparezca el que aclarará, entonces, cuándo se usa el término *ley* como equivalente al de norma y cuándo se emplea la parte por el todo.

Por lo dicho, puede entenderse por *norma jurídico-penal* –como apunta MIR PUIG– “...*un mensaje prescriptivo expresado por un enunciado legal que impone una pena o una medida de seguridad para el caso de que se realice determinada conducta*”<sup>15</sup>.

También cabe hablar de ley en un doble sentido: *formal* y *material*<sup>16</sup>. En sentido formal llamamos ley a determinadas objetivaciones de la actividad jurídica del Estado. En sentido material la expresión “*ley*” hace referencia a ciertas características de contenido de esas objetivaciones de la actividad estatal.

## A. LA LEY PENAL EN SENTIDO FORMAL

Todas las leyes formales son leyes, cualquiera sea su contenido. Esto es, todo Decreto emanado de la Asamblea Legislativa en forma de ley es ley. La “*ratio legis* formal”, es el fin “inmediato” que se desprende de la expedición de la ley y se infiere de su texto. Cualquier norma posee un “fin”, pues de lo contrario sería una torpeza. Ahora bien, hay que distinguir, el fin formal del fin material. Nos ocuparemos del fin formal y oportunamente de aquél.

---

15 MIR PUIG, Santiago: “Derecho...”, Op. Cit., 33.

16 “*Conviene advertir que mediante la forma de ley pueden también ser aprobados actos que no tengan una verdadera naturaleza jurídica, esto es, que no contengan alguna determinación imperativa de obrar. Precisa, pues, distinguir entre ley formal y ley material (también llamada sustancial). Dondequiera que concurren los requisitos extrínsecos, tenemos una ley formal; si además se da también un contenido jurídico, tenemos una ley material*”, de esa opinión DEL VECCHIO, Giorgio: “**Filosofía del Derecho**”, Novena edición española corregida y aumentada, revisada por Luis Legaz y Lacambra, Bosch, Barcelona, España, 1991, p. 371. Por su parte, opinan que no cabe dividir las leyes en formales y materiales, COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S.: “Derecho...”, Op. Cit., p. 113.

El “fin formal” lo constituye la propia ley y atenerse a él es, por tanto, otorgarle omnipresencia a ésta<sup>17</sup>.

## 1. DEFINICIÓN

Podemos utilizar una definición de ley en el sentido que recibe del ordenamiento positivo constitucional (Arts. 133 y Sgts. Cn), esto es, como la disposición de carácter general y obligatoria aprobada por la Asamblea Legislativa y sancionada por el Presidente de la República.

Desde una consideración estrictamente legal<sup>18</sup> y con más precisión, a la vista del Código Civil, Título Preliminar, Capítulo I, artículo 1, la ley se define así:

*“La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite”.*

De ese texto legal se desprende que la elaboración de la ley es, en primer lugar, una atribución que compete fundamentalmente a la Asamblea Legislativa que representa la voluntad soberana (Arts. 121 y 131 Regla 5ª Cn). En segundo lugar, debe ser producida siguiendo el proceso de formación constitucionalmente previsto (Arts. 133 a 140 Cn). En tercer lugar, su contenido esencial puede estar compuesto de diversas disposiciones, esto es, mandatos, prohibiciones o autorizaciones. En cuarto lugar, se trata de un Decreto que debe ser acatado por los otros órganos del Estado —Ejecutivo y Judicial— y que vincula con carácter general y obligatorio a todos los ciudadanos, siempre que no sea contraria a la Constitución.

---

17 FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan: “Derecho...”, Op. Cit., Volumen II, Teoría General del Delito y Punibilidad, 1989, Pgs. 52 y 53.

18 En igual sentido BERTRAND GALINDO, Francisco, TINETTI, José Albino, KURY DE MENDOZA, Silvia Lizette y ORELLANA, María Elena: “Manual de Derecho Constitucional”, Tomo I, CIC, 1ª Edición, San Salvador, El Salvador, 1992, p. 47. Cfr. PÉREZ PINZÓN, Álvaro Orlando: “Introducción al Derecho Penal”, Primera Edición, Señal Editora, Medellín, Colombia, 1989, p. 83.

Ahora bien, como dijimos, la particularidad que presentan las leyes penales es que su objeto son los delitos y las faltas y, como principales consecuencias jurídicas del mismo aparecen las penas y las medidas de seguridad.

De allí deriva que la norma jurídico-penal constituya un juicio hipotético que enlaza ciertas consecuencias a determinadas condiciones; es decir, las normas jurídico-penales poseen una estructura condicional, que se representa en la forma siguiente:

"Si se da A entonces, debe ser B". Verbigracia, en relación al Art. 128 CP se tendría: "El que matare a otro será sancionado con pena de prisión de diez a veinte años". De donde:

Si A, debe ser B.

A: es el supuesto de hecho. "El que matare a otro".

B: es la consecuencia jurídica. "Será sancionado con pena de prisión de diez a veinte años".

El supuesto de hecho es la condición de aplicación de la norma.

La consecuencia jurídica es el contenido de la norma.

Lo que une el supuesto de hecho a la consecuencia jurídica es el operador deóntico (obligatorio o prohibido)<sup>19</sup>.

En suma, la ley penal está conformada por el conjunto de normas jurídicas encargadas de regular la convivencia humana, mediante el uso de la sanción penal. Por consiguiente, desde el punto de vista sustancial, se entiende por ley penal: "Un mandato dirigido imperativamente a los coasociados con la indicación de los tipos de acción o de omisión y con la amenaza de una sanción en caso de inobservancia"<sup>20</sup>.

---

19 En tal sentido: CATENACCI, Imerio Jorge: "Introducción...", Op. Cit., p. 253.

20 Así, REYES ECHANDÍA, Alfonso: "Derecho Penal", Parte General, Temis, Bogotá, Colombia, 1990, p. 43. También se ha dicho que la ley penal es: "Aquella que prohíbe, manda o permite determinados comportamientos y prevé las más severas sanciones por su incumplimiento", de esta opinión PÉREZ PINZÓN, Álvaro Orlando: "Introducción...", Op. Cit., p. 83. En ese mismo sentido: "Las Leyes Penales son preceptos jurídicos que vinculan una pena a un modo de actuar humano especialmente descrito", GRAF SU DOHNA, Alexander: "La Estructura...", Op. Cit., p. 11.

## 2. EL PROCESO LEGISLATIVO PENAL

Se puede afirmar que el proceso legislativo de formación de la ley es por excelencia en el Derecho Penal la única y verdadera fuente del cual la ley es apenas un resultado.

El procedimiento legislativo de formación de una ley, regulado del Art. 133 al 143 Cn, atraviesa por diferentes fases que van desde la iniciativa de ley hasta su publicación<sup>21</sup>; en él intervienen los Órganos Legislativo y Ejecutivo, lo cual es consecuencia de la división del poder público que se regula en el Art. 86 Cn.

Fundamentalmente, simplificando los pasos por los que transita el proceso legislativo de la formación de una ley penal son tres:

1º) *Iniciativa de ley* (Art. 133 Cn). La iniciativa es la facultad que tienen determinados funcionarios de presentar proyectos de ley al Órgano Legislativo. Pero, no todos los que aparecen mencionados en el Art. 133 Cn, pueden presentar proyectos en materia penal, para esta materia, únicamente tienen iniciativa de ley los Diputados (Ord. 1º) y el Presidente de la República por medio de sus Ministros (Ord. 2º).

2º) *Discusión y Aprobación* (Art. 135 Inc. 1º Cn). La *discusión* es esencial, así lo ordena la Constitución de la República al expresar: "*Todo proyecto de ley, después de discutido...*", por ello, para que un proyecto de ley penal se convierta en ley de la República ha de ser sometido a discusión en la Asamblea Legislativa, generalmente, con carácter previo en la Comisión creada a esos efectos, esto es: Comisión de Legislación y

---

21 Para una visión amplia del procedimiento de formación de ley puede consultarse a BERTRAND GALINDO, Francisco, et al: "Manual...", Op. Cit., Págs. 49 a 63. En esta obra los autores indican que el proceso de formación de ley pasa por las cinco etapas siguientes: (1º) iniciativa, (2º) discusión y aprobación, (3º) sanción, (4º) promulgación y (5º) publicación.

Puntos Constitucionales<sup>22</sup>. *Aprobación* (Art. 135 Inc. 1° Cn), como resultado de la discusión, los intervinientes emiten su decisión en torno al rechazo o aprobación del proyecto por la mayoría de los votos de los diputados. Por ello la Carta Fundamental establece que todo proyecto de ley, después de discutido tiene que ser “aprobado”<sup>23</sup>.

3º) *Sanción, Promulgación, Publicación y Vigencia*. Corresponde al Presidente de la República (Art. 168 Ord. 8º Cn), como fase final del proceso de formación de ley, la atribución de sancionar, promulgar, publicar las leyes y hacerlas ejecutar. En concordancia con esa atribución el Inc. 1º del Art. 135 Cn dispone: “*Todo proyecto de ley, después de discutido y aprobado, se trasladará a más tardar dentro de diez días al Presidente de la República, y si éste no tuviere objeciones, le dará su sanción y lo hará publicar como ley*”<sup>24</sup>.

Si la sanción se entiende como el acto solemne por el que el Jefe de Estado confirma una ley, entonces la sanción ocurre cuando el Presidente de la República ordena que la ley sea obedecida<sup>25</sup>. En cambio, si la promulgación, en general se entiende como la acción de publicar formalmente una ley u otra

---

22 Dispone el Art. 37 del Reglamento Interior de la Asamblea Legislativa: “*Las comisiones serán integradas por Diputados y Diputadas propietarios, con el objeto de estudiar y dictaminar las iniciativas legislativas, que les encomiende el Presidente de la Asamblea al distribuir la correspondencia en las sesiones plenarias. Estarán compuestas por el número de miembros que determine la Junta Directiva, con base en la proporcionalidad de la composición de la Asamblea. Las comisiones deberán escuchar en audiencia a los interesados en los proyectos legislativos o a los afectados por ellos, si por escrito solicitan ser oídos*”. Reglamento Interior de la Asamblea Legislativa, Decreto Legislativo N° 756, de fecha 28 de julio de 2005, Publicado en el Diario Oficial N° 198, Tomo 369 de 25 de octubre de 2005.

23 Según el Reglamento citado en el pie de página precedente, la comisión correspondiente emite un dictamen por resolución de la mayoría de sus miembros, razonando su acuerdo y propuesta (Art. 52). El dictamen se incluye en la agenda de la sesión plenaria y el Presidente lo somete a conocimiento de la Asamblea (Art. 69). Leído el dictamen y el proyecto, en su caso, se somete a discusión (Art. 75). La resolución de la Asamblea consta en decreto y queda firme al cerrarse la sesión en que se haya aprobado. Cuando un proyecto es aprobado, se formula el decreto correspondiente y se procede conforme lo señala la Constitución.

24 A partir del Art. 6 del Código Civil se regula en términos generales el modo de producirse la promulgación de la ley, el inciso primero de la citada disposición reza así: “*La ley obliga en el territorio de la República en virtud de su solemne promulgación y después de transcurrido el tiempo necesario para que se tenga noticia de ella*”.

25 COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S.: “Derecho...”, Op. Cit., p. 110.

disposición de la autoridad, a fin de que sea cumplida y hecha cumplir como obligatoria, entonces es el acto mediante el cual el Presidente de la República da cuenta al cuerpo social de la existencia de la ley y manda que se ejecute, ordenando su publicación<sup>26</sup>. La promulgación es una nota fundamental de la ley, pues sólo a partir de la promulgación es posible predicar su vigencia formal, la cual a su vez termina con la derogación<sup>27</sup>. Llevada a cabo la promulgación de la ley, esta se presume conocida por todos los ciudadanos<sup>28</sup>. Empero, la promulgación es una función consistente en calificar si concurren o no en la ley todos los requisitos formales establecidos en la Constitución (Arts. 136 y 137 Cn).

En cuanto a la publicación hay que acotar que el texto constitucional, en concreto el Art. 140, en lo pertinente expresa:

*"Ninguna ley obliga sino en virtud de su promulgación y su publicación. Para que una ley de carácter permanente sea obligatoria deberán transcurrir, por lo menos, ocho días después de su publicación. Este plazo podrá ampliarse, pero no restringirse".*

La publicación tiene lugar mediante la inserción completa del texto legal en el *órgano oficial* correspondiente (Art. 136 Cn). Dicha inserción es la llamada "*publicación formal*" que desencadena el transcurso del plazo señalado para la entrada en vigor de la ley (*vacatio legis*).

Junto a la publicación formal cabe hablar de una "*publicación material*", esto es, la divulgación publicitaria del contenido de la ley. La publicación material del contenido de las leyes es un postulado de la idea de certeza. La seguridad jurídica exige que a la publicación formal, se una

---

26 LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: "**Curso de Derecho Penal**", Parte General, Volumen I, Hispamer, Colombia, 1995. p. 49.

27 Así, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: "**Derecho Penal**", Parte General, Reedición de la segunda edición, Marcial Pons, Madrid, España, 19992, p. 139.

28 El Art. 7 Inc. 1º del Código Civil, a tales efectos, dispone lo siguiente: "*Publicada la ley en la residencia del Gobierno, se entenderá que es conocida por todos los habitantes de la República, y se mirará como obligatoria después de doce días contados desde la fecha de su publicación*". Como es sabido esa disposición está parcialmente modificada, pues el plazo está reducido a ocho días, de conformidad con el Art. 140 de la Constitución de la República, en vigencia.

la material difusión del contenido de la ley para que pueda ser conocida por todos.

Una vez publicada la ley y transcurrido el tiempo de su vacancia legal o *vacatio legis*, entra en vigencia. A partir de ese momento se entiende incorporada al Ordenamiento Jurídico. Ahora bien, la vigencia de una ley penal dependerá de su carácter permanente o temporal. Por regla general, si es permanente para que sea obligatoria deberán transcurrir, por lo menos, ocho días después de su publicación (Art. 140 Cn). De allí se infiere que la vacancia legal mínima de una ley penal permanente es de ocho días, transcurrido ese tiempo después de su publicación entra en vigencia. Salvo dos excepciones que se desprenden de la citada disposición constitucional:

Primera, cuando la misma ley amplíe el plazo, dado que se permite la ampliación de los ocho días de *vacatio legis*, pero no su restricción, en este caso la misma ley señala el día en que ha de empezar a regir, tal es el caso del Código Penal vigente, publicado el 10 de junio de 1997<sup>29</sup>, y cuya vigencia entró a partir del 20 de abril de 1998<sup>30</sup>.

Segunda, cuando situaciones extraordinarias propician que se dicte una ley temporal su vigencia se inicia al siguiente día de su publicación; este sería el caso de la Ley Transitoria de Emergencia contra la Delincuencia y el Crimen Organizado<sup>31</sup> y el de la denominada Ley Antimaras<sup>32</sup>.

### 3. TEXTO DE LA LEY PUBLICADO

La exigencia de la publicación del proyecto de ley aprobado origina

---

29 Decreto Legislativo N° 1030, de veintiséis de abril de mil novecientos noventa y siete, publicado en el Diario Oficial N° 105, Tomo N° 335, de la precitada fecha.

30 La disposición final del Código Penal dice: "VIGENCIA. Art. 408.- *El presente Código entrará en vigencia el día 20 de abril de mil novecientos noventa y ocho*".

31 Decreto Legislativo N° 668, de diecinueve de abril de mil novecientos noventa y seis, publicado en el Diario Oficial N° 58, Tomo N° 330, de veintidós de abril de mil novecientos noventa y seis.

32 La cual fue dictada mediante Decreto Legislativo N° 158, de nueve de octubre de dos mil tres, publicada en el Diario Oficial N° 188, Tomo N° 361, de diez de octubre de dos mil tres.

inevitablemente la necesidad de la existencia de varios ejemplares, todos ellos son importantes, pero tienen una relevancia jurídica dos textos de la ley<sup>33</sup>: el aprobado por la Asamblea Legislativa, del cual se guardará un ejemplar en la Asamblea, Art. 134 Cn, y el publicado. Estos dos textos deben coincidir y, normalmente, serán idénticos. Sin embargo, el texto de la ley publicado puede originar dos tipos de problemas.

En primer lugar, está el que plantean los llamados “errores de redacción”; se trata de casos en los que la Asamblea Legislativa, queriendo manifestar una determinada idea, ha expresado otra diferente. En el error de redacción hay una declaración de voluntad legislativa, aunque equivocada. En estos casos, la intención del legislador podrá, sin embargo, dentro de ciertos límites, ser tenida en cuenta por el intérprete. Así, por ejemplo, dice el Art. 37 CP, que alude al “Principio y Alcance de la Responsabilidad de los Partícipes, lo siguiente:

*“La responsabilidad penal de los partícipes, principia desde el momento en que se ha iniciado la ejecución del delito y cada uno responderá en la medida en que el hecho cometido por lo menos sea típico o antijurídico”.*

Reparemos en la última frase “...que el hecho cometido por lo menos sea típico o antijurídico”. El límite, entonces, según el tenor literal de la disposición transcrita es que el hecho principal sea típico o antijurídico; pero nótese el error gramatical al redactar ese párrafo con la conjunción “o”, que tiene una función disyuntiva, lo cual resultaría ilógico, en tanto que lo correcto gramaticalmente es la conjunción “y” con función ilativa, es decir, que el hecho sea típico y antijurídico, ni más (culpable) ni menos (únicamente típico).

---

33 Desde un punto de vista práctico y consecuente con las disposiciones constitucionales, en realidad existirán más de los dos textos de la ley mencionados, es decir, cuando menos dos textos más; así tenemos que de los tres ejemplares originados en el seno de la Asamblea Legislativa tendrán el destino siguiente: se guardará un ejemplar en la Asamblea; se enviarán dos ejemplares al Presidente de la República, si el Presidente no encontrare objeción, firmará los dos ejemplares, devolverá uno a la Asamblea y dejará el otro en su archivo; el cuarto, es el texto de la ley publicado. Ver Arts. 134 y 136 Cn.

En segundo lugar, están las erratas de imprenta, que hacen diferir el texto publicado del aprobado. La errata puede corregirse sin formalidad de ninguna índole, pues no es relevante, ya que carece de voluntad legislativa. De no hacerse, estos errores de imprenta en tanto no sean rectificadas, pueden afectar la eficacia de la ley. Lamentablemente, el legislador en materia penal ha sido prolijo en esta clase de errores, a guisa de ejemplo podemos citar los siguientes artículos:

Art. 24 en el que aparece "*consumación*" por "*consumación*"; 14 en el que se dice "*impuesto*" por "*imputado*"; 30 N° 15 y N° 16, en los que por su orden se lee "*fúctiles*" por "*fútiles*" y "*la*" por "*las*"; 63 N° 2, en el que se menciona "*la*" y "*e*" por "*lo*" y "*a*"; 70 Inc. 3, en el que se redacta "*antetiores*" por "*anteriores*"; 92-A Inc. 2°, en el que aparece "*la*" por "*las*"; 127 inc. 2°, en el que se dice "*objetivos*" por "*objetos*"; 146 Inc. 2°, en el que se menciona "*de seis o dos años*" por "*de seis meses a dos años*"; 157 en el que se lee "*de seis a dos años*" por "*de seis meses a dos años*"; 193 Inc. 1°, en el que aparece "*de seis meses o dos años*" por "*de seis meses a dos años*"; 210 en el que se dice "*efectuarse*" por "*efectuare*"; 238-A en el que se lee "*interfiere*" por "*interfiriere*"; 239 en el que se redacta "*será sancionado con multa de cincuenta cien días multa*" por "*será sancionado de cincuenta a cien días multa*"; 252 en el que aparece "*satisfaciere*" por "*satisficiere*"; 274 N° 1, en el que se dice "*A*" por "*Al*"; 275 números 4 y 5, en el que se menciona "*Adulterara*" y "*habiéndoles*", respectivamente, "*adulterare*" y "*habiéndoseles*"; 282 N° 4, en el que se redactó "*bones*" por "*bonos*"; 296 en el que se escribió "*multa de cincuenta o cien días multa*" por "*multa de cincuenta a cien días multa*"; 297 en el que aparece "*público*" por "*empleado público*"; 301 en el que leemos "*fuere*" por "*fuera*"; 310 Inc. 4, en el que dice "*magistrado juez*" y "*I*" por "*magistrado, juez*" y "*e*"; etc.

Texto de la ley es, en tales casos, el aprobado efectivamente por la Asamblea Legislativa, no el publicado. Al respecto, dispone el Art. 141Cn que:

*“En caso de evidente error en la impresión del texto de la ley, se volverá a publicar, a más tardar dentro de diez días. Se tendrá la última publicación como su texto auténtico; y de la fecha de la nueva publicación se contará el término para su vigencia”.*

## B. LA LEY PENAL EN SENTIDO MATERIAL

Para que exista una ley penal en sentido material no basta con que se den todos los requisitos formales a que se ha hecho mención y que dan origen a una ley penal en sentido formal, sino que, además, es preciso que la manifestación de voluntad de la Asamblea Legislativa contenga una norma y que en esa norma exista una razón material que no puede ser otra que la tutela de bienes jurídicos.

No se trata aquí más que de comprobar el hecho de que la ley puede contener una norma o no contenerla. Desde la perspectiva constitucional la forma es lo decisivo: sólo son leyes los Decretos que revisten forma de ley y todos los actos que revisten tal forma lo son. Pero desde el punto de vista del Derecho Penal no es, en absoluto, indiferente la cuestión del contenido de la ley. La ley debe contener un “fin material” que constitucionalmente no puede sino consistir en la tutela de bienes jurídicos sociales fundamentales<sup>34</sup>. Esta es la “*ratio legis* material”, verdadera razón de ser de la norma y de sus fines formales positivos<sup>35</sup>. Retomemos, por ejemplo, las incriminaciones individuales que contenía la Ley Anti-Maras, las cuales eran contrarias a toda una idea del Derecho Penal civilizado, aun cuando revistieran la forma de ley.

---

34 Señala Roxin que “*El punto de partida correcto consiste en reconocer 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 de Derecho basado en la libertad del individuo, a través de los cuales se le marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado*”. ROXIN, Claus: “**Derecho Penal**”, Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito, Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, España, 1997, Pgs. 55y 56.

35 FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan: “**Derecho...**”, Op. Cit., Pgs. 52 y 53.

Es más, tales incriminaciones carecían de todo valor, según la Constitución. Así lo determinó la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia al declarar la inconstitucionalidad de varias disposiciones legales contenidas en dicha ley<sup>36</sup>. En uno de sus apartados la sentencia que declaró la inconstitucionalidad de la ley mencionada dice: “... es viable afirmar que el establecimiento normativo de la desviación punitiva no es totalmente libre en sede legislativa; es decir, la determinación de las conductas sobre las cuales aplicar una sanción, no queda librada a la plena discreción de su configurador normativo, sino que debe obedecer a los lineamientos impuestos por la Constitución; uno de ellos es el principio de lesividad, según el cual la tipificación de una conducta como delictiva debe obedecer a una prohibición de realizar conductas que, según las consideraciones del legislador, sean dañosas, es decir, que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos fundamentales o instrumentales”<sup>37</sup>.

Las leyes penales han de ser, pues, normas<sup>38</sup>; pero, lo han de ser en un doble sentido formal y material. Las normas penales deben, además, por su propia naturaleza, ser generales. La Constitución de la República proclama la igualdad ante la ley (Art. 3). La generalidad exigible a las leyes penales, como consecuencia del significado actual del principio de igualdad, es una “generalidad valorativa”, que implica la vocación de ser aplicada universalmente. O sea, deben tener como destinatarios a todos los individuos,

---

36 La Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de las quince horas del día uno de abril de dos mil cuatro, con referencia 52-2003/56-2003/57-2003, en los procesos de inconstitucionalidad acumulados falló, entre otros, lo siguiente: “4. Declárase que en los artículos 1 inciso 2°, 18, 19, 22, 23 y 29 inciso 1° existe la inconstitucionalidad alegada (...), por violar el principio de lesividad consagrado en el artículo 2 inciso 1° de la Constitución, al penalizar conductas que no dañan o ponen en peligro bienes jurídicos fundamentales o instrumentales”.

37 Sentencia de la Sala de lo Constitucional, Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, El Salvador, Pgs. 156 y 157.

38 COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S.: “Derecho...”, Op. Cit., p. 111.

y no a un individuo o a varios individuos determinados<sup>39</sup>. Si el correlato fuese una clase cerrada, enumerada o enumerable, no podría hablarse de generalidad en el sentido riguroso exigido por la igualdad ante la ley a normas incriminadoras, que aparecerían, inmediatamente, como insostenibles discriminaciones. El principio de legalidad impone, pues, por lo que a las leyes penales se refiere, ciertas exigencias en orden al contenido. Tales exigencias devienen constitutivas del concepto de ley penal en sentido formal y material.

Con este enfoque, el requisito de que la ley sirva de vehículo a una norma obliga, de una parte, a establecer las relaciones entre ley penal y la norma contenida en ella; y de otra, a distinguir las normas de los simples disposiciones legislativas. Lo cual haremos a continuación al estudiar la estructura lógica y los elementos de la norma penal.

### III. LA ESTRUCTURA LÓGICA DE LA LEY PENAL

Como toda norma jurídica la norma penal consta de dos partes: un «supuesto de hecho» y una «consecuencia jurídica»<sup>40</sup>. Recordemos que la

39 En ese mismo orden de ideas, la sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, arriba citada, en lo pertinente señaló en el fallo: “16. Declárase que en los artículos 1 inciso 1° y 3 LAM, existe la inconstitucionalidad alegada (...), en cuanto a la violación al derecho de igualdad, consagrado en el artículo 3 de la Constitución, pues el trato diferenciado no obedece a fines constitucionales”. Además, agregó al fallo: “17 Declárase la inconstitucionalidad derivada o por conexión de los artículos 2 incisos 1°, 21 y 4°, 4 incisos 1° al 7°, 5, 6 incisos 3° al 5°, 7, 8 inc. 1°, 10 al 15, 16 inc. 2°, 17, 20, 21, 24, 26 al 28, 29 inc. 3° y 31 al 49 de la Ley Antimaras, en relación con la violación al derecho de igualdad, verificada en los artículos 1 y 3 LAM”.

40 MIR PUIG, Santiago: “Derecho...”, Op. Cit., 37. Expone Luzón Peña que “En vez de esta pareja de conceptos –supuesto de hecho y consecuencia jurídica– un sector doctrinal (...) utiliza la de precepto y sanción como integrantes de la estructura de la norma jurídica-penal. Realmente dichas categorías no indican los componentes de la estructura lógica de la proposición jurídicopenal, sino que aluden a su carácter o esencia imperativa: por ello no coinciden con los términos supuesto de hecho–consecuencia jurídica. Y, además, si se examina más a fondo, se verá que la norma jurídicopenal consta de dos preceptos: uno, al que se denomina «norma primaria», que se dirige a todos los ciudadanos ordenándoles o prohibiéndoles algo (...), y un segundo precepto, llamado «norma secundaria», que se dirige al juez ordenándole imponer la consecuencia jurídica en caso de incumplimiento del primero”. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: “Curso...”, Op. Cit., p. 143. También en esa línea de ideas MUÑOZ CONDE, Francisco: “Lecciones...”, Op. Cit., p. 19.

diferencia entre una norma penal y las demás normas jurídicas radica en que en la norma penal el supuesto de hecho lo constituye un delito o una falta<sup>41</sup> y la consecuencia jurídica la constituye una pena o una medida de seguridad.

La estructura lógica de una norma penal, como ya hemos anticipado, tiene la forma de una proposición condicional en la cual el supuesto de hecho está enlazado a una consecuencia jurídica<sup>42</sup>. Así, decíamos que la estructura lógica de una norma penal es: "si A es, debe ser B". De allí se infiere que al redactarse la norma en un tipo penal aparecen dos elementos, de un lado, el supuesto de hecho de la norma penal, en el que se describe la conducta humana que la infringe; y de otro, la consecuencia jurídica que generalmente está conformada por una pena y, únicamente, en tanto el sujeto que la haya infringido sea un inimputable (Art. 27 N° 4 CP), entonces, se le aplica una medida de seguridad.

De la aplicación de una sanción a un determinado supuesto de hecho se infiere que existe una norma infringida al realizarlo. La norma se halla, pues, contenida en la ley penal. Supuesto de hecho y consecuencia jurídica componen la estructura lógica de las normas jurídico-penales<sup>43</sup>. Así sucede en la mayoría de las normas de la Parte Especial, compuesta por los Libros Segundo y Tercero del Código Penal, donde se asignan las penas correspondientes a los delitos concretos. Lo mismo puede decirse de las normas contenidas en el Derecho Penal accesorio.

Las normas penales que poseen dicha estructura se conocen como

---

41 Según el Art. 18 Inc. 1° del Código Penal "*Los hechos punibles se dividen en delitos y en faltas*".

42 Señala Luzón Peña que "*Las proposiciones jurídicas no son comprobación del ser, de la realidad -p.ej. de la causalidad: si se da a, se produce como consecuencia B, o, abreviadamente, si es a, es B-, sino proposiciones de deber ser o normativas, que se estructuran así: si es A, debe ser B*". LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: "Curso...", Op. Cit., p. 143.

43 "*El hecho jurídico es, en el plano de la conducta, el correlato del supuesto de hecho. Y la relación que se da entre el hecho jurídico y la consecuencia atributiva es el mismo nexo que la norma crea entre la realización de un supuesto y el derecho subjetivo que, condicionado por tal realización, nace a favor de uno o más sujetos*". RIVERA RUIZ, Daniel Ulises y RIVERA LAZO, Mario Adalberto: "**Introducción a la Lógica Jurídica**", 1ª edición, Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, El Salvador, 2004. Pgs. 114 y 115.

*completas*, a cuyo lado aparecen *las incompletas* y las llamadas *en blanco*. Esta variedad hace referencia más bien a la diversa manifestación de las normas, que a las normas en sí, pues las normas penales constan de un supuesto de hecho y de una consecuencia jurídica. Así pues, la distinción versa acerca del modo de la legislación, es decir, se trata de una técnica legislativa, y no acerca de su contenido<sup>44</sup>. Analicemos esas variedades.

### A. LAS NORMAS PENALES COMPLETAS

Normas estructuralmente completas son las que describen el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica; en el caso de las normas penales aquellas que, en su contenido y con prescindencia de cualquiera otra norma o disposición, contienen el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica. Por ejemplo: el tipo penal del delito de "privación de libertad" contenido en el Art. 148 CP, que dice:

*"El que privare a otro de su libertad individual, será sancionado con prisión de tres a seis años".*

En esta disposición se consagra con toda claridad el supuesto de hecho: "*el que privare a otro de su libertad individual*"; y también la consecuencia jurídica: "*será sancionado con prisión de tres a seis años*".

Obsérvese que la norma penal responde a una proposición condicional como en la siguiente fórmula:

*"Si A (el autor) comete D (un delito), se le impondrá P (una pena).*

Ahora bien, hay que destacar que en muchos casos la norma está contenida en un único artículo del Código Penal, como sucede en el delito de privación de libertad recién citado (Art. 148 CP), pero ello no debe llevarnos al equivoco de identificar *norma penal* y *artículo del Código Penal*, dado que no siempre ocurre así. En efecto, sobre este punto pueden suceder dos cosas distintas:

---

44 COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S.: "Derecho...", Op. Cit., p. 119.

Primero, que el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica se encuentren repartidos en diversos artículos como sucede por ejemplo: en el caso del Art. 145 CP que tipifica el delito de *“lesiones agravadas”* así:

**“LESIONES AGRAVADAS**

*Art. 145.- Si en los casos descritos en los artículos anteriores, concurriere alguna de las circunstancias del homicidio agravado, la sanción se aumentará hasta en una tercera parte de su máximo”.*

Nótese que en la citada disposición para saber cuándo existe una *“lesión agravada”* hay que remitirse, en primer lugar a indagar en cuál de los *“casos descritos en los artículos anteriores”* nos encontramos, es decir si en el delito de Lesiones Art. 142, o en el de Lesiones Graves Art. 143 o en el de Lesiones muy Graves Art. 144 CP, en segundo lugar, verificar si concurre *“alguna de las circunstancias del homicidio agravado”* (Art. 129 CP); para, finalmente, a partir de aquellos datos, poder deducir el monto de la pena que habría de imponerse.

Segundo, que nos encontremos con artículos que consagren dos o más normas penales, como ocurre en el delito de *“disparo de arma de fuego”* regulado en el Art. 147-A CP.

Muchas veces suele ocurrir que para completar el supuesto de hecho o la consecuencia jurídica hay que acudir a otras normas jurídicas del mismo cuerpo normativo o de carácter extrapenal. Cuando esto sucede se plantean dos problemas: el primero, el de las *“normas penales incompletas”* y, el segundo, el de las denominadas *“normas penales en blanco”*<sup>45</sup>. Pasemos a estudiar cada uno de ellos.

## **B. LAS NORMAS PENALES INCOMPLETAS**

Se entiende por normas penales incompletas a aquellas que

---

45 Sobre estos conceptos CISNEROS JOVEL, Gerardo Napoleón: **“El Derecho Penal en Sentido Objetivo”**, en Ensayos para la Capacitación Penal, 1ª edición, CNJ, Escuela de Capacitación Judicial, San Salvador, El Salvador, 2003, Pgs. 128 y 129.

dependen para completar o aclarar el supuesto de hecho o la consecuencia jurídica de otros preceptos descritos en otro lugar<sup>46</sup>. De allí se entiende que las llamadas leyes penales incompletas, o leyes necesitadas de complemento, ofrecen la particularidad de que el supuesto de hecho no se consigna específicamente en la propia ley penal, y para completarlo es necesario remitirse a otra fuente normativa del mismo o de distinto rango. Sin embargo, debe tenerse presente que no toda remisión para completar o aclarar el supuesto de hecho se considera como norma penal incompleta. En este punto, cuando menos, la variedad de las posibilidades de remisión son tres, a saber:

*Primera:* la norma contenida en la ley nos remite a otra disposición que forma parte de la misma ley penal, tal es el caso del delito de Lesiones Agravadas del Art. 145 CP, antes referido. O sea, que el complemento se halla contenido en el mismo cuerpo normativo, ya sea del Código Penal o de una Ley Penal Especial. Esta clase de remisión se trata en verdad de un usual mecanismo de técnica jurídica, que persigue evitar incómodas repeticiones<sup>47</sup>. En este tipo de remisión podemos encontrar dos variantes:

(1) La primera variante aparece cuando los preceptos que sirven para completar o aclarar el supuesto de hecho o la consecuencia jurídica no están en inmediata conexión dentro de la misma Sección o Capítulo, sino fuera de ellos. Citemos dos ejemplos sencillos: la excluyente de responsabilidad penal conocida como *legítima defensa* recogida en el Art. 27 N° 2 CP, y el Art. 68 que se refiere a la *penalidad de la tentativa*. Si se analiza la causa de justificación descrita en el Art. 27 N° 2 CP, se observa, que en ella no se hace referencia a ningún supuesto de hecho concreto. Tal disposición legal literalmente dice:

*"No es responsable penalmente [...] 2) Quien actúa u omite en defensa de su persona o de sus derechos o en defensa de otra persona o de sus derechos, siempre que concurren*

---

46 MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes: "Derecho...", Op. Cit., p. 32.

47 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: "Derecho...", Op. Cit., p. 87.

*los requisitos siguientes: a) agresión ilegítima; b) Necesidad razonable de la defensa empleada para impedirla o repelerla; y, c) No haber sido provocada la agresión, de modo suficiente, por quien ejerce la defensa”.*

De igual manera, al analizar el Art. 68 CP, tampoco se hace referencia a un supuesto de hecho concreto, esta disposición expresa:

*“La pena en los casos de tentativa se fijará entre la mitad del mínimo y la mitad del máximo de la pena señalada al delito consumado”.*

En ambas regulaciones, como puede apreciarse, no encontramos ni el supuesto de hecho como tampoco la consecuencia jurídica. Estas disposiciones, para saber lo que quieren decir, necesitan ponerse en relación con los supuestos de hecho recogidos en la Parte Especial del Código Penal, sólo de esa forma pueden tener sentido. Para una clara comprensión de lo afirmado, podemos representarnos imaginariamente el Art. 128 CP redactado de la siguiente forma:

*“El que matare a otro será sancionado con prisión de diez a veinte años, siempre que no obrare en legítima defensa”, o “El que matare a otro será sancionado con prisión de diez a veinte años; si fracasare en su intento será sancionado con la mitad del mínimo y la mitad del máximo”.*

Estas dos disposiciones que están ubicadas en la Parte General del Código Penal, sólo tienen sentido si se ponen en relación con alguno de los supuestos recogidos en el Libro Segundo del Código Penal. Tanto la disposición que regula la legítima defensa como la que regla la penalidad de la tentativa, son claros ejemplos de disposiciones que únicamente son partes de la descripción del supuesto de hecho o de la consecuencia jurídica cuando se ponen en relación con algún supuesto de hecho contenido en la Parte Especial del Código Penal y, cuando eso sucede, pasan a formar parte de la norma que completan o aclaran. Cuando nos encontramos en presencia de este tipo de remisiones normativas, no hay dificultad en considerar a estos casos como normas penales completas; pues las situaciones de esta índole

obedecen a razones de técnica y economía legislativa. Es decir, el legislador no tiene que ir repitiendo en cada norma penal de la Parte Especial que si el supuesto de hecho se realiza en legítima defensa el autor quedará exento de responsabilidad penal o que si el supuesto de hecho no se consuma la pena se fijará entre la mitad del mínimo y la mitad del máximo de la pena que corresponda al delito consumado. Para evitar estas repeticiones en el Código Penal se ha elaborado la llamada Parte General contenida en el Libro I (Arts. 1 al 127), la cual contiene un plexo de disposiciones generales aplicables, no únicamente a los hechos punibles de la Parte Especial, sino que alcanzan en su aplicación, inclusive, a los hechos punibles previstos en las leyes penales especiales, salvo que éstas contengan disposiciones diferentes (Art. 6 CP). Las disposiciones citadas a guisa de ejemplo, en realidad, son “fragmentos de normas”, pues al completar el supuesto de hecho o la consecuencia jurídica se convierten en parte integrante de la norma, o sea, pasan a formar parte de ésta.

Ahora bien, hay que decir además que un importante sector de la doctrina estima que cuando los enunciados legales que prevén los delitos y sus penas no determinan por sí solos todos los elementos de las normas penales que sirven de base, sino que, inclusive, como sucede en los casos de la legítima defensa y de la penalidad de la tentativa, que expusimos más arriba, han de ponerse en relación con otros enunciados legales previstos en la Parte General, se está en presencia de una norma penal incompleta. Sin embargo, una posición como esa nos llevaría a afirmar que no existe las leyes penales completas y que todas las leyes penales, sin excepción ninguna, son incompletas, dado que con esa postura ni el supuesto de hecho ni la consecuencia jurídica de las normas penales se hallan expresados de forma completa en ningún precepto del Código penal. En ese sentido, todas las disposiciones del Código penal aparecen, vistas aisladamente, como proposiciones incompletas<sup>48</sup>.

---

48 En tal sentido: MIR PUIG, Santiago: “Derecho...”, Op. Cit., 39.

Empero, como hemos visto, no en todo enunciado legal se expresa una norma jurídica. En el Código Penal, no suelen transmitir mensajes prescriptivos las disposiciones del Libro I, de la Parte General. Tales disposiciones tienen la función de precisar el alcance de los preceptos de la Parte Especial del Código Penal –los que prevén los delitos y sus penas–. Así, pues, tanto la disposición que acuña la legítima defensa como la que determina la penalidad de la tentativa, no constituyen ninguna norma en el sentido de su estructura lógica expresado –compuesta esa estructura lógica por: el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica–, sino que son disposiciones que contribuyen a delimitar el alcance de las normas que prohíben y castigan los distintos delitos.

(2) La segunda variante la encontramos cuando los artículos entre los que se reparte el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica están en inmediata conexión, esto es, dentro de la misma Sección o Capítulo; pero, tampoco en estos casos se está en presencia de una norma penal incompleta, pues se trata de un procedimiento legislativo frecuentemente usado en el Código Penal. Por ejemplo, citamos nuevamente como muestra paradigmática de esta variedad el Art. 145 CP (lesiones agravadas) que remite a dos fuentes más: (1ª) “*los casos descritos en los artículos anteriores*” (lesiones, Art. 142; lesiones graves, Art. 143 y lesiones muy graves, Art. 144) y (2ª) a la concurrencia de “*alguna de las circunstancias del homicidio agravado*”, tipificado éste en el Art. 129 CP, en lugar de describir por sí mismo el tipo de lesiones y las circunstancias agravantes que incrementarían la pena. En estos supuestos, tampoco hay dificultad en considerarlos como normas penales completas, pues se trata de una situación que también se basa en razones de técnica y economía legislativa.

*Segunda:* la ley penal para ser completada nos remite a otra ley de igual categoría, pero de naturaleza extrapenal. Esta clase de remisión puede ser implícita (cuando la remisión se hace a otra norma sin que la remitente lo exprese) o explícita (cuando la remisión es expresa, clara y terminante). Es implícita la remisión, verbigracia del Art. 192 CP, que al

tipificar como matrimonios ilegales, contraer nupcias "ocultando la existencia de un impedimento" nos remite tácitamente, a los Arts. 14 y 15 del Código de Familia, pues para determinar cuándo existe un "impedimento" es necesario consultar esas disposiciones del orden jurídico familiar<sup>49</sup>. A contrario sensu, de manera explícita lo hace la norma penal que en el Art. 224 CP tipifica el delito de "Tráfico Ilícito de Patrimonio Cultural", al establecer que: "El que exportare o importare bienes que conforman el patrimonio cultural de la República, sin cumplir con los requisitos establecidos en la ley especial, será sancionado con prisión de dos a cuatro años". La referencia explícita a la "ley especial" no es más que una remisión a la Ley Especial de Protección

---

49 En efecto el Código de Familia en el Libro Primero, Título I, Capítulo II, que alude a los Impedimentos para contraer matrimonio dice en los artículos 14 y 15 lo 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 su 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 del 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."*

al Patrimonio Cultural de El Salvador<sup>50</sup>; más precisa resulta la remisión que aparece en el Art. 262-B, que tipifica el delito de "Comercio y Transporte de Sustancias Peligrosas", así: *"El que comercializare, transportare o introdujere al país sustancias o materiales calificados como peligrosos en los tratados internacionales o en la Ley del Medio Ambiente, con infracción de las reglas de seguridad establecidas, incurrirá en pena de prisión de seis a diez años"*.

Ahora bien, hay que reparar en que, tanto en la remisión implícita como en la explícita a otras leyes de igual rango, la doctrina acepta que ante estas clases de remisiones si se está en presencia de casos propios de normas penales incompletas.

*Tercera:* la ley penal nos remite a una disposición extrapenal, pero de rango inferior, como puede ser a un reglamento o a una medida de naturaleza ministerial o administrativa. Así, por ejemplo, la remisión que aparece en los Arts. 272, 223 Inc. 2° y 233 del CP, que tipifican, el primero, los delitos de *"tráfico de productos químicos y sustancias nocivas"*, cuando tal conducta se realice *"sin cumplir con las formalidades de seguridad previstas en las leyes y reglamentos respectivos"*, con los que se complementa; el segundo, la *"infracción a las medidas de registro, control, circulación y protección de bienes culturales"*, si la conducta que no acata las medidas de protección de un bien cultural emitidas por *"el Ministerio de Educación"*; y, el tercero, el *"acaparamiento"*, si este se produce *"a juicio de la autoridad administrativa competente"*. Como no puede ser de otra manera, también, en estas situaciones se está en presencia de normas penales incompletas.

---

50 La citada ley que tiene por objeto regular el rescate, investigación, conservación, protección, promoción, fomento, desarrollo, difusión y valoración del Patrimonio o Tesoro Cultural Salvadoreño, a través del Ministerio de Educación o de la Secretaría de Estado que tenga a su cargo la Administración del Patrimonio Cultural del País, nació por Decreto Legislativo N° 513 de veintidós de abril de mil novecientos noventa y tres, publicado en el Diario Oficial N° 98, Tomo N° 319, publicado el veintiséis de mayo de mil novecientos noventa y tres.

### C. LAS NORMAS PENALES EN BLANCO

Las leyes penales en blanco<sup>51</sup>, que constituyen una especie de las normas penales incompletas, se refieren a ciertas disposiciones penales que no expresan el contenido del supuesto de hecho, sino que remiten a otro u otros preceptos con los cuales se “rellena” el vacío. Por tal motivo se define como normas penales en blanco *aquellas cuyo supuesto de hecho aparece consignado o complementado en una norma de carácter no penal*<sup>52</sup>.

Dentro de las normas penales en blanco hay que distinguir los casos en los que la ley remite para completarlas a normas del mismo rango, sean o no penales, de aquellos otros en las que dicha remisión se efectúa a normas de rango inferior. Tal distinción obedece a que el concepto no abarca aquellas normas cuyo supuesto de hecho se consigna en la misma ley penal (supuestos en que se está frente a una norma completa), ni tampoco únicamente aquellos casos en los cuales el supuesto de hecho lo determina una autoridad de categoría inferior a la que dicta la ley (supuestos de una de las especies de norma en blanco).

En otras palabras, nuestro enfoque de lo que se entiende por norma penal en blanco se trata de una postura “matizada” que comprende únicamente dos de las posibilidades de remisión, (1ª) a leyes extrapenales, pero del mismo rango y (2ª) a las leyes extrapenales de rango inferior, o sea, que el carácter de ley penal en blanco viene dado porque el complemento de hecho aparece consignado o completado en una norma extrapenal, así sea de igual o de inferior jerarquía.

---

51 Roxin entiende por leyes penales en blanco las “...*conminaciones penales (que se encuentran sobre todo en el Derecho penal accesorio o especial) que remiten a otros preceptos en cuanto a los presupuestos de la punibilidad (...) son tipos que sólo contienen una norma sancionadora, pero que dejan sin embargo su integración a otras leyes, reglamentos o incluso actos administrativos. Se encuentran en el Derecho penal especial o accesorio, pero no escasean tampoco en el StGB*”. ROXIN, Claus: “Derecho...”; Op. Cit., Pgs. 156 y 465.

52 Así, MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes: “Derecho...”, Op. Cit., p. 35. En sentido similar VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: “Derecho...”, Op. Cit., p. 88.

En todo caso, hay que decir que la adopción aquí acuñada obedece a que es frecuente encontrar otros conceptos de ley penal en blanco que restringen el alcance únicamente a situaciones normativas en que el supuesto de hecho es determinado por una autoridad distinta a la que ha dictado la ley. Estos supuestos se conocen con el nombre de *leyes penales en blanco* en *sentido estricto*, pero constituyen una de las especies de las leyes penales en blanco. Sirvan de ejemplos, los Arts. 223 Inc. 2° y 233, ambos del CP, que tipifican, por el orden, como delito relativo al patrimonio cultural, "*la infracción a las medidas de registro, control, circulación y protección de bienes culturales*" y, como delito relativo al mercado, la libre competencia y la protección del consumidor, el "*acaparamiento*".

En el primero se dice:

*"El que no acatare las medidas de protección de un bien cultural emitidas por el Ministerio de Educación, será sancionado con prisión de uno a dos años"; y,*

En el segundo:

*"El que almacenare, sustrajere o retuviere fuera del comercio normal, artículos o productos de primera necesidad, provocando o pudiendo provocar el alza inmoderada de los precios, a juicio de la autoridad administrativa competente, será sancionado con prisión de uno a tres años".*

Repárese en que en ambos casos el supuesto de hecho es determinado por sujetos distintos a los que tienen la facultad legiferante. En el primer caso, el *Ministerio de Educación* y, en el segundo, la *autoridad administrativa competente*.

Ahora bien, estructuralmente hablando, la norma penal en blanco no presenta ningún problema, pues una vez precisado el supuesto de hecho es una norma penal completa como cualquier otra.

El verdadero problema que se deriva por medio de las leyes penales en blanco es que se abandona o traslada a menudo la regulación de la materia penal a entidades del Órgano Ejecutivo –Ministerio de Educación o autoridad administrativa competente, siguiendo con los citados ejemplos– que pueden,

a su antojo, establecer el supuesto de hecho de las infracciones. Dicha técnica legislativa, es objetada porque rompe con el principio de separación de los poderes<sup>53</sup>, y puede implicar, por un lado, un peligro grave para la *seguridad jurídica* y, de otro, una clara infracción al *principio de legalidad*, y tanto la seguridad jurídica como la reserva absoluta de ley constituyen un freno al que debe sujetarse el legislador evitando estos casos de remisión normativa que pueden, en principio, contrariar disposiciones de la Constitución<sup>54</sup> que tienen que ver con la actividad legislativa. Sin embargo, pese a esa posibilidad de inconstitucionalidad de esta clase de normas, no se ha podido impedir que en las leyes penales hayan deslizamientos a numerosas “leyes penales en blanco” con habilitaciones normativas a favor del Órgano Ejecutivo.

Desde un punto de vista práctico, la utilización de esta técnica trae consigo, por un lado, dificultades al jurista del ámbito penal, que se ve obligado a indagar en otros sectores del Ordenamiento Jurídico que ordinariamente desconoce, y, de otro, la incertidumbre ciudadana en relación al conocimiento de la ley misma<sup>55</sup>.

#### IV. LOS ELEMENTOS DE LA LEY PENAL

Queremos reiterar que lo que caracteriza a la norma penal es que su supuesto de hecho tiene por objeto la descripción de una conducta que es *delito* o *falta* y sus consecuencias jurídicas son *penas* o *medidas de seguridad*. De allí se desprende que los elementos estructurales integrantes son dos: el delito o la falta y la pena o la medida de seguridad.

---

53 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: “Derecho...”, Op. Cit., p. 89.

54 COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S.: “Derecho...”, Op. Cit., p. 119. En nuestro Ordenamiento Jurídico constitucional se establece, por un lado, en el Art. 121 lo siguiente: “*La Asamblea Legislativa es un cuerpo colegiado compuesto por Diputados, elegidos en la forma prescrita por esta Constitución, y a ella compete fundamentalmente la atribución de legislar*”; y de otro, en el Art. 131 regla 5ª Cn se dice: “*Corresponde a la Asamblea Legislativa: (...) 5º Decretar, interpretar auténticamente, reformar y derogar las leyes secundarias*”..

55 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: “Derecho...”, Op. Cit., p. 89.

## A. EL SUPUESTO DE HECHO

Como el supuesto de hecho que contiene el tipo penal puede tratarse de un delito o de una falta, haremos un esbozo de cada uno de ellos por separado.

### 1. EL DELITO

Si tomamos como punto de referencia el Derecho positivo salvadoreño una noción del delito puede ser: “*toda conducta humana que el ordenamiento jurídico castiga con una pena*”<sup>56</sup>. Se trata de una noción *formal* que rinde tributo al principio “no hay pena sin ley” (*nulla poena sine lege*), vigente en el Art. 15 Cn y 1 del CP, que impide considerar delito una conducta que no encaje en la ley. Pero con esta noción formal no se indica cuándo un determinado comportamiento merece o no castigarse con una pena. Lo anterior obliga a precisar los supuestos materiales de los que depende la imposición de una pena; por lo que desde esta perspectiva, el contenido *material* del delito está formado por el *injusto* y la *culpabilidad*. De allí que ensayando una noción material se diría que *Delito es todo injusto culpable*. Son, pues, el injusto y la culpabilidad los elementos que permiten elaborar un concepto material del delito que se reduce a un doble juicio de desvalor: sobre el hecho (o injusto) y sobre el autor (o culpabilidad). El injusto es la desaprobación del hecho por el legislador, mientras que la culpabilidad es el reproche dirigido contra el autor del hecho.

El injusto implica la constatación de una *conducta típica y antijurídica*. La culpabilidad, como se traduce en un juicio de reproche, incorpora las facultades psíquicas del autor.

La distinción anterior tiene un valor sistemático, que ha permitido la elaboración de la *teoría del delito*; y un valor práctico, que posibilita saber

---

56 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: “Derecho...”, Op. Cit., p. 89.

cuando se aplica o no una consecuencia jurídica. Así, por ejemplo, una medida de seguridad sólo se le puede aplicar a quien ha cometido un injusto, aunque no sea culpable (por constatarse su inimputabilidad); mientras que la imposición de una pena supone la comisión de un injusto culpable.

Desde un punto de vista político–criminal 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<sup>57</sup>. 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, verbigracia, 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.

## 2. LA FALTA PENAL

El Código Penal divide los hechos punibles en delitos y en faltas (Art. 18 Inc. 1°), por lo que el supuesto de hecho de la norma puede aludir también a una “falta penal”. No existe un criterio sólido para distinguir cualitativamente el delito de la falta, la única diferencia posible es de naturaleza *cuantitativa*.

Lo único que podría considerarse de *lege data*, es que las faltas penales son una especie de hechos punibles de menor gravedad que el delito, tanto desde el punto de vista del injusto como de la pena.

Por ello todo lo afirmado en relación con el delito, en su aspecto formal y material, es predicable a las faltas.

---

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

## B. LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS

### 1. LA PENA

La pena es considerada como la sanción tradicional del delito, y hoy en día, sigue siendo la principal forma de reacción jurídica frente al mismo<sup>58</sup>. Su concepto se infiere de la ley, pues basta deducir de algunas disposiciones del Código Penal que: “*La pena es una privación o restricción de derechos, de bienes jurídicos, prevista por la ley que se impone por los órganos jurisdiccionales competentes al responsable de un hecho delictivo*”.

Al realizar el desglose de ese concepto podemos observar que se caracteriza por la concurrencia de cuatro notas, a saber: (1ª) la pena *priva o restringe derechos y bienes jurídicos*, pues supone que se coarten de manera legítima derechos personales, por ejemplo: la libertad, con la pena de prisión (Art. 47 CP); el patrimonio, con la pena de multa (Art. 52 CP); los derechos de ciudadano, con la pena accesoria de inhabilitación absoluta (Art. 58 N° 1 CP); la suspensión del ejercicio de una profesión, arte, oficio o actividad estén o no reglamentadas, con la pena accesoria de inhabilitación especial (Art. 59 N° 1 CP), etc.; (2ª) la pena supone la existencia previa de un hecho punible (*nulla poena sine lege*), por tanto, sólo debe imponerse a causa de una infracción de una ley penal: *previsión legal de la conducta punible* (Art. 1 CP), que puede consistir en un delito o falta (especies del hecho punible, Art. 18 Inc. 1º CP); (3ª) la pena es el trasunto del ejercicio del Derecho Penal y de la autoridad jurisdiccional; por ello, debe ser impuesta por autoridades legalmente constituidas: Jueces de Sentencia y controlada por Jueces de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena (Art. 62 Inc. 2º y 47 Inc. 2º CP; y 6 y 37 L. Pen.); y, (4ª) debe imponerse a la persona

---

58 Para un panorama completo sobre este aspecto puede verse mi trabajo denominado: “**La Función Punitiva del Derecho Penal**”, publicado en Quehacer Judicial, Número 55, Abril, 2007, Dirección de Comunicaciones de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, El Salvador, Pgs. 3 a 8. Mismo artículo y con igual nombre puede consultarse en Entorno, revista de la Universidad Tecnológica de El Salvador, N° 80, agosto, 2007, Pgs. 6 a 12.

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

La pena, pues trata de una privación o restricción de bienes jurídicos y de derechos que alcanza al autor o partícipe con motivo de su participación criminal y en la medida del hecho punible cometido (Arts. 65, 66 y 68 CP).

## 1. LA MEDIDA DE SEGURIDAD

Mientras la pena tiene siempre como presupuesto la culpabilidad del autor y queda por ella limitada, la medida de seguridad es independiente de la culpabilidad y se fundamenta tan sólo en la peligrosidad del sujeto en orden a su conducta futura<sup>59</sup>.

Por ello la medida de seguridad constituye la segunda consecuencia jurídica del delito, en importancia. Su significado actual es inseparable del delito y de la pena porque un Derecho Penal obligado con el principio de culpabilidad necesita de las medidas de seguridad. Esto es así, porque si el delito representa el ataque más grave contra la convivencia social, y la pena su consecuencia jurídica primordial cuando el autor del mismo es una persona plenamente responsable<sup>60</sup>, la medida de seguridad trata básicamente de evitar el delito de quien carece de capacidad de culpabilidad y no puede, en consecuencia, ser hecho responsable imponiéndosele una pena.

Con esa base es que en el Derecho Penal moderno sólo se imponen penas al autor *capaz de responsabilidad* (culpabilidad) y en proporción a la gravedad del delito. Pero, como quiera que la conducta de un enfermo mental que, por ejemplo, comete un homicidio, muestra que se trata de un sujeto peligroso (aunque no culpable), a quien no se le puede imponer y hacerle cumplir por esa

---

59 Así, ROXIN, Claus/ARZT, Günter/TIEDEMANN, Klaus: “Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal”, Versión española, notas y comentarios de los profesores Luis Arroyo Zapatero y Juan Luis Gómez Colomer, Ariel Barcelona, España, 1989, p. 24.

60 Es decir, la pena presupone inexcusablemente culpabilidad del autor en el delito cometido. Así, LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: “Curso...”, Op. Cit., p. 54.

razón una pena sin más, junto a las penas aparecen las llamadas medidas de seguridad, como alternativa y complemento de la pena (Arts. 93 y 27 N° 4 CP).

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

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

En el sistema Penal salvadoreño, las medidas de seguridad se encuentran reguladas únicamente en el Código Penal, en dos apartados: el primero es el Título I (Garantías Penales Mínimas y Aplicación de la ley Penal), Capítulo I (De las Garantías Penales Mínimas) Arts. 1 a 6; y, el segundo, es el Título IV (Medidas de Seguridad), Capítulo Único (Clases de Medidas de Seguridad) Arts. del 93 al 95, ambos Títulos del Libro Primero (Parte General) del Código Penal. En este segundo apartado aparecen regulados de manera concreta varios aspectos, así por ejemplo, lo referente a los presupuestos que hacen a su aplicación (Art. 94 CP: personas exentas de responsabilidad penal con base en el número 4 del artículo 27 del CP), las clases de medidas de seguridad que se pueden imponer (Art. 93 CP: internación, tratamiento médico ambulatorio y de vigilancia) y, curiosamente, un apéndice del sistema vicarial<sup>61</sup> que mixtifica de manera excepcional, la aplicación de penas y

---

61 Cuando se está frente a un hecho en el que el sujeto adolece de un trastorno psíquico que no excluye del todo la responsabilidad, entonces, en ese caso tiene cabida la denominada *capacidad de culpabilidad disminuida*. De tal manera que un sujeto en esas condiciones no resulta excluido de pena a consecuencia de la perturbación psíquica, a éste se le aplican ambas consecuencias jurídicas en forma conjunta, pero se impone primero la medida de seguridad como respuesta penal, a ese tipo de presupuestos es al que alude el Art. 95 Inc. 2° en concordancia con el Art. 27 N° 4 CP. La capacidad de culpabilidad disminuida constituye una clase de capacidad de culpabilidad y se prevé por ello una atenuación facultativa de sustitución de la pena por una medida. El fundamento parece radicar en que no resulta justo que sujetos con una capacidad de comprensión disminuida sean tratados como plenamente sanos psíquicamente.

medidas de seguridad en forma conjunta (Art. 95 CP, cuyo epígrafe se lee: pena y medida de seguridad conjuntas).

## V. LAS FUENTES DE LA LEY PENAL

Aunque la vigencia del *principio de legalidad* simplifica considerablemente el tema de las fuentes en el ámbito del Derecho Penal, el estudio de la problemática específica que el tema suscita en esta disciplina requiere unas breves consideraciones<sup>62</sup>, en las que se recuerden determinados conceptos básicos de la teoría de las fuentes del Derecho<sup>63</sup>. Este punto de partida obedece a que el Derecho Penal objetivo al igual que las demás ramas del plexo jurídico, no es producto de la casualidad, tiene un origen que debe esclarecerse precisando cómo se conforma ese cuerpo normativo.

### A. CONCEPTO

El término "*fuerza*"<sup>64</sup>, equivale en el lenguaje ordinario al lugar donde fluye un líquido de la tierra, o al principio, causa, fundamento u origen de una

---

62 En efecto, Stratenwerth explica que: "*Los preceptos jurídicos pertenecen a la realidad en tanto y en cuanto son válidos. Los fundamentos de los que nace esa validez se designan con la expresión fuentes del derecho. En el Derecho Penal, tales fuentes están sujetas a reglas especiales*". STRATENVWERTH, Günter: "**Derecho Penal**", Parte General, Tomo I, El Hecho Punible, Traducción de la 2ª edición alemana (1976) de Gladys Romero, Edersa, Madrid, España, p. 28.

63 COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S.: "Derecho...", Op. Cit., p. 107.

64 Sobre los distintos sentidos del término fuerza, véase a LEGAZ Y LACAMBRA, Luis: "Filosofía...", Op. Cit., p. 371. Y en cuanto al problema de las fuentes ver a GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo: "**Filosofía del Derecho**", décima segunda edición, Porrúa, México, 2000, Pgs. 187 y 188.

cosa<sup>65</sup>. Aplicada esa noción al Derecho<sup>66</sup>, se equipara al origen de éste, como un acto o hecho creador de normas jurídicas<sup>67</sup>; aunque, técnicamente, con la expresión "*fuentes del derecho*" se designan los procesos en virtud de los cuales las normas jurídicas se positivizan con fuerza legítima obligatoria.

## B. CLASIFICACIÓN

Las fuentes de las cuales deriva el Derecho Penal objetivo han sido clasificadas de diversas maneras; siendo las principales las que aluden, por una parte, a las fuentes de producción y de conocimiento<sup>68</sup>; y, por otra, a las fuentes formales y materiales.

### 1. LAS FUENTES DE PRODUCCIÓN Y DE CONOCIMIENTO

Llamamos fuentes del Derecho<sup>69</sup>, en sentido estricto, a los diversos medios de creación de las normas jurídicas: *fuentes de producción*.

Las *fuentes de producción* equivalen a la voluntad del sujeto que dicta las reglas jurídicas, o al poder real que con facultad normativa creadora origina, elabora y establece el sistema legal<sup>70</sup>.

65 Para Rodríguez Ramos, el vocablo fuente: "*tiene un significado figurado común que es el de origen pero, por origen del Derecho Penal, pueden entenderse, en principio, dos cosas distintas aunque conexas*". Esas dos distinciones a que alude el autor citado son las *fuentes de la Ciencia del Derecho Penal* y las *fuentes del Derecho Penal*. Las primeras centran su atención en el conjunto de textos que bien pueden ser las normas penales y los documentos doctrinales en que se estudian y estructuran en forma sistemática las normas. Las segundas refieren tanto el origen del contenido de las normas penales (*fuentes materiales*) como el origen del instrumento a través del que se convierten en normas jurídicas (*fuentes formales*). RODRÍGUEZ RAMOS, Luis: "**Compendio de Derecho Penal**", Parte General, Trivium, Madrid, España, 1986, p. 31.

66 Entre las diferentes connotaciones del término fuente del derecho están: fuente de producción, fuente de cognición y fuente de elaboración. Así, HERNÁNDEZ VALLE, Rubén: "**Las Fuentes Normativas en Costa Rica**", Juricentro, San José, Costa Rica, 1989, p. 17.

67 En este sentido BERTRAND GALINDO, Francisco, et al: "Manual...", Op. Cit., p. 43.

68 FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan: "Derecho...", Op. Cit., p. 60.

69 La doctrina de las fuentes del Derecho Penal descansa en la teoría general de las fuentes del Derecho, aun cuando se estima que aquélla ofrece importantes peculiaridades que obligan a un examen detenido y particularizado de cada una de ellas. Así, POLAINO NAVARRETE, Miguel: "Dercho...", Op. Cit., p. 387 y 388

70 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: "Derecho...", Op. Cit., p. 68.

En un sentido amplio se habla de fuentes para designar los medios de conocimiento de un ordenamiento jurídico determinado: *fuentes de conocimiento*. Desde este punto de vista se trata de la manifestación misma de aquella voluntad y, por tanto, constituyen la forma como se expresa el Derecho Penal objetivo en la vida social, concretándose en los documentos por medio de los cuales se captan la existencia y el contenido de las normas jurídicas, tales como: Códigos, los textos de las diversas leyes, etc.

## 2. LAS FUENTES FORMALES Y MATERIALES

Entre las fuentes de producción se suele distinguir dos grupos, las *fuentes materiales* y las *fuentes formales*.

Se habla de *fuentes materiales* para designar los poderes sociales que imponen las normas jurídicas y, también los ámbitos culturales de los que éstas proceden (la ideología, en sus diversas manifestaciones, o los conocimientos científicos).

Se habla de *fuentes formales* para designar las diversas objetivaciones de los procedimientos reconocidos como válidos en el seno de cada ordenamiento para crear nuevas normas jurídicas (ley, costumbre, etc.).

El sentido más propio de la expresión "fuentes del Derecho" (y el único que aquí interesa) es su sentido formal.

### a. LAS FUENTES MEDIATAS E INMEDIATAS

Las fuentes formales<sup>71</sup> pueden ser *inmediatas*, si contienen en sí mismas la fuerza obligatoria, o *mediatas*, si reciben la fuerza obligatoria de una habilitación de otra fuente superior.

---

71 REYES ECHANDÍA, Alfonso: "Derecho...", Op. Cit., p. 48.

## **b. LAS FUENTES DIRECTAS E INDIRECTAS**

Se dividen las fuentes formales en *directas*, que producen por sí derecho, e *indirectas*, que producen derecho sólo en la medida en que contribuyen a esclarecer o determinar el contenido de las anteriores.

La existencia de una reserva sustancial y absoluta de ley determina que, en el orden penal, y con las salvedades que en su momento se verán, la ley sea la única fuente formal, inmediata y directa, capaz de producir válidamente normas incriminatorias o suprimirlas, sin que pueda habilitar para dicha tarea otras fuentes.

## **C. REFERENCIA AL PROBLEMA DE LAS FUENTES EXTRALEGALES DEL DERECHO PENAL**

En la presente exposición interesa exclusivamente determinar si, junto a la ley, existen otras fuentes *formales inmediatas y directas de producción* del Derecho Penal.

### **1. LAS SENTENCIAS DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL**

A la vista de la Constitución de la República de 1983 debe considerarse, en primer lugar, el carácter de fuente del Derecho Penal que pudiera corresponder a las sentencias de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia que declaren la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos.

Por una parte, el Art. 174 Cn, en lo pertinente, dispone:

*“La Corte Suprema de Justicia tendrá una Sala de lo Constitucional, a la cual corresponde conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos...”.*

Por otra parte, el Art. 183 Cn establece:

*“La Corte Suprema de Justicia por medio de la Sala de lo Constitucional será el único tribunal competente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, en su forma y contenido, de un modo general y obligatorio, y podrá hacerlo a petición de cualquier ciudadano”.*

Estas normas constitucionales se completan con las contenidas en los Arts. 10 y 11 de la Ley de Procedimientos Constitucionales que en lo pertinente dicen:

*“La sentencia definitiva no admitirá ningún recurso y será obligatoria de un modo general, para los órganos del Estado, para sus funcionarios y autoridades y para toda persona natural y jurídica. Si en la sentencia se declarar que en la ley, decreto o reglamento no existe la inconstitucionalidad alegada, ningún juez o funcionario podrá negarse a acatarla, amparándose en las facultades que conceden los artículos 185 y 235 de la Constitución”, el primero, y el segundo: “La sentencia definitiva se publicará en el Diario Oficial dentro de los quince días subsiguientes al de su pronunciamiento, para lo cual remitirá copia de la referida sentencia al Director de dicho periódico...”.*

Del complejo de las disposiciones citadas parece claro, pues, que es preciso otorgar a las sentencias de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia que declaren la inconstitucionalidad de las leyes el valor de fuente formal y directa del Derecho Penal aunque de carácter negativo. Pero, precisamente por esto último, es decir, por su función de “legislador negativo”, pudiera decirse que la Sala de lo Constitucional al declarar inconstitucional una ley no crea Derecho, sino que lo extingue.

## **2. LOS TRATADOS INTERNACIONALES**

Sobre la base de lo dispuesto en el inciso primero del Art. 144 Cn se establece:

*“Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de*

*la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de la Constitución”.*

Por tanto, los Tratados suscritos y ratificados “constituyen leyes de la República”, son fuente de Derecho en el ordenamiento jurídico salvadoreño.

La cuestión a dilucidar es la del rango que deba atribuírseles para, en consecuencia, determinar su capacidad de producir normas penales. En este punto hay dos aspectos a tocar:

En primer lugar, siguiendo el tenor literal de la primera parte del inciso segundo del Art. 144 Cn, es posible defender la tesis de que los Tratados Internacionales poseen rango superior a toda clase de leyes secundarias, pues en virtud de una ley de esta jerarquía, es decir, secundaria, no es posible “modificar o derogar lo acordado en un Tratado vigente”. Hállase así limitado el órgano legiferante por ese mandato constitucional a la atribución que le compete de reformar y derogar las leyes de esta índole, o sea, producto de un tratado, cosa que no ocurre con otro tipo de leyes. El tratado recorta así el ámbito operativo de la Asamblea Legislativa porque la Constitución ha decidido sustraerle ese ámbito de sus atribuciones, para hacer efectiva la obligación de respetar los compromisos internacionales. Debe, sin embargo, acotarse que esta limitación no procede del Tratado sino de la Constitución.

En segundo lugar, en caso de conflicto entre el Tratado y la ley, prevalece el Tratado.

Ahora bien, la aplicabilidad directa de los tratados plantea una segunda cuestión problemática. Es preciso distinguir entre los tratados directamente aplicables y los que no lo son. La aplicación directa del tratado no puede producirse en aquellos supuestos en que, por exigencia del propio tratado, corresponde al Órgano Legislativo o a la Administración del Estado adoptar las medidas necesarias en orden a su ejecución. Es difícil imaginar la celebración de tratados que establezcan normas incriminatorias directamente aplicables. Dado que la configuración de las infracciones penales y el

sistema de penas varía según los países. En cambio, sí puede suceder que un precepto penal se integre por referencia a normas contenidas en Tratados Internacionales<sup>72</sup> e, incluso, que un Tratado Internacional derogue directamente leyes punitivas.

### 3. LAS NORMAS CONSUECUDINARIAS

Dada la vigencia del principio de legalidad, la costumbre no es fuente formal, directa o inmediata del Derecho Penal y con base en ella no se pueden crear figuras delictivas, penas o medidas de seguridad; no obstante, la costumbre puede tener incidencia de manera indirecta o mediata, a través de la remisión que pueda hacer una norma de Derecho Penal a ella. En consecuencia, para delimitar el valor de la costumbre como fuente del Derecho Penal, es preciso distinguir sus diversas variedades: "*secundum legem*", "*praeter legem*" y "*contra legem*"<sup>73</sup>.

La costumbre "*secundum legem*" puede desempeñar un papel de integración o determinación de las normas penales. Ejemplo característico es el constituido por el Art. 362 CP (delito de Violación de las Leyes o Costumbres de Guerra), en el que se incrimina a quien durante una guerra internacional o civil, violare las leyes internacionales o "*costumbres de guerra*".

---

72 Puede citarse como ejemplo la diferencia que existe en el concepto de crimen organizado contenido en la Ley Contra el Crimen Organizado y Delitos de Realización Compleja y en la Convención de Palermo o Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional: la primera dice: "*Se considera crimen organizado aquella forma de delincuencia que se caracteriza por provenir de un grupo estructurado de dos o más personas, que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos*" (Art. 1 Inc. 2°); la segunda dispone: "*Por grupo delictivo organizado se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener directa o indirectamente, un beneficio económico y otro beneficio de orden material*" (Art. 2 letra a). Esta última aún no ha sido suscrita por El Salvador, pero se transcribe el concepto para que se noten las diferencias.

73 COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S.: "Derecho...", Op. Cit., p. 125.

La costumbre "*praeter legem*" desempeña un papel indiscutible como fuente de integración de las normas que contienen autorizaciones, en el Derecho Penal. Así, por ejemplo, la eximente número 1 del Art. 27 CP ("el que actúa u omite en cumplimiento de un deber legal o en el ejercicio legítimo de un derecho o de una actividad lícita) se integra mediante referencias al Derecho consuetudinario, puesto que en nuestro ordenamiento jurídico puede admitirse la existencia de derechos creados por la costumbre –que opera, en ese sentido, no como un desarrollo de una norma legal concreta, sino como complemento de la normativa legal–. Pese a ello, la viabilidad de esta variedad de la costumbre no parece posible pues la autorización debe estar contenida en la ley.

Por razones obvias, la costumbre *contra legem* no tiene operancia en el Derecho Penal.

#### 4. LA ANALOGÍA

El principio general de la aplicación analógica en la esfera del Derecho Penal es de signo negativo, dado que en este impera la prohibición de la analogía (Art. 1 Inc. 2° CP), tanto *creadora* de nuevos tipos penales como *ampliadora* de los límites de los tipos preexistentes y *agravatoria* de penas y medidas de seguridad<sup>74</sup>.

La analogía puede definirse como *la extensión de la ley a casos no previstos en ella, sobre la base de que el mismo criterio valorativo que fundamenta la regla legal les es aplicable*<sup>75</sup>. Analogía significa similitud, y similar es algo que sólo parcialmente se corresponde con el objeto comparado<sup>76</sup>.

---

74 POLAINO NAVARRETE, Miguel: "Derecho...", Op. Cit., p. 413.

75 COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S.: "Derecho...", Op. Cit., p. 126.

76 Así, STRATENWERTH, Günter: "Derecho...", Op., Cit., p. 38.

El razonamiento analógico discurre de lo particular a lo particular (de los casos previstos por la ley a los no previstos) y se apoya en la premisa implícita de que el criterio valorativo contenido en la ley despliega una eficacia que, más allá de los límites textuales, se extiende a la totalidad de los casos en que sea abstractamente aplicable.

Es preciso distinguir la analogía de la interpretación extensiva. Se ha dicho que la interpretación extensiva se limita a explicitar la idea de la ley que va más allá de su expresión literal, mientras que la analogía desarrolla la idea de la ley más allá de su sentido manifiesto.

Cuando se rebasa el tenor literal posible, cuando se aplica la ley a supuestos no contemplados implícitamente ni explícitamente en ella, se ha dejado atrás el ámbito de la interpretación extensiva para penetrar en el de la analogía.

Por otra parte, se distingue en la doctrina diversas especies de analogía<sup>77</sup>.

*Analogía legis* (analogía legal) cuya aplicación se extiende analógicamente uno o varios preceptos concretos; es decir, se obtiene acudiendo a otro precepto de la ley que regula el caso afín<sup>78</sup>.

*Analogía iuris* (analogía jurídica) que aplica al caso no previsto una regla extraída del espíritu y sistema del ordenamiento jurídico considerado en su conjunto<sup>79</sup>.

*Analogía in bonam partem* que extiende el ámbito de aplicación de las normas más favorables.

*Analogía in malam partem* que implica una ampliación de las normas desfavorables o restrictivas de derechos.

---

77 COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S.: "Derecho...", Op. Cit., Pgs. 126 y 127.

78 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: "La Ley...", Op. Cit., p. 123.

79 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: "La Ley...", Op. Cit., p. 123.

También se diferencia entre analogía en sentido estricto e interpretación analógica<sup>80</sup>. Esta existe allí donde la ley contiene cláusulas que la hacen aplicable a supuestos análogos a los expresamente mencionados en ella. Si hay un apoderamiento legal que permita la extensión analógica se hablará de *interpretación analógica*. Si ese apoderamiento falta, esto es, si el Juez recurre a la analogía por iniciativa propia y no por mandato de la ley, se hablará de *analogía en sentido estricto*. La distinción se fundamenta en la presencia o ausencia de un apoderamiento legal.

Bajo la vigencia del principio de legalidad, dadas las elementales funciones de garantía que éste cumple, la *analogía in malam partem*, es rechazada casi unánimemente por la doctrina penal. La *analogía in bonam partem* se estima permitida por la doctrina mayoritaria.

## VI. CLASIFICACIÓN DE LA LEYES PENALES

Las leyes penales pueden ser clasificadas según diversos criterios. Nosotros nos limitaremos a exponer algunos de ellos, haciendo una breve referencia a la problemática que pueden suscitar.

Una de las clasificaciones más acertadas es la elaborada por el maestro Luis Jiménez de Asúa<sup>81 19</sup>, quien las clasifica por su especialización, por la manera de determinar la descripción de las figuras delictivas, por la forma de establecer la sanción, por el lapso de su vigencia y por su constitucionalidad.

---

80 "Por interpretación analógica debe entenderse la interpretación de un precepto por otro que prevé caso análogo, cuando en el último aparece claro el sentido que en el primero está oscuro: con este entendimiento, se la considera como una forma de interpretación sistemática. Distinta de la interpretación analógica es la aplicación de la ley por analogía, que consiste en hacer aplicable la norma a un caso semejante, pero no comprendido en la letra ni en el pensamiento de la ley". Así, POLAINO NAVARRETE, Miguel: "Derecho...", Op. Cit., p. 416.

81 <sup>19</sup> JIMENEZ DE ASUA, Luis: "La Ley...", Op. Cit., Pgs. 93 y 94.

## A. POR SU ESPECIALIZACIÓN

Por su especialización, éstas se dividen en: a) *leyes penales comunes*, así por ejemplo, el Código Penal, vigente desde 1998, y, b) en *leyes Penales especiales*, comprendiendo bajo esta amplia denominación, no sólo las que particularmente definen delitos y establecen penas, como el Código de Justicia Militar, la Ley contra el Lavado de Dinero y de Activos, la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, la Ley Especial para Sancionar las Infracciones Aduaneras, etc., sino las de índole civil, política y administrativa que encierran infracciones y señalan una sanción penal.

## B. POR LA MANERA DE DETERMINAR LAS PENAS

Por la manera de determinar las penas, se clasifican en leyes penales con penas determinadas, relativamente indeterminadas e indeterminadas.

La norma penal puede estar determinada en forma absoluta. Es el caso de aquellas normas que fijan la especie y la medida de la pena; en estas leyes la tarea del juez, consiste únicamente en aplicar la regla al caso concreto. Algunos viejos Códigos, pertenecen a este primer grupo.

La norma puede también estar determinada relativamente. Es el caso de las normas que fijan la naturaleza de la pena, así como el mínimo y el máximo de su duración; en este caso el juez tiene atribución para establecer entre ambos extremos la medida de la misma. La mayoría de las legislaciones penales hoy en vigor suelen adoptar esta relativa indeterminación punitiva por la cual se faculta al juez para señalar el límite temporal de las penas, es decir, el monto de ellas entre límites mínimo y máximo que establece la ley para cada delito. Este último sistema es el que ha adoptado nuestro Código Penal vigente, Art. 62 Inc. 2º CP<sup>82</sup>

---

82 <sup>25</sup> “El tribunal fijará la medida de la pena que debe imponerse, sin pasar de los límites mínimo y máximo, establecidos por la ley para cada delito (...). Art. 62 inc. 2º CP.

una medida de seguridad por tiempo superior al que le hubiera correspondido al sujeto como pena por el hecho cometido, Art. 5 Inc. CP.

Existe también el caso de normas penales absolutamente indeterminadas: son aquellas en que un hecho es declarado punible y el juez esta facultado para determinar libremente la pena y aplicarla. Esto ocurre en ordenamientos jurídicos modernos; pero en ellos lo que se hace es únicamente fijar el máximo de la pena, de allí que éstos ordenamientos se incluyan en los Códigos con penas indeterminadas.

### C. POR LA MANERA DE DETERMINAR LA DESCRIPCIÓN DE LA FIGURAS DELICTIVAS

Por la manera de determinar la descripción de las figuras delictivas la norma penal puede ser completa o incompleta. Es completa cuando en ella se describe tanto el supuesto de hecho como la consecuencia jurídica. Se reitera que norma penal no es sinónimo de artículos del Código Penal, aunque en algunas ocasiones ambos coincidan<sup>83 20</sup>. Las normas penales "incompletas" o "dependientes" son aquellas que aclaran o completan un supuesto de hecho o una consecuencia jurídica que aparecen descritos en otra disposición. Por ejemplo: las causas que excluyen la responsabilidad penal (Art. 36 y Sgts. CP) en las que en ningún momento se hace referencia a un supuesto de hecho en concreto.

Existen, por otra parte, las llamadas "normas penales en blanco"<sup>84 22</sup>, las que, al igual que las normas incompletas, tienen por objeto el completar un supuesto de hecho o una consecuencia jurídica. Para ello se recurre a otros artículos del Código, o bien una norma jurídica extra-penal. Según el

---

83 <sup>20</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes: "Lecciones...", Op. Cit., p.20. Del mismo autor. "Introducción..." Op. Cit, p. 15.

84 <sup>22</sup> "Fue Carlos Binding quien puso por primera vez en circulación las expresiones leyes en blanco o leyes abiertas, para denominar aquellas leyes penales en las que está determinada la sanción pero no el precepto, que deberá ser definido por un reglamento o por una orden de autoridad y rara veces por una ley especial". JIMÉNEZ DE AZUA, Luis: "La Ley..." Op. Cit. p. 95.

profesor Francisco Muñoz Conde<sup>85 24</sup>, la razón por la que el legislador puede no incluir en una norma penal el correspondiente supuesto de hecho, consiste en que tal supuesto está estrechamente relacionado con otras ramas del ordenamiento jurídico, con finalidades y alcances diferentes a los de la norma penal; por ejemplo las leyes sanitarias a las que remite el Art. 272 y 278 CP.

#### D. POR EL LAPSO DE SU VIGENCIA

Por el lapso de su vigencia las leyes penales pueden ser permanentes, temporales u ocasionales. Se dice que una ley es *permanente* cuando al ser promulgada, no se especifica en su texto un plazo de vigencia. Es *temporal* cuando la ley fija y limita en su texto cuál será el período de su vigencia. Nuestro Código Penal contempla en su Art. 15 las leyes temporales. Existen también leyes *ocasionales* que se promulgan a consecuencia de hechos extraordinarios. Por ejemplo, una ley que rija durante una epidemia desatada en el país y se diferencia de las temporales, en que éstas tienen autonomía respecto de la circunstancia por la que se promulgan, mientras que las ocasionales no la tienen<sup>86 26</sup>.

#### E. POR SU CONSTITUCIONALIDAD

Por su Constitucionalidad, las leyes pueden ser: constitucionales, cuando su eficacia es plena y para todos los casos; o inconstitucionales, cuando van en contra de lo preceptuado en la Constitución de República. Ahora bien, la Constitución regula la inaplicabilidad de la ley en estos casos en su Art. 185; pero, además, prevé también un proceso por demanda de inconstitucionalidad en su Art. 183.

---

85 <sup>24</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes: "Lecciones...", Op. Cit., p.20..

86 <sup>26</sup> Las Leyes Ocasionales, son también Leyes Temporales, en la medida en que tienen limitada su vigencia, pero tal límite no se establece de manera fija, sino en relación al cese de las circunstancias en virtud de las cuales promulgan la ley.

## VII. CARACTERÍSTICAS DE LAS LEYES PENALES

Entre las principales características de la ley penal están<sup>87</sup>: ser exclusiva, obligatoria, ineludible, igualitaria y constitucional.

### A. EXCLUSIVA

En materia penal la característica de ser exclusiva viene dada en correspondencia con el principio de legalidad, puesto que sólo a través de la ley se pueden crear delitos y establecer sanciones.

### B. OBLIGATORIA

La ley tiene el carácter de ser obligatoria, ya que todos han de acatarla, Art. 140 Cn. En este punto tiene importancia aclarar quién es el destinatario de la leyes penales. La opinión más difundida es que se dirigen en general a los habitantes de un Estado. La norma obliga a todos los que habiten en el territorio del Estado sobre el que se ejerce la soberanía y la ley se destina a la autoridad, puesto que, aunque suene a paradoja, el delincuente más bien encauza su conducta en la ley que la vulnera.

### C. INELUDIBLE

Ser *ineludible o irrefragable*<sup>88</sup>, puesto que las leyes sólo se derogan por otras, Art. 142 Cn; y mientras dura su vigencia, se hace ineludible la aplicación de la misma.

---

87 JIMÉNEZ DE AZUA, Luis: "La Ley..." Op. Cit. p. 93. En igual sentido SOLER, Sebastián: "Derecho Penal Argentino", Tomo I, Tea, Buenos Aires, Argentina, 1983, Pgs. 120 y 121. PÉREZ PINZÓN, Álvaro Orlando: "Introducción...", Op. Cit., p. 85.

88 SOLER, Sebastián: "Derecho...", Op. Cit., p 121.

#### D. IGUALITARIA

La ley penal es *igualitaria*, ya que la Constitución en el Art. 3 proclama que “*Todas las personas son iguales ante la ley*”. Esto no obsta para que en la individualización de la sanción el Derecho penal debe adaptarse a la conducta concreta de cada individuo; es decir, la situación de igualdad no quiere decir identidad de sanciones entre personas diversas, sino más bien, que fuera de las relaciones del sujeto con la acción punible, y fuera de las circunstancias que determinan la individualización de la pena, ninguna otra situación personal puede fundar una diferencia en casos iguales<sup>89</sup>.

#### E. CONSTITUCIONAL

Ser constitucional, tanto en su forma como en su contenido. Dado que la ley inconstitucional excluye su aplicación *erga omnes*, Art. 185 Cn o se invalida *erga omnes*, Art. 183 Cn,

### VIII. LOS DESTINATARIOS DE LAS LEYES PENALES

Con este tema<sup>90</sup> se trata de precisar a quiénes se dirige la norma penal, esto es, si cobija a todos los ciudadanos que se encuentran en el territorio o sólo a un grupo; incluso, si comprende a quienes se encuentran por fuera del ámbito territorial, cuando se encuentren vinculados de alguna manera con éste. A decir verdad, la cuestión puede reducirse a responder dos preguntas básicas: en primer lugar, ¿a quién se dirige la norma penal?; y, en segunda instancia, ¿son destinatarios todos los habitantes o sólo una categoría de ellos? En torno a la primera pregunta se han conformado dos corrientes:

---

89 SOLER, Sebastián: “Derecho...”, Op. Cit., p 121.

90 Para una visión amplia sobre este punto: KAUFMANN, Armin: “Teoría...”, Op. Cit., Pgs. 161 a 174; también puede verse a DEL VECCHIO, Giorgio: “Filosofía...”, Op. Cit., p. 355.

Una imperativista, que distingue entre precepto y sanción, afirma que el precepto se dirige a todos los habitantes y la sanción al juez para que la aplique; de esta manera, la posición del ciudadano y la del juez son diferentes.

La otra corriente sostiene que la norma penal es unitaria y se dirige indistintamente tanto a los órganos del Estado como a los habitantes, máxime si se tiene en cuenta que el Derecho Penal se vale de la intimidación; sería ridículo, explican quienes abogan por esta postura, que el legislador para apartar del homicidio o del hurto a los mal inclinados dirigiese el mandato “no matarás” o “no hurtarás” al juez o a los policías, pues, como se sabe ellos intervienen sólo cuando el mandato de la ley encuentra sordo y renuente al súbdito que estaba obligado a observarlo.

En nuestra opinión, ambas posiciones miran el problema desde diversos puntos de vista, por lo cual consideramos que ambas posturas podrían conciliarse; sin embargo, parece evidente que la norma penal se dirige a todos los ciudadanos sin distingo de ninguna índole, esto es, a los capaces, mayores de edad, mentalmente enfermos, en estado de somnolencia, tengan o no la calidad de jueces o de policías.

En relación con la segunda pregunta, existen también dos corrientes:

Una, para la cual sólo son destinatarios de la norma –esto es, obligados a ella– los sujetos capaces, idóneos para recibir y observar el mandato o la prohibición; ello porque, según se postula, los incapaces no están obligados a observar el imperativo de la norma penal aunque sus acciones den lugar a una valoración objetiva, o “la norma sólo puede obligar a las personas que son capaces de cumplir con sus exigencias o de lesionarlas”. En síntesis, pues, a los incapaces no se les aplica la ley penal.

Otra postura, en cambio, cree que la norma se dirige tanto a capaces como a incapaces, a imputables como a inimputables, quienes se encuentran obligados indistintamente; incluso, se argumenta, “hasta el niño y el loco sienten la amenaza del castigo y la camisa de fuerza”<sup>91 98</sup>.

91 <sup>98</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich: “Tratado...”, Op. Cit., p. 320.

De las dos teorías vistas es preferible la segunda, dado que la obligación de acatar la norma vincula a todos los destinatarios, así algunos de ellos no se sientan obligados.

## MATERIALES PARA EL TRABAJO PRÁCTICO

### 1. Lecturas Seleccionadas

a) **LA LEY EN SENTIDO FORMAL Y MATERIAL.** “Como ya se ha insinuado, se hace imprescindible distinguir, dentro de la “razón de la ley”, que son los fines a la vista de los cuales ha sido expedida o los efectos sociales que con su expedición quiere provocar o evitar el legislador, en primer lugar, una “*ratio legis* formal”, que es el fin “inmediato” que se desprende de la expedición de la ley y se infiere de su texto. Cualquier norma posee necesariamente un “fin”, pues de lo contrario sería una torpeza. Pero el “fin formal” lo constituye la propia ley y atenerse a él es, por tanto, otorgarle omnipresencia a ésta. Por esto se requiere, en segundo término, avanzar hacia el “fin material”, o sea el contenido social del fin de protección de la norma penal, que constitucionalmente no puede sino consistir en la tutela de bienes jurídicos sociales fundamentales. Esta es la “*ratio legis* material”, verdadera razón de ser de la norma y de sus fines formales positivos. Es por esto por lo que el bien jurídico se convierte en el primordial derrotero y delimitador de la interpretación del texto legal”. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan: “**Derecho Penal Fundamental**”, segunda edición, Volumen II, Teoría General del Delito y Punibilidad, Temis, Bogotá, Colombia, 1989, Pgs. 52 y 53.

b) **CONCEPTO DE NORMA JURÍDICA Y DE NORMA JURÍDICOPENAL.** “Dejando al margen su sentido etimológico de medida, módulo o baremo, la norma es una regla, disposición o regulación de algo –es decir, un factor de ordenación y delimitación de posiciones, ámbitos y relaciones entre sujetos u objetos–; en el caso de las normas jurídicas, éstas ordenan y regula, esto es,

prescriben cómo deben o pueden ser las distintas relaciones interhumanas y situaciones de la vida social. Respecto de las normas jurídicas en general se discute si sólo consisten en imperativos o, en su caso, en autorizaciones de comportamientos, o si también pueden consistir en ordenación, valoración y, en su caso, asignación de consecuencias a situaciones, estados, relaciones o acontecimientos; del mismo modo, en cuanto a la norma jurídicopenal se discute si es norma de determinación de conductas –mandatos o prohibición– o norma de valoración (no sólo de acciones, sino también de resultados o situaciones). La respuesta podría ser para la norma penal distinta que para la norma jurídica en general. Pero en cualquier caso, para no prejuzgar por ahora esa cuestión, es preferible no hablar de la norma como regla de conducta, sino en general, como regla, disposición o regulación, sin más precisiones. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: “Curso de Derecho Penal”, Parte General, Volumen I, Hispamer, Colombia, 1995. p. 49.

**c) PRINCIPIO DE CONOCIMIENTO DE LA LEY.** “Realizada la promulgación, la ley se reputa (presume, supone o finge) conocida por todos los asociados. La ley impromulgada no surte esta suposición, pero si ha sido publicada puede en el caso concreto probarse su conocimiento, lo cual solo reviste interés cuando la propia ley ha dispuesto su vigencia para un momento anterior a la promulgación, p. e., desde la sanción, la expedición o publicación. Ahora bien, esa presunción reviste hoy dos características esenciales: primera, se trata de una presunción meramente legal que, por lo mismo, admite prueba en contrario (relevancia de la ignorancia y el error), y, segunda, no se presume en realidad el conocimiento efectivo de la ley por parte de los ciudadanos, sino la oportunidad de que necesariamente han disfrutado para conocerla (conocimiento potencial de la ilegalidad de un acto, posibilidad de dolo eventual en ese conocimiento, etc.). En tiempos anteriores (que ni siquiera pueden llamarse todavía antiguos o primitivos), esa presunción era de derecho (no admitía prueba en contrario) y sobre ella se apoyaba la irrelevancia de la ignorancia y el error de derecho, conocida por medio del aforismo *error iuris nocet* (el error de derecho perjudica),

que entre nosotros suele expresarse como el “principio” de que la ignorancia de la ley no sirve de excusa”. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan: “**Derecho Penal Fundamental**”, segunda edición, Volumen II, Teoría General del Delito y Punibilidad, Temis, Bogotá, Colombia, 1989, Pgs. 73 y 74.

**d) ESTRUCTURA LÓGICA DE LA NORMA PENAL.** “La delimitación de la estructura de las normas jurídicas presupone una determinación del sentido del lenguaje normativo (del que son una especie particularmente relevante). Pues bien: tal determinación ha de comenzar distinguiendo entre la *forma* y el *uso* del lenguaje –para expresar en términos actuales una idea expuesta por Bobbio–. Una proposición normativa es una proposición de “deber ser”, en tanto que una proposición declarativa es una proposición de “ser”. Pero el *uso* del lenguaje ordinario, en el que se hallan formuladas las proposiciones jurídicas, permite emplear la *forma gramatical* declarativa para expresar proposiciones normativas. Así, vgr. el Código penal, en el artículo [128] dispone que “el que matare a otro será sancionado con prisión de diez a veinte años”. Con ello no quiere decir que el que mate a otro vaya a ser efectiva o probablemente castigado con dicha pena, sino que “debe” serlo. La apariencia gramatical declarativa encubre un juicio normativo. De ese primer juicio normativo *explícito* (“el que matare a otro deberá ser castigado con prisión de diez a veinte años”) que conecta a la realización del presupuesto una consecuencia jurídica gravosa, se deduce, como contenido implícitamente en él, un segundo juicio normativo según el cual el presupuesto no debió haberse realizado (“no se *debe* matar”). La norma jurídica completa incluye estos dos juicios normativos: el juicio normativo implícito, que establece una determinada regla de conducta y el *juicio normativo explícito* en la ley que, en el caso de las normas incriminadoras, sanciona con un castigo la violación de esa regla. El primero de dichos juicios recibe el nombre de norma primaria (o precepto) y el segundo de norma secundaria (o sanción). Pero no debe incurrirse en el error de contemplarlos como dos realidades normativas

independientes: la norma primaria y la secundaria constituyen sólo dos aspectos de una totalidad normativa única". VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: "**Derecho Penal**", Parte General, Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1994, p. 78.

## 2. Cuestionario

- a) ¿Qué entiende por norma penal?
- b) ¿En qué consisten las normas penales incompletas?
- c) ¿Señale la diferencia entre una norma penal incompleta y una norma penal en blanco?
- d) ¿Explique cuál es el verdadero problema que presentan las leyes penales en blanco?
- e) ¿Cuál es la diferencia entre un supuesto de hecho de un delito y el de una falta penal?

## 3. Actividades Prácticas

- a) Analice el Artículos 210 CP y reconstruya todas las posibilidades hipotéticas de realización de ese delito.
- b) Realice un cuadro sinóptico de las distintas fuentes del Derecho Penal.
- c) Indagar la existencia de algunas sentencias en que: I) la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia haya declarado la inconstitucionalidad de una ley penal; II) Algún tribunal con competencia penal haya declarado inaplicable una norma por considerarla inconstitucional.

## 4. Temas para Discusión

- a) ¿Cuál es la diferencia entre ley y norma penal?
- b) ¿A quiénes se dirige la norma penal?
- c) ¿Son destinatarios de la norma penal todos los coasociados o sólo una categoría de ellos?

- d) ¿Tienen alguna prioridad las distintas fuentes indirectas del Derecho Penal?

### 5. Cápsulas de Jurisprudencia

**a) VOCABLO «LEY».** *«El vocablo «ley», en el Art. 8 Cn., no es igual a decreto legislativo, sino a disposición jurídica emanada de los órganos estatales o entes públicos investidos de potestades normativas reconocidas por la Constitución, y que, en esa connotación, el concepto desempeña una importante función en cuanto implica la exigencia que toda actuación de los poderes públicos esté basada en una disposición jurídica previamente promulgada. Aunque sí podría exigirse ley emanada de la Asamblea Legislativa cuando se trate de un mandato o de una prohibición que conlleve una limitación a un derecho fundamental. Entender que la ley en sentido formal es la única fuente de regulación de todos los ámbitos de la vida normada, implica exigir una profusión legislativa que va detrimento de las potestades normativas que la misma Constitución reconoce a otros órganos estatales o entes públicos. El vocablo «ley» o «ley especial» no es igual a decreto legislativo o decreto legislativo especial, sino a disposición jurídica emanada de los órganos estatales o entes públicos investidos de potestades normativas reconocidas por la Constitución, y que, en esa connotación, el concepto desempeña una importante función en cuanto implica la exigencia que toda actuación de los órganos estatales y entes públicos esté basada en una disposición jurídica previamente promulgada».* (Sentencia de Inconstitucionalidad, Ref. 30-96/10-97/10-99/29-2001 de fecha viernes 15 de marzo de 2002).

**b) ASAMBLEA LEGISLATIVA: POTESTAD NORMATIVA.** *«La preferencia hacia la ley en sentido formal para ser el instrumento normativo de ciertas materias, proviene del plus de legitimación que posee la asamblea legislativa por sobre el resto de órganos estatales y entes públicos con potestad normativa, por recoger y representar la voluntad general».* (Sentencia de Inconstitucionalidad, Ref. 19-98 de fecha martes 26 de febrero de 2002).

**c) PARÁMETROS PARA LA CREACIÓN DE NORMAS.** *«El legislador tiene frente a la Constitución una relación compleja, ya que es tanto de libertad material -Arts 121 y 131 Ord. 5º Cn.- como de subordinación -- Art. 235 Cn.-: si bien puede concretar como mejor cree conveniente, en dicha concreción no puede desbordar la Constitución, pues esta informa todo el ordenamiento jurídico. En este sentido, el legislador, dentro de su actividad constitucional típica -legislar-, tiene amplia discrecionalidad para crear normas, pero debe tener como marco de referencia los parámetros materiales y procesales constitucionalmente establecidos, puesto que su facultad legislativa material no es ilimitada, es más bien una facultad libre pero dentro del marco constitucional y, por ende, controlable. Y es que, los órganos estatales que configuran la política estatal actúan con un amplio margen funcional dentro de las respectivas competencias fijadas por la Constitución, y bajo su responsabilidad política, que se hace efectiva ante el electorado en los comicios, pero con la limitación resultante del ámbito en que ejercen y son protegidos los derechos fundamentales; lo que implica que no pueden actuar arbitraria u opresivamente, violando los derechos y garantías constitucionales y, en general, cualquier norma establecida por la Constitución. En conclusión, mientras el legislador se mantenga dentro de los límites de su autoridad definida por la Constitución y dentro del contenido explícito o implícito de aquélla, sin violar los derechos asegurados por la Ley Suprema, queda librado de cualquier consideración al respecto, pues en este supuesto rige al máximo su libertad de configuración reconocida también constitucionalmente».* (Sentencia de Inconstitucionalita, Ref. 1-98 de fecha martes 19 de febrero de 2002).

**d) PRESUNCIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES.** *«La presunción de constitucionalidad de las leyes sólo puede significar que el cumplimiento de las leyes no puede estar condicionado a un previo pronunciamiento jurisdiccional que determine que las mismas son conformes con la Ley Suprema, sino que deben acatarse desde su entrada en*

vigencia sin esperar una previa autorización jurisdiccional; sin embargo, ello no obsta para que los Magistrados y Jueces ejerzan el control difuso de constitucionalidad de las disposiciones del ordenamiento -máxime en los casos de la normativa preconstitucional-, o que los funcionarios a quienes se refiere el Art. 235 Cn. cumplan con su protesta de atenerse al contenido de la Constitución cualquiera sea el contenido de las disposiciones generales u órdenes concretas que la contraríen, mecanismo de control entre los cuales se incluye la derogación genérica del Art. 249 Cn. Lo anterior conduce a afirmar que el control de constitucionalidad realizado por esta Sala sobre la normativa preconstitucional sólo obedece a razones de seguridad jurídica: la sentencia de fondo en dicho proceso declarativo no produce la invalidación de la disposición o cuerpo normativo objeto de control, sino que se limita a declarar el choque con la normativa constitucional, constatando de un modo general y obligatorio, la derogación producida por el Art. 249 Cn. el 20-XII-1983». (Sentencia de Inconstitucionalidad, Ref. 9-97 de fecha viernes 15 de febrero de 2002).

**e) SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL.** «En cuanto a las características principales de la constitución, es necesario referirse a la supremacía, diciendo que ella tiene fundamento en el concepto mismo de Constitución, entendida ésta como la expresión jurídica del consenso de valores que interesan a una comunidad estatal para lograr una convivencia justa, segura y democrática, que encuentra arraigo, precisamente, en el mínimo de los aspectos fundamentales que aquélla -la comunidad- ha encontrado acuerdo social. Ahora bien, la supremacía de las normas constitucionales puede abordarse desde una doble perspectiva: (a) la formal, afincada en el entendimiento que el ordenamiento jurídico es un sistema, cuyas disposiciones se encuentran estructuradas sobre la base de relaciones de jerarquía y fuerza jurídica; (b) la material, que encuentra asidero en que, por ser Constitución expresión del consenso de valores de la comunidad estatal, las restantes normas del ordenamiento jurídico deben ajustarse a los patrones establecidos por el

*constituyente en el cuerpo normativo fundamental y fundamentador. Desde las perspectivas dichas, y profundizando respecto de la primera de ellas, puede advertirse la supremacía formal de la Constitución, desde el punto de vista jerárquico, en el hecho que es ella la que atribuye a determinados sujetos la competencia de producción normativa, establece los procedimientos básicos para el ejercicio de tales competencias y determina las principales materias en que pueden ejercerse. Además, es necesario señalar al respecto, que son las normas constitucionales las dotadas de mayor fuerza jurídica, tanto activa como pasiva, debiendo entenderse la primera como capacidad de intervenir en el ordenamiento jurídico creando Derecho o modificando el existente, y la segunda, como la resistencia frente a las modificaciones originadas en disposiciones de inferior rango; es decir, son las normas contenidas en la Constitución las que inciden en mayor medida sobre el ordenamiento jurídico, dando lugar a derogaciones tácitas o expresas, a la posibilidad de inaplicación de aquellas inferiores que las contraríen y a la expulsión de las que, previamente sometidas a control concentrado de constitucionalidad, hayan resultado disconforme -fuerza activa-; y además, son esas mismas normas contenidas en la Constitución las que no pueden verse modificadas o derogadas en manera alguna por la creación o variación del resto del ordenamiento jurídico -fuerza pasiva-, que por lo mismo resulta inferior a ella. La supremacía material de la Constitución tiene asidero en el hecho que la misma es la expresión de los cánones ético-jurídico sobre los cuales la comunidad ha logrado encontrar un cierto grado de consenso tal- que los ha plasmado en el cuerpo normativo rector de la organización y funcionamiento del Estado, de tal manera que, conlleva la mayor legitimidad, entendida ésta como la mayor o menor escala de aceptación que una norma puede tener entre los sujetos a quienes está destinada, dentro del ordenamiento jurídico, y, por ende, la mayor carga de penetración en el aspecto Psicológico de aquellos a quienes les corresponde cumplirla, por un lado, y hacerla cumplir, por otro, lo que obviamente incide en el grado de eficacia que tiene en la realidad normada. Por lo antes dicho, y dado que precisamente la Constitución*

representa el momento originario del Estado, valga decir, el punto a partir del cual se establece la orientación que han de seguir los sujetos encargados de ejercer el poder por ella conferido, cualquier expresión de los poderes constituidos que contrarie el contenido que mediante la misma se ha establecido, es susceptible de invalidación, independiente de su naturaleza concreta o abstracta, pues se estaría dictando en contra de los parámetros básicos establecidos por la comunidad para alcanzar el ideal de convivencia trazado en la norma fundamental». (Sentencia de Inconstitucionalidad ref. 18-2001 de fecha 14/10/2003).

**f) CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.** «El control de constitucionalidad realizado por la Sala se desarrolla dinámicamente en forma de un proceso cuya finalidad es decidir sobre la pretensión de inconstitucionalidad planteada por un ciudadano, para emitir consecuentemente un pronunciamiento de invalidación, de un modo general y obligatorio, de las disposiciones infraconstitucionales que resulten incompatibles con la Ley Suprema; en tal sentido, el proceso de inconstitucionalidad versa sobre la compatibilidad lógico-jurídica entre el objeto de control y las disposiciones constitucionales propuestas como parámetro de control, a fin de que la primera se expulse del ordenamiento jurídico, de resultar contraria a la segunda. En ese sentido, es necesario recalcar que en el ordenamiento jurídico salvadoreño, los procesos constitucionales persiguen en esencia un pronunciamiento estrictamente objetivo sobre la legitimidad constitucional de las disposiciones infraconstitucionales, que efectivamente surten efectos jurídicos. Lo anterior obedece principalmente al adecuado establecimiento de la confrontación internormativa, en el entendido que la parte actora debe delimitar de manera precisa la contradicción advertida entre la Constitución y la disposición o cuerpo normativo impugnado; en ese sentido, la delimitación del objeto de control en un proceso de inconstitucionalidad debe ser complementada con la identificación del mismo y la acreditación de su vigencia». (Sentencia de Inconstitucionalidad ref. 30-2003 de fecha 04/09/2003).

**g) PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD.** *«El proceso de inconstitucionalidad tiene por finalidad dilucidar la confrontación, internormativa que se plantea entre el objeto y el parámetro de control, y en caso de verificarse tal contradicción expulsar del ordenamiento jurídico al primero de ellos. En ese sentido, la imputación de inconstitucionalidad debe, necesariamente, ser congruente con la normativa constitucional propuesta como parámetro de control; pero, además, se debe evidenciar la contradicción advertida por el actor; pues de lo contrario, el fundamento material no constituye sustento suficiente para emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la pretensión».* (Sentencia de Inconstitucionalidad ref. 39-2003 de fecha 19/11/2003).

**h) TIPOS PENALES EN BLANCO.** *«Según la dogmática penal, la estructura de las normas penales en blanco se compone de dos partes: la definición del supuesto de hecho punible y el establecimiento de la consecuencia jurídica o la sanción. Se dice que nos encontramos ante una ley penal en blanco cuando parte de esta estructura no se contiene en la propia ley penal, sino que ésta se remite a una norma distinta. Ley penal en blanco es todo precepto definidor de un delito que deje la determinación de alguna parte específica del supuesto de hecho a cargo de otras leyes, reglamentos o actos administrativos. No pueden considerarse leyes penales en blanco aquellos preceptos que no describen ningún hecho punible».* (Sentencia 33/02 de las 10:30 horas del día 31/3/2004).

## CAPÍTULO SEGUNDO

### LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL

#### I. INTRODUCCIÓN

Las normas penales no consisten en un puro «recetario» o en meras «fórmulas» que simplemente se apliquen al caso concreto<sup>1</sup>. Por el contrario, las normas penales, antes de poderlas aplicar a un caso específico, al igual que las normas constitucionales, civiles, mercantiles, familiares, laborales, etc., necesitan ser interpretadas fijando el alcance de los textos en que se hallan formuladas<sup>2</sup>.

La necesidad de la interpretación de la ley no es un problema que dependa de si el texto es "poco claro", "oscuro" o "contradictorio"<sup>3</sup>; sería un error aceptar que sólo en esos casos los textos jurídicos necesitan ser interpretados. Si ese fuera el meollo del asunto, bastaría con que esos "defectos" pudieran definitivamente remediarse por medio de una reforma en la cual se hiciera una redacción más precisa en lo posible; pero, es que, pese a que se realizara ese remedio, siempre seguiría existiendo la necesidad de interpretar el texto corregido. Pues, como veremos, todos los textos

---

1 CUELLO CONTRERAS, Joaquín: "El Derecho Penal Español", Curso de Iniciación, Parte General, Volumen I, Nociones Introductorias, Primera Edición, Civitas, Madrid, España, 1993, p. 177.

2 Así, COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S.: "Derecho Penal", Parte General; 3ª edición corregida y actualizada, Tirant lo blanch, Valencia, España, 1991, p. 91. En igual sentido, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: "Derecho Penal", Parte General, Temis, Santa Fe de Bogotá – Colombia, 1994, p. 103.

3 Véase sobre estos términos los Art. 19 al 24 del Capítulo IV, Interpretación de la Ley, del Título Preliminar del Código Civil.

jurídicos, en principio, son susceptibles de interpretación. Pues, la necesidad de interpretación surge de la abstracción de la ley y de la necesidad de poder subsumir dentro de ella situaciones concretas de aplicabilidad<sup>4</sup>.

Al hilo de esas ideas es que el intérprete –tribunales de justicia, doctrina científica– tienen que realizar un esfuerzo encaminado a demostrar que la ley –regla general– debe ser aplicada al caso –situación concreta– que se cuestiona.

Ahora bien, en el tema de la interpretación en materia penal, cabe mencionar dos aspectos importantes:

a) En primer lugar, que la interpretación de las normas penales se nutre de los mismos criterios tradicionales de interpretación de la Teoría General del Derecho<sup>5</sup>; por ello aquí basta con exponer algunas nociones básicas a manera de repaso de esos criterios y únicamente destacar las peculiaridades que en su caso se presentan en la interpretación de las leyes penales<sup>6</sup>; y,

b) En segundo lugar, hay que tener en cuenta que de la teoría de la interpretación se han generado muchas discusiones y las concepciones en torno a ella varían según la posición que se asuma respecto del Derecho Penal.

Sobre esa base, en este apartado se plantean de manera precisa los temas generales de esta parcela del saber jurídico, procurando seguir la forma sistemática en que son tratados por la mayoría de la doctrina en la rama penal. Así, por ejemplo: nos ocupamos del concepto de interpretación, sus clases, los métodos que se emplean, los resultados que se obtienen y los

---

4 BUSTOS RAMÍREZ, Juan: **"Manual de Derecho Penal"**, Parte General, 3ª edición aumentada, corregida y puesta al día, Ariel, Barcelona, España, 1989, p. 77.

5 La Teoría del Derecho es sólo una de varias ciencias diferentes que se ocupan del Derecho. Para citar sólo las más importantes, además de la que ya hemos mencionado están: la Filosofía del Derecho, la Sociología del Derecho, la Historia del Derecho, la Jurisprudencia o Dogmática Jurídica. Cfr. LARENZ, Karl: **"Metodología de la Ciencia del Derecho"**, Segunda Edición, traducción de Marcelino Rodríguez Molinero, Editorial Ariel, Barcelona-Caracas-México, 1980, p. 177.

6 CERZO MIR, José: **"Curso de Derecho Penal Español"**, Parte General I, Introducción. Teoría Jurídica del Delito/1, Tercera Edición, actualizada y considerablemente ampliada, Tecnos, Madrid, España, 1993, p. 59.

principios que la rigen, etc., de tal manera que con esas nociones se puedan sentar los fundamentos necesarios para emprender la tarea interpretativa del orden jurídico penal. Sin embargo, antes del estudio de esos aspectos, hemos considerado conveniente realizar una breve incursión sobre la polivalencia del vocablo interpretación y de las principales teorías que existen en torno a este instituto.

## II. ASPECTOS BÁSICOS DE LA INTERPRETACIÓN

### A. ETIMOLOGÍA Y POLIVALENCIA DEL VOCABLO INTERPRETACIÓN

Interpretación deriva del latín "*interpretatio-onis*" y significa "acción o efecto de interpretar" y este verbo viene de "*interpretar*" y entre otras acepciones, quiere decir: "explicar o declarar el sentido de una cosa, y principalmente el de textos faltos de claridad". Comencemos por decir que el vocablo "*interpretación*"<sup>7</sup> es polivalente, de él es posible distinguir por lo menos tres acepciones<sup>8</sup>:

La primera acepción es estrictamente conceptual del discurso jurídico, en ésta la interpretación equivale a *describir* el significado de una disposición, o a *desentrañar* su sentido para *descubrir* su alcance.

La segunda acepción entiende la interpretación como *actividad* cognitiva de naturaleza instrumental, y en consecuencia, como un proceso complejo de operaciones intelectuales encaminadas a individualizar el significado de la norma por aplicar <sup>9</sup>.

7 Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, Tomo II, vigésima segunda edición. Espasa, Madrid, España, 2001, p. 1293.

8 En esa línea de ideas, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: "Derecho...", Op. Cit., p. 104.

9 "*La tarea interpretativa además de estar sometida a un método o camino requiere de ciertas exigencias del sujeto que lo recorre. Es que aquella labor (...) es siempre una deliberación ordenada a la elección, y ésta según el Estagirita es una forma especial de investigación*". VIGO, Rodolfo L.: "**Interpretación Jurídica**" (Del Modelo Iuspositivista Legalista Decimonónico a las Nuevas Perspectivas), Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, S. M. D, Pgs. 94 y 95.

La tercera acepción, se refiere al *resultado* obtenido a través de la actividad interpretativa, con ella se asume a la posición del intérprete.

## B. PRINCIPALES TEORÍAS DE LA INTERPRETACIÓN

En la doctrina hay acuerdo unánime en que el objeto de la interpretación son las leyes<sup>10</sup>. El objeto de la interpretación es el texto legal como "portador" del sentido en él depositado, de cuya comprensión se trata en la interpretación<sup>11</sup>. Sin embargo, quien piense que con ello está descrito el objeto de forma absoluta, comete un craso error. Precisamente el problema del objeto de interpretación es origen de controversias en la Ciencia del Derecho<sup>12</sup>. Por ello en este punto, conviene plantearnos el siguiente interrogante ¿En la interpretación de la ley debe atenderse a la voluntad del legislador histórico o a la voluntad de la ley en su sentido objetivo actual o a una solución en el terreno medio?

Cualquiera que sea la respuesta que intentemos nos lleva a una de las polémicas más famosas en la metodología jurídica por las cuales se enfrentan dos importantes teorías<sup>13</sup>, a saber: (1ª) la *teoría subjetiva de la interpretación* y (2ª) la *teoría objetiva de la interpretación*<sup>14</sup>. Pero, hay que agregar que, en la actualidad, dadas las discrepancias entre estas teorías se perfila una (3ª) posición doctrinal que pretende encontrar la solución correcta

---

10 LEGAZ Y LACAMBRA, Luis: "**Filosofía del Derecho**", Tercera edición revisada y aumentada, Bosch, Barcelona, España, 1972, p. 560.

11 LARENZ, Karl: "Metodología...", Op. Cit., p. 309.

12 POLAINO NAVARRETE, Miguel: "**Derecho Penal**", Fundamentos Científicos del Derecho Penal, Tomo I, Bosch, Barcelona, España, 1996, p. 425.

13 CUELLO CONTRERAS, Joaquín: "El Derecho...", Op. Cit., p. 195.

14 "*El problema de la interpretación ha sido ampliamente discutido, no pudiendo afirmarse que por el momento hayan logrado una victoria definitiva ni las teorías subjetivas, que orientan la interpretación hacia la intención, los motivos y las representaciones del legislador, ni las teorías objetivas o impersonales de la ley. Únicamente cabe constatar que el método de interpretación subjetiva, que durante el siglo pasado había sido reputado dominante en la praxis, precisamente, en el transcurso del presente siglo ha perdido paulatinamente predominio, de tal modo que ambas teorías contrapuestas han alcanzado un auge similar en la actualidad*". En tal sentido: POLAINO NAVARRETE, Miguel: "Derecho...", Op. Cit., Pgs. 425 y 426.

en el término medio, esto es, considerando que los límites de la interpretación en el Derecho Penal deben estar basados en los puntos aceptables que presentan cada una de ellas, de lo cual resulta que el marco de movilidad del intérprete está, siempre y de manera inevitable, delimitado por el *sentido literal posible del lenguaje corriente* del texto de la ley<sup>15</sup>, y dentro de él es que el intérprete ha de considerar la concepción del legislador histórico, el contexto sistemático y el fin de la ley<sup>16</sup>.

La existencia, en principio, de las dos primeras teorías de la interpretación –subjetiva y objetiva– quiere decir que la labor interpretativa encuentra discrepancias en el punto de referencia para la determinación del sentido de las leyes, según se defienda en la interpretación una *teoría subjetiva*, que pregunta por la voluntad del legislador histórico que redactó el precepto (*voluntas legislatoris*) o por el contrario una *teoría objetiva*, en la que el intérprete ha de preguntarse cuál es la voluntad o sentido objetivo de la propia ley en el momento actual (*voluntas legis*)<sup>17</sup>. Por consiguiente, para que podamos asumir una postura, cuando intentemos realizar la determinación del sentido de un texto legal<sup>18</sup>, pasemos a explicar brevemente en qué consiste cada una de ellas, así como a señalar las ventajas y desventajas que presentan.

---

15 Sobre el enfoque de esta postura intermedia puede consultarse a ROXIN, Claus: “**Derecho Penal**”, Parte General, Tomo I, Traducción de la 2ª edición alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, España, 1997, Pgs. 147 a 156. Al respecto Larenz habla del “sentido normativo de la ley” y en este punto sostiene que: “*El “sentido normativo de la ley” no excluye sino que incluye esta relación de tensión; ésta, por tanto, siempre referido también a la voluntad del legislador*”. LARENZ, Karl: “Metodología...”, Op. Cit., p. 315.

16 ROXIN, Claus: “Derecho...”, Op. Cit., p. 149.

17 Así, LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: “**Curso de Derecho Penal**”, Parte General, Tomo I, Editorial Hispaner, S. M. D., 1995, p. 162.

18 Indica VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ “*para precisar el sentido del texto legal, debe tomarse partido frente a la tradicional disputa doctrinaria entre quienes afirman que para lograr tal cometido debe acudir al significado objetivo de aquel (teoría objetiva) y quienes postulan que debe indagarse la voluntad histórico-sociológica del legislador (teoría subjetiva)*”. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: “Derecho...”, Op. Cit., Pgs. 104 y 105.

## 1. LA TEORÍA SUBJETIVA DE LA INTERPRETACIÓN

La teoría subjetiva de la interpretación –que también recibe la denominación de “*teoría de la voluntad*” porque atiende la voluntad del legislador<sup>19</sup>–, está en la actualidad prácticamente abandonada. Citamos únicamente dos de las más significativas razones que han motivado tal abandono:

a) De una parte, porque existe una dificultad inherente a la determinación de cuál es verdaderamente la voluntad del legislador, pues los órganos legislativos son colegiados; y,

b) De otra, por los inadecuados resultados a los que conduce tal procedimiento interpretativo, pues el texto de la ley se refiere a un contexto que no permanece inalterable, sino que cambia constantemente: esos cambios en el contexto alteran el sentido del texto. Explica Wessels que “La forma en que el legislador histórico ha entendido originariamente el concepto que necesita ser interpretado (teoría subjetiva), no interesa si la situación se ha modificado, puesto que para el juez no es obligatoria la “voluntad del legislador”, sino la “voluntad objetiva de la ley”<sup>20</sup>.

## 2. LA TEORÍA OBJETIVA DE LA INTERPRETACIÓN

Expresa Larenz<sup>21</sup>, que: “La teoría ‘objetiva’ de la interpretación fue expuesta en los años 1885 y 1886 casi al mismo tiempo por tres de los científicos del Derecho más importantes de la época, a saber: Binding, Whach y Kohler”. Agrega: “La teoría ‘objetiva’ no sólo afirma que la ley, una vez promulgada, lo mismo que cualquier palabra hablada o escrita, *puede* adoptar para otros un significado en el que su autor no había pensado –esto sería una perogrullada–, sino que, además de ello, que el *juridicamente*

19 LARENZ, Karl: “Metodología...”, Op. Cit., p. 312.

20 WESSELS, Johannes: “**Derecho Penal**”, Parte General. Traducción de la 6ª edición alemana de 1976 por Dr. Conrado A. Finzi, Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1980, p. 14.

21 LARENZ, Karl: “Metodología...”, Op. Cit., p. 53.

decisivo no es el significado tenido en cuenta por el autor, sino el significado "objetivo", inmanente a la ley, que ha de ser averiguado con independencia de aquél".

La teoría objetiva de la interpretación –que también recibe la denominación de "teoría de la interpretación inmanente a la ley" porque atiende al significado objetivo del texto<sup>22</sup>–, es hoy absolutamente dominante en materia de interpretación<sup>23</sup>. Abonan a su aceptación diversas justificaciones que tienen una incidencia práctica, entre ellas, están:

a) Porque cuando "el legislador" es realmente algo plural (pre-legisladores o autores de un proyecto, Ministerio y Gobierno que lo impulsó, diversos diputados y grupos de diputados e incluso diversos diputados que intervinieron en su aprobación), cada uno de los componentes del "legislador" pudo tener una idea o finalidad diferente, con lo que muy frecuentemente es prácticamente inviable hablar de una voluntas *legislatoris* o *mens legislatoris*;

b) Porque el sentido de la ley, una vez aprobada, se independiza de lo que pensara el legislador, que además puede haberse equivocado en las palabras utilizadas para formular su idea;

c) Porque la teoría objetiva permite una adaptación de la ley a las nuevas circunstancias sociales, económicas, políticas, jurídicas, etc., de un momento histórico con independencia de su origen o idea inicial, en consonancia con los principios, características y objetivos que en ese momento tiene el resto del Derecho o de esa rama del Derecho;

d) Porque es más útil para dirimir la cuestión de si los defectos del texto legal pueden ser corregidos por la vía de interpretación. Si lo que se pretende es liberarse de una decisión del legislador que se considera ya superada, esto sólo puede conseguirse por vía interpretativa en base a una teoría objetiva; y,

e) Porque también es más fácil completar las lagunas legales con

---

22 LARENZ, Karl: "Metodología...", Op. Cit., p. 312.

23 Así, COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S.: "Derecho...", Op., Cit., p. 91.

la teoría objetiva, dado que de ese modo se pueden tomar como punto de partida las valoraciones actualmente decisivas y no hay que reconstruir las ideas de un tiempo pasado quizá lejano.

Estas son las ventajas por las cuales se considera que la teoría objetiva se ha convertido poco a poco en teoría dominante.

No obstante, también hay que señalar que a la teoría objetiva se la critica con el argumento de que queda expuesta a los inconvenientes de la *inestabilidad* y de un *subjetivismo* encubierto por parte del intérprete. Y, precisamente, para evitar el riesgo de *inseguridad jurídica* que podría suponer un exceso de esta orientación objetiva de la interpretación si se centrara exclusiva o desmedidamente en la finalidad de la ley olvidando su tenor, se exige que la interpretación se mantenga dentro de los límites del *sentido literal posible* del precepto, que marca el límite máximo de toda interpretación<sup>24</sup>.

### 3. LA TEORÍA MIXTA DE LA INTERPRETACIÓN

Si como hemos visto, por una parte, a la teoría objetiva hay que darle la razón en que no son decisivas las efectivas representaciones –que además no se pueden averiguar– de las personas que participaron en el proceso legislativo; y, por otra, también hay que darle la razón a la teoría subjetiva en que el intérprete está vinculado a la decisión valorativa político-jurídica del legislador histórico. Entonces, lo conveniente es intentar encontrar una síntesis entre ambas teorías, tratando de permanecer fieles a la voluntad del legislador histórico expresada, si bien de un modo alusivo, en la ley<sup>25</sup>. Esta simbiosis teórica es conocida como: *teoría de la alusión*<sup>26</sup>.

---

24 LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: “Curso...”, Op. Cit., p. 163.

25 Así, JESCHECK, Hans-Heinrich: “Tratado...”, Op. Cit., p. 211.

26 Así, ROXIN, Claus: “Derecho...”, Op. Cit., p. 150.

Por ello, hoy en día prima como propuesta de solución correcta en materia de interpretación una opinión que está en el término medio<sup>27</sup>, para la cual cada una de las posiciones enfrentadas tiene parte de verdad, y por lo tanto ninguna puede ser aceptada sin límites<sup>28</sup>. Y, al respecto, en una labor de síntesis se dice que no existe entre la teoría subjetiva y la objetiva, contraposición, sino, más bien, una comunicación entre ambas; que, precisamente, lo que el intérprete actual hace es comprobar si en el caso que se ha de decidir y no fue previsto por el legislador histórico, habría sido incluido en la regulación legal por éste de haber estado en sus manos, lo que muchas veces, forzoso es reconocerlo, no está exento de dificultades<sup>29</sup>.

La meta de la interpretación, según esta simbiosis, sólo puede ser la averiguación de lo jurídicamente decisivo hoy, es decir, de un sentido normativo de la ley. El sentido de la ley que se ha de estimar decisivo jurídicamente, no ha de identificarse con el querer o las concretas ideas normativas del legislador histórico, ni hacerse totalmente independiente de ello. Más bien es el resultado de un proceso de pensamiento en el que todos los momentos citados, es decir, tanto "subjetivos" como "objetivos", han de estar incluidos<sup>30</sup>.

Esto significa que al dictarse el precepto legal por el legislador se crea, sobre la base del principio de legalidad, el tenor literal que constituye el marco de regulación que es rellenado y concretado por el intérprete. Ese marco es delimitado por el sentido literal posible en el lenguaje corriente del texto de la ley. De tal manera que el intérprete debe proceder a efectuar

---

27 Así, ROXIN, Claus: "Derecho...", Op. Cit., p. 150. En este punto también indica Velásquez Velásquez, lo siguiente: "... hoy prima una opinión intermedia para la cual cada una de las posiciones enfrentadas tiene parte de la verdad, y por lo tanto ninguna puede ser aceptada sin limitaciones; aunque, a decir verdad, no faltan intentos de concebirla desde el punto de vista de la perspectiva analítica del derecho, de la llamada "hermenéutica ontológica" o de la teoría de la argumentación; incluso, en el ámbito penal se ha formulado una "interpretación orientada hacia las consecuencias". VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: "Derecho...", Op. Cit., p. 105.

28 LARENZ, Karl: "Metodología...", Op. Cit., p. 315.

29 En tal sentido CUELLO CONTRERAS, Joaquín: "El Derecho...", Op., Cit., p. 169.

30 Así, LARENZ, Karl: "Metodología...", Op. Cit., p. 315.

dentro de ese marco la interpretación, considerando el significado literal más próximo, la concepción del legislador histórico<sup>31</sup> y el contexto sistemático-legal, y según el fin de la ley.

### C. EL CONCEPTO DE INTERPRETACIÓN

En la Ciencia del Derecho, en general, se entiende por interpretación la actividad que consiste en comprender y en hacer comprensible el sentido jurídico de un texto<sup>32</sup>. Con la interpretación se fija el sentido y alcance del espíritu de la ley frente al caso a resolver<sup>33</sup>.

Ejemplo: El Título I, del Libro Segundo, Parte Especial, del Código Penal que regula los "*Delitos Relativos a la Vida*", está dividido en dos Capítulos, el Capítulo I habla "*Del Homicidio y sus Formas*" y el Capítulo II "*De los Delitos Relativos a la Vida del Ser Humano en Formación*". Pues bien, si entendemos, por un lado, que en los delitos contra la vida humana independiente –a que alude el Capítulo I– se tutela la vida desde el "*nacimiento hasta la muerte*" y, por otro lado, que también se protege "*la vida del ser humano en formación*" -a que alude el Capítulo II-; entonces, tendríamos que preguntarnos cómo habría que resolver el caso siguiente<sup>34</sup>:

«En el transcurso de un parto, el ginecólogo se ve obligado a practicar una intervención sobre la embarazada que, debido a su falta de pericia, le

---

31 Para Jescheck: "*Esta voluntad del legislador histórico debe ser el contenido lógico decisivo, en tanto no existan poderosos argumentos de justicia, el desarrollo de la técnica o sencillamente el espíritu de la época que aconsejen superar las decisiones valorativas del pasado*". Agrega el eximio profesor alemán: "*En esta síntesis también ocupa un lugar importante el momento en el que se promulgaron las leyes: las leyes modernas deben interpretarse atendiendo fundamentalmente a los materiales legislativos, mientras que en las leyes antiguas hay que tener en cuenta sobre todo el significado objetivo que le haya atribuido la praxis jurídica*". JESCHECK, Hans-Heinrich: "Tratado...". Op. Cit., Pgs. 211 y 212.

32 JESCHECK, Hans-Heinrich: "Tratado...", Op. Cit., p. 209.

33 NÚÑEZ, Ricardo: "**Manual de Derecho Penal**", Parte General, Marcos Lerner, Córdoba, Argentina, 1987, p. 88. BUSTOS RAMÍREZ, Juan: "Manual...", Op. Cit., p. 79. RODRÍGUEZ RAMOS, Luis: "**Compendio de Derecho Penal**", Parte General, Trivium, Madrid, España, 1986, p. 43.

34 Tomo el ejemplo de CUELLO CONTRERAS, Joaquín: "El Derecho...", Op. Cit., p. 178.

ocasiona al «*nasciturus*» o «*no nacido*» una lesión que va a acompañarle durante su vida futura».

¿Responderá el ginecólogo por el delito de lesiones culposas (Art. 146 CP) o por el delito de lesiones culposas en el «no nacido» (Art. 139 CP)? Y si el «*no nacido*» o «*nasciturus*» hubiere muerto, ¿estaríamos ante un delito de aborto culposo (Art. 137 CP) o ante un homicidio culposo (Art. 132 CP)?

Las respuestas a las preguntas sobre la punibilidad del ginecólogo dependerán de cómo se determine el límite entre la “vida humana independiente” y la “vida humana no independiente” a los efectos de los delitos contra la vida, temática sobre la que el Código Penal no se pronuncia expresamente. Lo que sí hacía el Código Penal derogado, en el Art. 161 Inc. 2º, al prever un concepto “jurídico” de aborto, así: “*Por aborto deberá entenderse la destrucción o aniquilamiento del producto de la concepción en cualquier estado de la preñez antes de iniciarse el nacimiento*”. Sin embargo, el Código Penal vigente no provee un significado jurídico de aborto. En consecuencia, el problema que acarrea el abandono de una noción jurídica de aborto ha de resolverse de acuerdo a la interpretación, ya que de lo contrario sería preciso valorar por igual dos situaciones muy diferentes: la muerte del producto de la concepción en el claustro materno y la expulsión prematura sin muerte del feto, como la eliminación de vida humana extrauterina.

Pero, independientemente de que el Código Penal no se pronuncie al efecto, en todo caso, para arribar a una solución que se precie de correcta, hay que tener en cuenta lo que debe entenderse por “aborto” para fijar la diferencia entre “vida humana independiente” y “vida humana dependiente o en proceso de formación”. Así, pues, vemos que el aborto lesiona o pone en peligro diversos bienes jurídicos<sup>35</sup>. En especial está la vida del fruto de la concepción. Se trata de una vida humana en la fase anterior al nacimiento y la

---

35 Además de la vida humana del fruto de la concepción está la vida o la salud de la madre. Así, RODRÍGUEZ DEVESA, José María: “**Derecho Penal Español**”, Parte General, novena edición, Dikynson, Madrid, España, 1983, Pgs. 78 y 79.

protección se otorga desde el momento mismo de la concepción<sup>36</sup>. Pero, bajo la rúbrica "*De los Delitos Relativos a la Vida del ser Humano en Formación*", el Código Penal Salvadoreño no sólo castiga los delitos de aborto en sentido estricto, sino ciertas conductas como la expención de abortivos. De allí que resulte necesario entender cuál es el significado interpretativo del término "aborto". Ahora bien, para una interpretación correcta resulta legítimo acudir a la medicina. En esta se constata que médicamente se entiende por aborto toda expulsión del feto, sea natural o provocada, dentro de los seis primeros meses siguientes a la concepción. Los casos restantes se incluyen bajo la denominación de parto prematuro. Sin embargo, como puede verse el concepto médico no resulta útil a los fines del Derecho Penal.

De la importancia de esta cuestión interpretativa da cuenta el hecho de que, en casos como éste, el legislador ha empleado un concepto legal ampliamente descriptivo «no nacido»<sup>37</sup> equiparable a «ser humano en formación»<sup>38</sup>, que aparece en la rúbrica del Capítulo. En tal sentido, la cuestión de si alguien en el momento del parto sigue siendo un «ser humano en formación» o es ya un «ser humano independiente», es algo que, como hemos dicho, no está prefigurado por el tenor literal de la ley. Es decir, el momento en que comienza la vida humana independiente, es discutido<sup>39</sup>.

Veamos las posturas de la doctrina sobre ese punto: para unos, la vida humana comienza ya en el "*momento del parto*". Otros exigen la "*respiración autónoma del recién nacido*" y, finalmente, hay quienes requieren la "*total separación del claustro materno*". ¿Cuál es la postura correcta?. Por eso, tal como hemos insinuado con el ejemplo expuesto, el intérprete tiene que elegir

---

36 El Art. 1 Inc. 2º de la Constitución dice: "*Asimismo reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción*". Tal texto constitucional fue incorporado al citado artículo mediante Decreto Legislativo N° 541, publicado en el Diario Oficial N° 32, Tomo N° 342, de 16 de febrero de 1999.

37 Así, en el texto del Art. 138 CP, como en los "*nomen iuris*" de los Arts. 138 y 139 CP.

38 Expresión empleada en la rúbrica del Capítulo II (De los delitos relativos a la vida del ser humano en formación), del Título I (delitos relativos a la vida), del Libro Segundo del Código Penal.

39 En torno a este punto véase a MUNOZ CONDE, Francisco: "**Derecho Penal**", Parte Especial, Tirant lo blanc, Valencia, España, 1991, p. 24.

entre diversas posibilidades de significado, y esa actividad creadora que realiza según determinadas reglas es lo que se denomina interpretación<sup>40</sup>. Queda demostrado que la interpretación de un texto legal no es una tarea sencilla.

Sobre la base de lo anterior, pasemos a citar algunos conceptos de lo que en la doctrina penal se entiende por la actividad de interpretar.

Así, por ejemplo, MEZGER señala: «interpretar la ley significa averiguar su sentido determinante, a fin de aplicarlo a los casos particulares de la vida real»<sup>41</sup>.

En términos muy similares, BUSTOS RAMÍREZ expresa: «Interpretar es fijar el sentido de la ley para poder aplicar una regla general a una situación concreta»<sup>42</sup>.

Estos conceptos de interpretación que hemos tomado como punto de referencia, revelan algunos datos que parecen de particular interés. En primer lugar que el punto de partida inevitable de toda interpretación es la ley misma, es decir, que la interpretación se encuentra inevitablemente referida al sistema de fuentes; y, en segundo lugar, que la interpretación de la ley no es un fin en sí mismo, sino que adquiere sentido pleno en el momento de la aplicación de la premisa general al caso particular<sup>43</sup>.

De allí que podamos afirmar, sin temor a dudas, que toda norma jurídica necesita ser interpretada, incluso en casos de "*claro tenor literal*", pues el sentido jurídico de un precepto legal puede ser distinto a lo que el normal entendimiento deduce del texto literal aparentemente claro<sup>44</sup>. Por tanto, la interpretación es necesaria incluso allí donde el texto en su tenor literal no parece ofrecer problemas, pues la actividad interpretativa comienza con el tenor literal de la ley y avanza hasta desentrañar su finalidad. Por ello el

---

40 ROXIN, Claus: "Derecho...", Op., Cit., p. 148.

41 MEZGER, Edmund: "**Derecho Penal**", Parte General, Libro de Estudio, Traducción por Ricardo C. Núñez, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1957, P. 61. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: "Derecho...", Op. Cit., p. 127.

42 BUSTOS RAMÍREZ, Juan: "Derecho...", Op. Cit., p. 79.

43 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: "Derecho...", Op. Cit., Pgs. 127 y 128.

44 Así, JESCHECK, Hans-Heinrich: "Tratado...", Op. Cit., p. 208.

tradicional aforismo según el cual “*lo que es claro no necesita ser interpretado*” (*in claris non fit interpretatio*), no es más que una falacia, especialmente en la aplicación del Derecho Penal, pues confunde la ausencia de dificultades interpretativas con la ausencia de interpretación<sup>45</sup>.

Dicho lo anterior, podemos expresar que en términos generales la interpretación es una *operación lógica-intelectual por la que se busca establecer el sentido de las expresiones utilizadas por la ley para su aplicación al caso concreto que se le plantea al intérprete*.

#### D. RELEVANCIA DE LA INTERPRETACIÓN

La relevancia de la interpretación en Derecho Penal es de suma importancia, más que en otras ramas del Derecho, habida cuenta del rigor con que el principio de legalidad<sup>46</sup> opera en esta Ciencia; aunque los que idearon el principio de legalidad en la época de la Ilustración partían de la base que el juez no tenía nada que interpretar, sino que sólo tenía que aplicar el inequívoco tenor literal de la ley<sup>47</sup>; sin embargo, pese a ello, en la actualidad hay un acuerdo doctrinal unánime en el sentido de que esa concepción mecanicista del juez es impracticable. Pues todos los conceptos que emplea la ley, con excepción de las cifras, fechas y medidas, admiten en mayor o menor rigor varios significados. En consecuencia, por el principio de legalidad el intérprete de la ley penal se encuentra sometido a dos especiales exigencias derivadas de él<sup>48</sup>:

La primera de ellas está relacionada con la prohibición de la aplicación analógica (Art. 1 Inc. 2° CP).

---

45 El Art. 19 Inc. 1° del Código Civil dice: “*Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu*”.

46 Sobre el principio de legalidad en El Salvador véase a SÁNCHEZ ESCOBAR, Carlos Ernesto: “**Política Criminal y Principialismo**”, en Ensayos para la Capacitación Penal, 1ª edición, CNJ, Escuela de Capacitación Judicial, San Salvador, El Salvador, 2003, Pgs. 33 a 52.

47 ROXIN, Claus: “Derecho...”, Op., Cit., p. 147.

48 Ver MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes: “Lecciones...”, Op. Cit., p. 105.

La segunda en que no se puede ignorar que del contenido que establezca para los preceptos penales depende o puede depender la punición o impunidad de las conductas.

## E. INTERPRETACIÓN Y PROHIBICION DE ANALOGÍA

La prohibición de analogía plantea la tarea de tener que delimitar la interpretación fiel a la ley, que está permitida, de la analogía creadora de Derecho, que está prohibida<sup>49</sup>. Esta delimitación es necesaria dado que las leyes penales no pueden ser aplicadas a supuestos distintos de aquellos para los que están previstas, pues existe disposición expresa sobre la prohibición de la analogía: "*No podrá configurarse delito o falta, ni imponerse pena o medida de seguridad por aplicación analógica*", reza el Inc. 2º del Art. 1 CP.

Lo anterior tiene un sentido lógico y estrictamente legal, pues si la analogía consiste en aplicar la ley a supuestos no contemplados en ella pero similares (análogos) a los que la ley describe<sup>50</sup>, entonces, la prohibición de la analogía significa un límite por el cual no se puede crear delitos (tipos de injusto) ni penas<sup>51</sup>.

Para una clara inteligencia de este aspecto, citemos un ejemplo propuesto por los penalistas Muñoz Conde y García Arán<sup>52</sup>, por medio del cual se pretende marcar la diferencia entre interpretación y prohibición de analogía, pero matizando ese ejemplo con nuestra legislación, así:

---

49 Así, ROXIN, Claus: "Derecho...", Op., Cit., p. 147.

50 Ver MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes: "Lecciones...", Op. Cit., p. 106.

51 Así, BUSTOS RAMÍREZ, Juan: "Manual...", Op. Cit., p. 80.

52 MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes: "Lecciones...", Op. Cit., p. 112.

El Art. 310 In fine<sup>53</sup>, en lo pertinente, dice: “*El Juez que por negligencia o ignorancia inexcusable dictare sentencia manifiestamente injusta...*”.

La expresión a interpretar es: “*sentencia manifiestamente injusta*”. Si un Juez dicta un auto de sobreseimiento injusto, tal precepto –señalan los penalistas españoles– no puede aplicársele pese a que los efectos del sobreseimiento son prácticamente idénticos a los de una sentencia absolutoria. Pues se estaría incriminando un supuesto no contemplado por la ley como delito, aunque sea muy similar a los que ésta contempla<sup>54</sup>.

Prohibición de la analogía significa prohibición de una forma de aplicación de la ley, porque la analogía no es propiamente una forma de interpretación de la ley, sino de aplicación de la misma: en realidad, de lo que se trata en la analogía es de que, una vez interpretada la ley y establecidos los supuestos que contiene, se extienden sus consecuencias aplicándose a otros supuestos no contenidos en ella, pero similares o análogos.

La prohibición de la analogía afecta a todas aquellas prohibiciones perjudiciales para el reo, es decir, a la denominada *analogía in malam partem*, la cual como consecuencia del principio de legalidad no puede ser útil ni para fundamentar la responsabilidad penal como tampoco para agravar circunstancias. Pero no afecta aquellas que lo benefician, así el Código Penal en el Art. 29 N° 5 establece la circunstancia “*atenuante por interpretación analógica*”, es decir aquella que es beneficiosa para el reo, así: “*Son circunstancias que atenúan la responsabilidad penal: (...) ATENUANTES POR INTERPRETACIÓN ANALÓGICA. 5) Cualquiera otra circunstancia de*

---

53 La disposición de nuestro ordenamiento jurídico que hemos citado tenía su referente con la homóloga del Código Penal español ya derogado en el Art. 355 que decía: “*El Juez que, por negligencia o ignorancia inexcusable dictara sentencia manifiestamente injusta...*”. Pero, con el nuevo Código Penal español desapareció aquella redacción y el nuevo contenido que apareció en el Art. 447 quedó así: “*El Juez o Magistrado que por imprudencia grave o ignorancia inexcusable dictará sentencia o resolución manifiestamente injusta...*”. Con lo cual el legislador español resolvió la situación problemática interpretativa, pues se amplió la aplicación de la norma al término “*resolución*” que, evidentemente, comprende entre otras, aquellas resoluciones que contengan un sobreseimiento.

54 Para una mejor comprensión de lo manifestado examínense los Arts. 129, 308, 309, 360 y 361 CPP.

*igual entidad, que a juicio del tribunal deba ser apreciada por su analogía con las anteriores o por peculiares condiciones personales del agente o de su ambiente*". Los que están a favor de esta clase de atenuante argumentan que no se trata de un caso de aplicación analógica sino de interpretación de una ley que contiene una cláusula de analogía.

## F. PROHIBICIÓN DE ANALOGÍA Y CLÁUSULAS LEGALES DE INTERPRETACIÓN

Ahora bien, de la aplicación analógica, que según hemos visto está prohibida, deben distinguirse los casos denominados por la doctrina como «*cláusulas legales de analogía*». Dado que estas cláusulas son expresiones utilizadas en la ley destinadas a extender el sentido de los términos legales a supuestos similares y evitar así una casuística que sería impredecible. Citamos algunos ejemplos de ellas y destacamos en negrilla las expresiones que amplifican el término utilizado, así:

a) "*Con veneno u otro medio insidioso*", en el Art. 129 N° 4;

b) "...llave falsa o cualquier **otro instrumento** que no fuere la llave", "*Con escalamiento o valiéndose de cualquier otro medio para ingresar*", "*Usando disfraz o valiéndose de **cualquier otro medio** para engañar*", en el Art. 208 Nos. 2, 4 y 7, respectivamente;

c) "...mediante ardid o cualquier **otro medio** de engañar o sorprender la buena fe", en el Art. 215 Inc. 1°;

d) "*El que ocasionare estragos por medio de inundaciones, desmoronamientos, derrumbes o **cualquier otro medio análogo***..."; en el Art. 266, etc.

Ciertamente, resulta notorio que esas expresiones no se refieren a la aplicación analógica de la ley sino de la aplicación de la propia ley dotándola previamente de contenido a través de la interpretación.

### III. LAS CLASES DE INTERPRETACIÓN

Muchas han sido las clasificaciones que se han hecho por la doctrina acerca de la interpretación<sup>55</sup>, si bien entre ellas las que sin duda han sido reconocidas como lugar común por parte de los estudiosos son las que atienden<sup>56</sup>: (A) al sujeto del cual emana, esto es, a su origen, (B) a los métodos empleados para realizarla y (C) al resultado obtenido del proceso interpretativo.

#### A. SEGÚN EL SUJETO QUE LA REALIZA

Atendiendo al sujeto que realiza la interpretación esta, a su vez, se divide en<sup>57</sup>: (1) auténtica, (2) judicial y (3) doctrinal<sup>58</sup>. Cabe destacar que la trascendencia práctica de esta clasificación ha sido considerada más bien escasa, argumentando que tanto la interpretación doctrinal, como la judicial gozan de una limitada efectividad ya que la primera carece de toda virtualidad vinculante y la segunda sólo es relevante en relación al caso concreto que se está juzgando<sup>59</sup>.

---

55 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: **"Introducción al Derecho Penal"**, Iure, México, 2003, p. 241. COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S.: "Derecho...", Op., Cit., p. 91. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: "Derecho...", Op. Cit., p. 105.

56 BUSTOS RAMÍREZ, Juan: "Manual...", Op. Cit., p. 79.

57 SOLER, Sebastián: **"Derecho Penal Argentino"**, Tomo I, Tea, Buenos Aires, Argentina, 1983, Pgs. 135 y 136.

58 Ver, por ejemplo, a HÜBER GALLO, Jorge Iván: **"Introducción al Derecho"**, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, Chile, 1966, p. 431. Algunos autores hablan también de "interpretación oficial", de ella se dice: *"Es la que se cumple por órganos del Estado en ejercicio de sus funciones, como acontece cuando un ministro aclara el alcance de una disposición legal mediante una circular, o cuando el Consejo de Estado emite un concepto en cumplimiento de su función consultiva, pudiendo, eventualmente, comprender también alguna disposición de carácter penal"*. Así, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: "Derecho...", Op. Cit., p. 107.

59 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: "Derecho...", Op. Cit., Pgs. 132. Hay que poner de relieve que en relación a la escasa trascendencia de la interpretación judicial en el ámbito del Derecho Penal a diferencia de lo prescrito para otras ramas del ordenamiento jurídico, el recurso de casación tan sólo es admisible por *"inobservancia o errónea aplicación de un precepto legal"* (Art. 421 CPP) y no por infracción de doctrina legal.

## 1. LA INTERPRETACIÓN AUTÉNTICA

La interpretación auténtica o legislativa<sup>60</sup> es la realizada por el sujeto de quien emana la ley, es decir, del legislador mismo que es su autor.

No debe entenderse como interpretación auténtica la que se ha hecho en la fundamentación de los preámbulos o considerandos de la ley, en las exposiciones de motivos, en las actas de las sesiones del Órgano Legislativo<sup>61</sup>, etc., lo que carece de toda fuerza vinculante, sino únicamente la que efectúa el legislador expresando el auténtico sentido que quiere dar a un concepto o expresión legal en el texto de la propia ley o de otra ley distinta, pero en cualquier caso con total fuerza vinculante por ser la propia ley quien efectúa la interpretación.

Por el rigor con que opera el principio de legalidad, en el Derecho Penal esta es la única interpretación vinculante con carácter general a efectos de creación o agravación de la responsabilidad penal. Los dos últimos aspectos -creación o agravación de la responsabilidad penal-, a su turno dan origen a la interpretación contextual y posterior.

En cuanto a sus efectos o consecuencias, ya se trate de una interpretación auténtica contextual o posterior, ambas enfatizamos que tienen pleno efecto vinculante<sup>62</sup>. Veamos someramente cada una de ellas.

---

60 *“La interpretación legislativa o auténtica de la ley es la que emana del mismo poder legislativo. Como es efectuada por el mismo poder que dicta la ley, es decir, por su autor, se llama auténtica y tiene fuerza obligatoria para todos, desde que ella misma está contenida en una ley”*. Así, DUCCI CLARO, Carlos: **“Interpretación Jurídica”**, Editorial Jurídica de Chile, Chile, Santiago de Chile, S.M.D., p. 45.

61 En sentido contrario, al aquí expuesto, indica el profesor colombiano VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ que este tipo de interpretación *“es frecuente encontrarla en los preámbulos, en las exposiciones de motivos, en las declaraciones del órgano legislativo, e incluso en normas de carácter interpretativo”*. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: *“Derecho...”*, Op. Cit., p. 105.

62 MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA AYÁN, Mercedes: *“Lecciones...”*, Op. Cit., p. 109.

### a. LA INTERPRETACIÓN CONTEXTUAL

Esta interpretación es la que se efectúa en el mismo texto de la ley, como sucede cuando en la misma se definen una serie de conceptos.

En nuestro Código Penal son bastante frecuentes los preceptos que contienen interpretaciones auténticas contextuales, las cuales pueden aparecer ubicadas en la Parte General como en la Parte Especial.

Ejemplo de las primeras son: lo que debe entenderse por “*responsabilidad objetiva*”, en el Inc. 2° del Art. 4; lo que debe entenderse por “*delito grave*”, según el Art. 18 Inc. 2°; el concepto de “*Delito Oficial*”, contenido en el Art. 22; la “*Alevosía*”, regulada en el Art. 30 N° 1; “*Concepto de Funcionario, Empleado Público y Municipal, Autoridad Pública y Agente de Autoridad*”, regulado en el Art. 39.

Ejemplo de las segundas son las disposiciones que se refieren a: “*Concepto de Publicidad*”, en el Art. 181; “*Valores Equiparados a la Moneda*”, en el Art. 282, etc.

### b. LA INTERPRETACIÓN POSTERIOR

La interpretación posterior es la realizada por el propio legislador mediante una *ley interpretativa* especial cuando ya se ha expedido o se ha puesto en vigencia la norma para, en casos de especial trascendencia, aclarar o fijar su sentido y alcance<sup>63</sup>.

Por una ficción legal, la ley interpretativa pasa a formar parte en un solo cuerpo con la ley interpretada, por lo que debe aplicarse desde la vigencia de ésta, con la salvedad de que únicamente afecta a los casos no juzgados, en manera alguna a las sentencias ejecutoriadas antes de la interpretación posterior. En consecuencia, en estos casos resulta impropio

---

63 A tal efecto establece el Art. 20 Inc. 2° del Código Civil lo siguiente: “*La definiciones de las palabras de una ley, hechas en otra ley posterior, se tendrán como interpretación auténticas de aquélla, y estarán sujetas a lo dispuesto en los artículos 3 y 9*”.

hablar de efecto retroactivo de la ley posterior; pues la que se aplica es siempre la ley interpretada, respecto de la cual aquella viene a explicar su significado, o a aclarar su contenido.

Esta variedad de interpretación auténtica contextual es poco frecuente en el ámbito del Derecho Penal salvadoreño, no así en otras ramas del Derecho. La praxis legislativa, en el ámbito penal ante situaciones que merecen una interpretación posterior, ha sido la de dictar un nuevo Decreto Legislativo que o bien sustituye, modifica o reforma el texto legal, para corregir o aclarar yerros u omisiones, pero tal práctica no constituye, en modo alguno, interpretación auténtica posterior.

Un buen ejemplo, casi único en su especie, de interpretación auténtica posterior, con una rama emparentada con el Derecho Penal, lo constituye el Decreto Legislativo N° 922, en virtud del cual se interpretó auténticamente la expresión "*por razón de la materia*" contenida en el Art. 551 N° 1°), del Título III del Libro Tercero del Código Procesal Penal de 1974. Decía, en lo pertinente, la parte de la disposición interpretada lo siguiente:

*"El proceso es nulo en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:*

*1°) Cuando el juez carece de competencia por razón de la materia..".*

El Decreto mediante el cual se interpretó auténticamente la frase "*por razón de la materia*", de esa disposición, contenía tres considerandos que resumo así: (1) "ha sido interpretado por los (...) jueces, en el sentido de comprender dentro de la expresión "por razón de la materia", aún los casos que se ventilan en otros tribunales con jurisdicción especial en materia penal"; (2) "Que tal interpretación contradice el contenido de otras disposiciones del mismo cuerpo legal (...) tales como los Arts. 27 inciso tercero y 35 inciso cuarto del Código Procesal Penal"; (3) "Que es necesario interpretar en forma auténtica el artículo y numeral citados en el sentido en que la expresión consignada, se refiere a materia diferente a la penal, como la civil, mercantil, inquilinato o contencioso administrativo, no debiendo tener aplicación a

los casos que conocen otros jueces con jurisdicción en materia penal, aún cuando esta sea especial como la de Hacienda, Militar o de Tránsito”.

En su esencia, el Decreto quedó redactado en dos artículos, en el primero de ellos se dijo: *“Interprétase auténticamente el Art. 551 N° 1° del Código Procesal penal, en el sentido de que la expresión “por razón de la materia” contenida en tal disposición se refiere a toda materia diferente a la penal, como la civil, mercantil, de inquilinato o contencioso administrativo y no a la que conocen los jueces en este ramo aun cuando sea especial, conforme al Art. 20 Pr. Pn.”*; y en el segundo se dispuso: *“La presente interpretación auténtica se entenderá incorporada al texto del Art. 551 N° 1° del Código Procesal Penal”*.

La interpretación auténtica tiene un fundamento constitucional, se refiere a ella expresamente el Art. 131 N° 5 de la Constitución de la República, cuando en lo pertinente dice:

*“Corresponde a la Asamblea Legislativa (...) interpretar auténticamente (...) las leyes secundarias”*.

Asimismo, los Arts. 3, 9 y 20 del Código Civil, también se refieren a este tipo de interpretación, así:

El Art. 3 al respecto y en lo sustancial señala:

*“Sólo al legislador corresponde explicar o interpretar la ley de un modo general y obligatorio (...)”*.

El Art. 9 en los incisos 2° y 3° dispone:

*“(...) las leyes que se limitan a declarar el sentido de otras leyes cuyos conceptos sean oscuros o de dudosa o varia interpretación, se entenderán incorporadas en éstas, pero no afectarán en manera alguna los efectos de las sentencias judiciales ejecutoriadas en el tiempo intermedio  
En cualquier otro caso, aunque la ley aparezca como declarativa, se considerará como una nueva disposición sin efecto retroactivo”*.

Y, finalmente, el Art. 20 Inc. 2° establece lo siguiente:

*“La definiciones de las palabras de una ley, hechas en otra ley posterior, se tendrán como interpretación auténticas de aquélla, y estarán sujetas a lo dispuesto en los artículos 3 y 9”.*

Solamente en el caso de que la interpretación auténtica se lleve a cabo mediante normas del mismo rango puede decirse que tenga carácter vinculante. Con mayor razón carecen del carácter vinculante las interpretaciones jurisprudenciales y doctrinales. En materia penal esta afirmación es particularmente válida pues, a diferencia de lo que sucede en otros ámbitos del Derecho, el recurso de casación procede exclusivamente cuando la sentencia se basa “en la inobservancia o errónea aplicación de un precepto legal” (Arts. 421 y 422 del Código Procesal Penal) y no por infracción de “doctrina legal”.

## 2. LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL

La interpretación judicial es la que llevan a cabo los órganos jurisdiccionales –unipersonales o colegiados– con el fin de aplicar la ley, por ello también se la denomina interpretación jurisprudencial, esto en sentido amplio, pues en sentido más restringido sólo se habla de interpretación jurisprudencial a la efectuada por la Sala de lo Penal y también por la Sala de lo Constitucional, en materia penal.

En la interpretación judicial, la misión del Juez o Tribunal consiste en comprender el contenido lógico de la ley en atención al caso concreto que tiene que resolver, de igual manera que hubiera podido ser comprendido por cualquier otro Juez o Tribunal que hubiera tenido que resolver el mismo caso<sup>64</sup>.

---

64 JESCHECK, Hans-Heinrich: “Tratado ...”, Op. Cit., p. 205.

Esta clase de interpretación, a diferencia de la auténtica, no es obligatoria para todos y sólo ejerce su fuerza vinculante en el caso concreto; no obstante, hay que hacer dos importantes acotaciones:

En primer lugar, este tipo de interpretación tiene una inusitada importancia en la práctica, sobre todo cuando se trata de interpretaciones asumidas por los tribunales superiores de manera uniforme y constante, tal es el caso de las decisiones de la Sala de lo Penal en los recursos de Casación, pues casi siempre de manera ciega y acrítica, son acogidas estas resoluciones por los tribunales inferiores, a tal punto que suelen ser frecuentemente invocadas por los abogados en sus escritos.

En segundo lugar, hay que tener en cuenta que en aquellos fallos en que la Sala de lo Constitucional declara una norma inconstitucional o bien declara que una norma declarada inaplicable por un tribunal inferior es aplicable constitucionalmente, sí está vinculado al intérprete a acatar lo establecido por el Tribunal Constitucional.

### **3. LA INTERPRETACIÓN DOCTRINAL**

Esta clase de interpretación es la propuesta por la doctrina científica del Derecho, es decir, la que realizan los juristas en las obras jurídicas o artículos científicos.

Ciertamente, esta interpretación tendrá mayor peso si es doctrina unánime o dominante o mayoritaria, pero que en cualquier caso, aun en tratándose de una interpretación minoritaria o individual, el verdadero respaldo viene determinado por el valor de la solidez de la argumentación y su consiguiente fuerza de convicción.

Especial trascendencia tienen las elaboraciones efectuadas por los estudiosos del derecho cuando abordan el Derecho Penal positivo aplicando el "método dogmático"; tales construcciones no tienen efecto vinculante, pero su influencia es mayor de lo que habitualmente se cree, y en cada caso concreto pueden ser asumidas por el juez o el intérprete auténtico.

Ni siquiera, es bueno precisarlo, pero las notas y los comentarios legales o las concordancias efectuadas por los compiladores encargados de producirlas, en modo alguno constituyen interpretación auténtica, su valor es el de una interpretación doctrinal<sup>65</sup>.

## B. ATENDIENDO A LOS MÉTODOS UTILIZADOS

Atendiendo a los métodos utilizados, tradicionalmente se distinguen cuatro métodos de interpretación<sup>66</sup>. (1) gramatical, (2) histórico, (3) lógico-sistemático y (4) teleológico.

### 1. LA INTERPRETACIÓN GRAMATICAL

La interpretación gramatical, también conocida como "literal", acude a los elementos técnicos que le suministra la gramática, con miras a precisar el significado de los signos lingüísticos utilizados por el legislador<sup>67</sup>. En efecto, la interpretación gramatical se vale de una variedad de aspectos, en primer lugar, de la *sintaxis*, que nos permite coordinar y unir las palabras que forman las oraciones; en segundo lugar, del *literal*, que busca precisar el *significado* de las palabras contenidas en las normas según el lenguaje común; en tercer

---

65 Así, por ejemplo, en nuestro medio, los comentarios realizados al Código Penal en la obra "**Código Penal de El Salvador Comentado**" por Francisco Moreno Carrasco y Luis Rueda García, tanto en su versión original como en la misma obra actualizada y anotada con jurisprudencia por Carlos Ernesto Sánchez Escobar, Sergio Luis Rivera Márquez, Délmir Edmundo Rodríguez y Marco Tulio Díaz Castillo, Tomos 1 y 2, editados por el Consejo Nacional de la Judicatura, constituyen, en modo alguno, interpretación auténtica, como curiosamente suelen pretenderlo algunos abogados en los estrados judiciales; más bien, esos comentarios deben ser considerados como interpretación doctrinal, cuyo respaldo para su aplicación radica en la solidez de los argumentos en que se sostienen.

66 JESCHECK, Hans-Heinrich: "Tratado...", Op. cit., p. 209.

67 En otras épocas, expresa Jescheck, se intentó ingenuamente vincular al juez a la letra de la ley. "*De Montesquieu procede la famosa frase: 'les juges ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi' » (De l'Esprit des Lois [1748], Libro XI, Capít. VI). La pretensión a la obediencia del Estado absolutista y el miedo de una burguesía que despertaba a la libertad ante la arbitrariedad judicial condujeron al mismo resultado: la estricta vinculación del juez al tenor literal de la ley". JESCHECK, Hans-Heinrich: "Tratado...", Op. Cit., p. 208.*

lugar, del *filológico*, mediante el cual se pueden reconstruir los textos legales, fijarles su alcance e interpretarlos; en cuarto lugar, del *jurídico-terminológico*, que indaga el sentido de las expresiones no en el sentido de su uso común, sino en el lenguaje especial empleado por el legislador.

La importancia de este método se basa en que constituye el punto de partida de toda interpretación, pues las palabras son la materia prima de la interpretación<sup>68</sup>. Por tanto, como punto de partida para una correcta interpretación debe respetarse el "sentido literal posible"<sup>69</sup>, para ser congruente con el criterio objetivo. Por ejemplo, el Art. 208 N° 8 CP agrava el hurto "si fuere cometido con cualquiera de las circunstancias siguientes (...) 8) En ganado...". Algunos entenderán por "ganado" un nombre colectivo (como "conjunto de bestias que se apacientan y andan juntas"<sup>70</sup>), de manera que quien se apodera de una sola vaca no incurriría en el supuesto; otros, por el contrario, admitirían que el único animal de ciertas especies se considera "ganado"<sup>71</sup>.

---

68 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: "Derecho...", Op. Cit., p. 108A.

69 En general, los elementos del aspecto gramatical están cubiertos en varias disposiciones del Título Preliminar del Código Civil, concretamente en el Capítulo IV que desarrolla la "Interpretación de la Ley", así: el *elemento sintáctico* aparece en el Art. 23, cuando establece: "La extensión que deba darse a toda ley, se determinará por su genuino sentido..."; al *elemento gramatical* aluden, por ejemplo, el Inc. 1° del Art. 19 que establece: "Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu"; y el Inc. 1° del Art. 20 que expresa: "Las palabras de la ley, se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras..."; finalmente, el *elemento jurídico-terminológico* lo cubre la segunda parte del Inc. 1° del Art. 20 que determina: "...pero cuando el legislador las haya definido [las palabras] expresamente para ciertas materias, se les dará en estas su significado legal"; y el Art. 21 que literalmente dice: "Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso". Manuel Atienza escribe: "... el ordenamiento jurídico establece también una serie de reglas sobre cómo se deben *interpretar* las normas jurídicas. Pero esas reglas están formuladas en general de una manera considerablemente abierta de manera que, muchas veces, se pueden justificar interpretaciones distintas de una misma norma, sin que pueda decirse con claridad que una de ellas –o las dos– han infringido una regla interpretativa...". ATIENZA, Manuel: "Tras la Justicia". (Una Introducción al Derecho y al Razonamiento Jurídico), 1ª edición, Ariel, Barcelona, España, 2003, p. 30.

70 Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, Tomo II, vigésima segunda edición, Espasa, Madrid, España, 2001, p. 1115.

71 El ejemplo aparece citado por GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso: "Interpretación y Argumentación Jurídica", primera edición, ARSJ, San Salvador, El Salvador, 2003, p. 61.

Ahora bien, la interpretación gramatical si bien puede proporcionar indicios útiles para llegar a comprender y alcanzar el sentido de los textos legales no es, en modo alguno, decisiva. En otras palabras, la interpretación gramatical es necesaria, pero no suele ser suficiente, es decir, que las leyes no se interpretan de una manera excesivamente formalista, sino atendiendo a su espíritu, por lo que normalmente esta clase de interpretación se utiliza en combinación con otros métodos. Sin embargo, por imperativo del principio de legalidad, la interpretación gramatical opera como límite –y en tal medida, es necesaria– de los otros métodos que la complementan y que no podrán desbordar el tenor literal de los términos legales.

La principal dificultad de este tipo de interpretación reside en que previamente hay que aclarar si en ella lo decisivo es el significado *literal jurídico* o el uso *idiomático general*. Normalmente se trata de conocer el sentido de las palabras en el lenguaje usual, por ejemplo, «precio, recompensa o promesa remuneratoria» como agravante o elemento típico del Homicidio Agravado, Art. 129 N° 6 CP. Pero hay veces en que hay que conocer el significado jurídico de un término, distinto del lenguaje vulgar. Así, por ejemplo: según el Art. 212 CP, el robo requiere el apoderamiento de una cosa mueble “*mediante violencia en la persona*”, pero por violencia no solamente se entiende el empleo de fuerza corporal (sentido literal inmediato), sino también, por ejemplo, la narcosis “sin violencia” de la víctima con medios químicos (sentido literal jurídico)<sup>72</sup>.

En suma: nadie que conozca la praxis se atreverá a negar que lo primero que hay que averiguar es el tenor literal, esto es, toda interpretación comienza con el texto de la ley sobre la base del uso natural de la palabra<sup>73</sup>. El sentido de la ley sólo puede expresarse en palabras, que constituyen la materia prima de la interpretación. Pero debe respetarse, en todo caso, el

---

72 ROXIN, Claus: “Derecho...”, Op. Cit., p. 149.

73 WESSELS, Johannes: “**Derecho Penal**”, Parte General, Traducción de la 6ª edición alemana de 1976 por Dr. Conrado A. Finzi, Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1980, p. 16

sentido literal posible como límite extremo, lo que está más allá de ese límite es ya una creación complementaria del Derecho que no puede calificarse metodológicamente como interpretación. Del sentido literal posible sólo se puede prescindir, cuando existe un evidente defecto en la redacción del texto legal (defectos de redacción).

## 2. LA INTERPRETACIÓN HISTÓRICA

La interpretación histórica recurre para aclarar el sentido legal al contexto histórico en que surge la ley, es decir, atiende a los antecedentes de las normas y a las circunstancias en que tuvieron su origen<sup>74</sup>. El conocimiento de la historia fidedigna del texto legal brinda una herramienta de suma importancia. Dentro de esta perspectiva deben estudiarse los trabajos preparatorios de la ley, las discusiones parlamentarias, etc. Generalmente la interpretación histórica plantea la cuestión de qué es lo que se pretendía con la creación de la ley. Este método de interpretación, al igual que el gramatical, provee indicios que pueden servir para alcanzar el sentido de la ley, pero tampoco es decisiva.

## 3. LA INTERPRETACIÓN LÓGICO-SISTEMÁTICA

El método lógico-sistemático, parte de la idea de que las leyes penales poseen la estructura con voluntad de un sistema y que tienen una lógica inmanente que les proporciona un sentido contextual global, del cual cabe colegir consecuencias en orden a la interpretación.

Por medio del método sistemático se deduce el sentido de la ley de la situación en que se encuentra en el precepto a interpretar en el contexto sistemático<sup>75</sup>.

---

74 MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes: "Lecciones...", Op. Cit., p. 112.

75 El, Art. 22 Inc. 1º C. C. reza así: "*El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía*".

Aunque resulte obvio hay que decirlo, pero los preceptos del ordenamiento jurídico penal, al igual que los de otros cuerpos de leyes están articulados, no son independientes, ni están aislados entre sí. Al contrario, conforman un sistema de normas que se coordinan en su estructura orgánica<sup>76</sup>. Como el complejo de normas penales constituye un todo, deben considerarse a partir de un orden normativo, y no como una simple aglomeración caótica de disposiciones. En el Derecho Penal positivo, a no dudarlo, existe un orden y un sistema, de tal manera que ninguna disposición vive aisladamente sino conectada con otras. Por eso es de tanta trascendencia observar el derecho vigente como un sistema, tratando de deducir el sentido de la ley de la situación en que se encuentra el precepto que se interprete dentro del respectivo contexto.

El método lógico-sistemático nos permite ubicar el precepto dentro del cuerpo legal y conocer la relación con otros preceptos del mismo orden jurídico. Podemos encontrar múltiples ejemplos de la utilización del método lógico-sistemático en atención al Título o al Capítulo del Código Penal en que se encuentre descrito el delito en cuestión. Así, el delito de "*inseminación artificial no consentida*", descrito en el Art. 156 CP, aparece regulado en el Título III del Libro II del Código Penal, que lleva la rúbrica "Delitos relativos a la Libertad", lo que debe combinarse contextualmente para que no quede ninguna duda de que se trata de un delito relativo a la autonomía personal, pese a que el Capítulo III que lo describe no lo diga y hable "De la Inseminación Artificial y la Experimentación".

En algunas ocasiones el legislador suele olvidarse de ese orden lógico-sistemático; como ocurre, por ejemplo, con la rúbrica del Capítulo III "De la Inseminación Artificial y la Experimentación", que precede a los Arts. 156 y 157 CP; por esa rúbrica ha de entenderse que el lugar sistemático para encontrar los tipos penales que aluden tanto a la "*inseminación artificial*" como a la "*experimentación*" será en ese sitio contextual; y, en efecto, así

---

76 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: "**La Ley y el Delito**". Primera edición, Hermes / Sudamericana, 1986, Buenos Aires, Argentina, p. 115.

sucede en cuanto a la "inseminación artificial"; pero, lo que corresponde a la "experimentación" no aparece allí regulado, que es el lugar contextual en que lógica y sistemáticamente debería haberse regulado, para ser coherente con la mencionada rúbrica, sino que se encuentra en los artículos 140 y 141 CP, que aluden a la manipulación genética dolosa y culposa, respectivamente, dentro del Capítulo II (Delitos Relativos al Ser Humano en Formación).

No obstante, las bondades que puedan derivar del método lógico sistemático, tampoco ésta será una clase de interpretación decisiva, especialmente por los errores sistemáticos como hemos visto suele cometer el legislador, sino además porque, nuestro Código Penal ha ido gradualmente perdiendo su contenido lógico-sistemático, ya que el actual texto punitivo vigente es fruto de un aluvión de reformas y contrarreformas que le han hecho perder una coherencia interna lógico-sistemática, a partir de la cual es difícil llegar a conclusiones interpretativas en muchos casos.

En resumen, la secuencia metódica interpretativa de los textos legales que parte del tenor literal y pasa luego por el origen histórico y relación lógico-sistemática, avanza hasta el conocimiento del fin, se halla internamente fundamentada, porque de ese modo se recorren paso a paso los distintos grados posibles de argumentación<sup>77</sup>.

#### 4. LA INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA

En general, la interpretación teleológica –o interpretación racional como han preferido llamarla otros autores<sup>78</sup>– se esfuerza por poner de relieve los fines y valoraciones rectoras de la ley, para conocer directamente el sentido inherente a un precepto. Esta clase de interpretación posee un rol preeminente frente al de las demás clases de interpretación. Por tanto, atiende a la finalidad perseguida por la norma<sup>79</sup>. Por ejemplo, lo esencial en

---

77 Así, JESCHECK, Hans-Heinrich: "Tratado...", OP. Cit., p. 210.

78 Por ejemplo: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: "Derecho...", Op. Cit., Pgs. 134.

79 MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA AYÁN, Mercedes: "Lecciones...", Op. Cit., p. 111.

los delitos de cohecho (Art. 330, Cohecho Propio; 331, Cohecho Impropio y 335, Cohecho Activo) es la conclusión de un pacto ilícito y no la desfiguración de la voluntad estatal.

La interpretación teleológica inspirada en la finalidad de la norma concreta es el criterio rector decisivo en la interpretación de los tipos penales. El proceso interpretativo ha de comenzar por la determinación del bien jurídico protegido en la norma de que se trate y, en consecuencia, por la fijación del contenido de injusto de la infracción. El contenido de injusto sirve de guía en la resolución de cada uno de los problemas que se presenten al intérprete.

El método teleológico corona el proceso interpretativo, porque sólo él conduce directamente a la meta propia de toda interpretación que no es otra que la de poner de relieve los fines y puntos de vista valorativos, de los que se deduce en última instancia de un modo vinculante el sentido legal decisivo.

En suma: toda norma jurídica necesita ser interpretada y comienza por el texto de la ley (gramatical); si el texto es ambiguo se acude a la génesis de la ley (histórica) y al total nexos sistemático (lógico-sistemático), para llegar al sentido objetivo y al fin de la ley<sup>80</sup>.

### C. ATENDIENDO A SUS RESULTADOS

Por los resultados a que puede llegar el intérprete de una ley, la interpretación suele dividirse en<sup>81</sup>: (1) declarativa, (2) restrictiva y (3) extensiva.

---

80 WESSELS, Johannes: "Derecho...", Op. Cit., p. 16.

81 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: "Derecho...", Op. Cit., p. 132. Para ROXIN, según el fin de la ley la interpretación puede ser tanto restrictiva como extensiva. ROXIN, Claus: "Derecho...", Op. Cit., p. 149.

## 1. LA INTERPRETACIÓN DECLARATIVA

Cuando las palabras de la ley manifiestan de forma precisa lo que el texto quiere y debe decir, de manera que el intérprete no puede ni extender ni restringir el alcance de su tenor literal y éste se limita a resolver la eventual duda con la exacta correspondencia entre el espíritu y la letra de la ley se obtiene una interpretación declarativa.

En verdad, en estos casos el intérprete otorga a la ley un ámbito de aplicación que coincide con el que se deriva de entender sus palabras según el uso común del lenguaje. Así, por ejemplo, cuando el legislador establece como circunstancias agravantes modificativas de la responsabilidad penal cometer un delito *"aprovechándose de facilidades de orden natural"*, concretamente: *"Cometer el delito buscando de propósito la noche o el despoblado"*, cuando el intérprete determina el alcance que debe darles a los términos *"noche"* y *"despoblado"*, hace una interpretación declarativa, o sea, se limita a dejar constancia de que el tenor literal coincide perfectamente con la voluntad o finalidad pretendida por la norma cuando confronta ésta con el suceso real al que ha de aplicar la disposición.

## 2. LA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA

El resultado de la interpretación es restrictiva cuando en el tenor literal de la ley el legislador ha dicho más de lo que quería, debiendo el intérprete limitar el alcance de las palabras contenidas en ella. La interpretación restrictiva supone desde esta perspectiva que el tenor literal va más allá, es más amplio que la voluntad de la norma, y por eso hay que restringir el significado literal para que abarque solamente lo pretendido por la voluntad o finalidad de la norma.

A decir verdad, la interpretación resulta restrictiva cuando se le asigna a la ley un ámbito de aplicación más estrecho del que le correspondería según el sentido usual de los términos. Así, por ejemplo, la norma deberá

interpretarse en forma restrictiva toda vez que perjudique al imputado de una acción punible.

### 3. LA INTERPRETACIÓN EXTENSIVA

El resultado de la interpretación es extensiva cuando el intérprete amplía el alcance de las palabras legales para que la letra se corresponda con el espíritu y la voluntad que el legislador quiso plasmar, dado que se atribuye al precepto un ámbito de aplicación más amplio del que le correspondería según el sentido usual de los términos. En otras palabras, la interpretación extensiva supone que el tenor literal se queda corto respecto de lo pretendido por la voluntad o finalidad de la norma y hay que ampliar o ensanchar dicho tenor, más allá del estricto significado literal hasta hacerlo coincidir con la voluntad de la norma.

Ahora bien, como en Derecho Penal, por la vigencia del principio de legalidad, está claro que nunca se puede desbordar el sentido literal posible de la ley, esa forma de interpretación extensiva plantea problemas por su proximidad con la analogía. Por consiguiente, la interpretación extensiva hay que entenderla, por oposición a la restrictiva, como aquella que incluye en el término legal el máximo de acepciones permitidas por su tenor literal, pero sin rebasarlo, para que pueda considerarse respetuosa del principio de legalidad y, por tanto, aceptable. En cambio, si la interpretación extiende el sentido de la norma más allá de las acepciones posibles del término legal (concretamente de su sentido literal), está permitiendo su aplicación a supuestos no contenidos en el precepto y, por tanto, incurriendo en analogía prohibida.

Esta clase de interpretación es cuestionada por la doctrina, por considerarla atentatoria de la seguridad jurídica, estimándose que se puede acudir a ella sólo cuando se tratare de favorecer al reo –*principio in dubio pro reo*–, de lo contrario no.

#### 4. LA INTERPRETACIÓN PROGRESIVA

Tomando en cuenta que las normas en general, inclusive las penales, aparecen en un determinado medio social, sujeto a cambios y a evoluciones continuas, tales disposiciones deben adaptarse a las situaciones que se vayan presentando en la sociedad so pena de tener que modificarlas a diario, o sea, acomodar los estáticos y fríos textos de la ley a la dinámica social de los nuevos tiempos<sup>82</sup>, por ello, cuando esto ocurre, es misión del intérprete tratar de armonizarlas para que estén acordes con las transformaciones que se vayan presentando en los ámbitos científico, jurídico y social. De allí que se le conozca también como interpretación evolutiva, aunque no debe olvidarse que en ninguna circunstancia puede desatenderse el principio del *favor rei*, es decir, que las dudas han de resolverse siempre en beneficio del reo y no en contra.

#### 5. PARALELO ENTRE LOS PRINCIPALES RESULTADOS DE LA INTERPRETACIÓN

Al tratar de hacer un paralelo entre los distintos resultados a que se puede llegar conforme a las tres formas de interpretación examinadas, se obtiene los siguientes<sup>83</sup>:

PARALELO ENTRE LOS RESULTADO DE LA INTERPRETACIÓN	
DECLARATIVA	EL LEGISLADOR QUIERE TANTO COMO ESCRIBE

---

82 FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan: "**Derecho Penal Fundamental**", Volumen I, Reimpresión de la segunda edición, Temis, Bogotá, Colombia, 1989, p. 105.

83 Así, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: "Derecho...", Op. Cit., p. 111.

<i>RESTRICTIVA</i>	<i>EL LEGISLADOR QUIERE MENOS DE LO QUE ESCRIBE</i>
<i>EXTENSIVA</i>	<i>EL LEGISLADOR QUIERE MÁS DE LO QUE ESCRIBE</i>

Únicamente una descripción precisa de la conducta tipificadora de la ilicitud puede trazar los límites de una interpretación correcta. El texto legal brinda, en este sentido, el punto de partida, aunque no constituye un criterio sólido: si el texto va más allá de la idea que informa un precepto, habrá que limitarlo, y si el texto resulta demasiado estrecho tendrá que ser interpretado en forma amplia<sup>84</sup>.

#### IV. PRINCIPIOS QUE RIGEN LA INTERPRETACIÓN

La interpretación, como hemos apuntado, no depende del capricho del intérprete, el cual no puede desbordarse al realizarla, para ello en la doctrina se han establecido una serie de principios<sup>85</sup> que actúan como barreras de contención; entre esos principios cabe destacar los siguientes<sup>86</sup>: (A) el principio jerárquico, (B) el principio de vigencia, (C) el principio de unidad sistemática y (E) el principio dinámico.

---

84 STRATENVWERTH, Günter: "**Derecho Penal**". Parte General, Tomo I, El Hecho Punible, Traducción de la 2ª edición alemana (1976) de Gladys Romero, Edersa, Madrid, España, p. 39.

85 "...los principios permiten explicar lo que es el Derecho en general, un ordenamiento jurídico en particular o un sector del mismo (...) Los principios se verían pues, como piezas o instrumentos que permiten dar cuenta de una determinada realidad...". ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan: "**Las Piezas del Derecho**", Teoría de los Enunciados Jurídicos, 2ª edición actualizada, Ariel, Barcelona, España, 2004, p. 43.

86 Así, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: "Derecho...", Op. Cit., p. 111.

## A. EL PRINCIPIO JERÁRQUICO

El principio jerárquico, según el cual la ley de rango superior priva sobre la de rango inferior y que encuentra acogida en el brocardo latino *lex superior derogat legi inferiori*, se manifiesta en el seno de la interpretación penal en dos planos, así:

Primero, cuando las normas deben interpretarse en armonía con el texto constitucional, lo cual ha dado origen a lo se conoce como la "*interpretación conforme a la Constitución*"<sup>87</sup>; de acuerdo a este plano interpretativo, las normas penales deben interpretarse de modo compatible con la letra y el espíritu del texto constitucional. Este principio jerárquico en materia de interpretación se reconoce ampliamente en el seno del Derecho Penal allí donde sus normas se manifiestan como contrarias a la Constitución, pues entonces el efecto, propiamente, de la interpretación deriva de la colisión de la norma penal con otras de rango constitucional.

Segundo, también tiene este principio jerárquico un basto campo de operatividad cuando la interpretación de la ley ordinaria deba hacerse en armonía con los Convenios o Pactos Internacionales incorporados al Ordenamiento Jurídico interno. Pues, en caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el tratado (Art. 144 Cn).

El principio jerárquico aparece regulado en el Derecho positivo constitucional en los siguientes Arts. 246, 144 y 149 Cn; y Arts. Del 1 al 6 del CP, en que se regulan las garantías penales mínimas, específicamente al disponer el Art. 6 Inc. 2° que: "*Los principios fundamentales del presente Capítulo, serán aplicables siempre*".

---

87 En la interpretación conforme al fin de la ley el juez debe siempre atenerse a las decisiones valorativas contenidas en la Constitución. Así, JESCHECK, Hans-Heinrich: "Tratado...", Op. Cit., p. 210.

## B. EL PRINCIPIO DE VIGENCIA

El principio de vigencia cuyo enunciado entiende que la ley posterior deroga a la ley anterior, *lex posterior derogat legi priori*, obliga a entender que entre dos interpretaciones de la misma norma en que se regule el mismo contenido, prevalece la ley posterior que ha derogado -expresa o tácitamente- a la ley anterior.

## C. EL PRINCIPIO DE UNIDAD SISTEMÁTICA

El principio de unidad sistemática obliga al reconocimiento de la validez simultánea de todos los preceptos que componen un determinado ordenamiento jurídico.

## D. EL PRINCIPIO DINÁMICO

El principio dinámico no es sino la expresión de la influencia del cambio en el contexto sobre el sentido del texto. Las normas deben interpretarse teniendo en cuenta las cambiantes situaciones que se presenten en la vida real, pues no existe una interpretación definitiva y válida para todos los tiempos<sup>88</sup>. Esto es así, dado que las normas están destinadas a regir la realidad; por consiguiente, la interpretación ha de tener en cuenta las modificaciones que se producen, constantemente, en el mundo real. Pues, como es natural, tales cambios plantean nuevos problemas, y alteran los planteamientos que condujeron a dictar las reglas.

En otras palabras, la interpretación no puede quedar, por así decirlo, *congelada* en el sentido originario, sino que ha de avanzar al compás de las exigencias del tiempo en que se efectúa. El dinamismo de la exégesis no es sino una consecuencia de la concepción "objetiva" de la interpretación. Allí

---

88 Así, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: "Derecho...", Op. Cit., p. 112.

donde esa dinámica conduce a un cambio de sentido que, permaneciendo dentro del “tenor literal posible” del texto, permite adaptarlo a las necesidades del presente, por tal motivo en la doctrina, cuando esto sucede, se habla de interpretación “*progresiva*” o “*evolutiva*”.

## V. INTERPRETACIÓN, SUBSUNCIÓN Y APLICACIÓN

Desde un punto de vista práctico, la interpretación constituye un presupuesto de la subsunción y ésta, a su vez, lo es de la aplicación. La interpretación entendida como actividad contiene una doble operación mental en las que, como se ha dicho gráficamente, la mirada “*va y viene*” de la ley al pre-judicio, por un lado, y de la ley al supuesto de hecho, por otro<sup>89</sup>.

Por esta razón, la aplicación de una norma jurídica penal a un “*caso concreto*”, esto es a un caso de la realidad, suele describirse como un silogismo<sup>90</sup>.

Conforme a esta apreciación silogística, la *premisa mayor* es la norma penal completa, es decir, el tipo delictivo; la inclusión del “*caso*” en el “*supuesto de hecho*” de la norma penal la *premisa menor*, y la aplicación al “*caso concreto*” de la consecuencia jurídica prevista por la norma la *conclusión*.

Sigamos un silogismo con un sencillo ejemplo: “*JUAN, sin motivo ninguno, dispara su arma de fuego contra la humanidad de PEDRO, con intención de matarlo; PEDRO muere a causa de la herida que le produjo el disparo de arma de fuego realizado por JUAN*”<sup>91</sup>.

---

89 JESCHECK, Hans-Heinrich: “Tratado...”, Op. cit., p. 207.

90 JESCHECK, Hans-Heinrich: “Tratado...”, Op. cit., p. 206.

91 El ejemplo que cito aparece con mayor desarrollo en el artículo: “**Principales Funciones de la Teoría General del Delito en el Estado de Derecho**”, que escribí en “**Ley-Derecho-Jurisprudencia**”, Revista de la Escuela de Derecho de la Universidad Tecnológica de El Salvador, Año I, Número 2, Noviembre 2004, San Salvador, p. 79.

Premisa Mayor	El Art. 128 CP dice: “ <i>El que matare a otro será sancionado con prisión de diez a veinte años</i> ” El tipo delictivo es la premisa mayor	La obtención de la premisa mayor, o sea, la averiguación del sentido de la norma jurídica incumbe a la <b>interpretación</b>
Premisa Menor	El sujeto “JUAN” ha matado al sujeto “PEDRO” La inclusión del caso real en el supuesto de hecho la premisa menor	La obtención de la premisa menor, o sea, la inclusión del caso ocurrido en el supuesto de hecho de la norma jurídica constituye la <b>subsunción</b>
Conclusión	El sujeto “JUAN” debe ser castigado determinando la pena entre diez y veinte años de prisión La pena que se imponga deviene en la conclusión	La conclusión, entonces, está constituida por la <b>aplicación</b> de la consecuencia jurídica

Por lo dicho, entonces, podemos resumir: el punto de partida de toda actividad jurídica interpretativa es el “*hecho concreto*” que surge como problema de la realidad y que se trata de subsumir en el “*supuesto de hecho*” de la norma jurídica. Para ello hay que constatar ese “*hecho concreto*” tal como se ha producido en la realidad.

A la determinación del “hecho concreto y de su autor” da tracto sucesivo el enjuiciamiento jurídico de ese hecho en la norma o subsunción en sentido amplio. Ahora bien, el verdadero *quid* de la subsunción consiste fundamentalmente en relacionar los preceptos jurídicos abstractos con el hecho real concreto. Pero, para ello, como hemos dicho, el estadio previo de la subsunción es la interpretación de la ley, es decir, que antes de la subsunción hay que aclarar primero el sentido literal posible de la premisa mayor que es la norma. Asimismo, el estadio previo de la aplicación de la norma a que se quiere llegar es el de la subsunción.

## VI. EL CONCURSO APARENTE DE LEYES PENALES

Con frecuencia suelen presentarse en la práctica casos en que uno o varios hechos pueden ser incluidos en dos o más tipos penales, uno solo de los cuales es aplicable y el resto es inaplicable por exclusión.

A esta figura se la conoce doctrinariamente como "*concurso aparente de leyes penales*"<sup>92</sup>. Para resolver estos casos el Código Penal contiene, en la Parte General del Libro Primero, Capítulo II (De la Aplicación de la Ley Penal), una disposición específica que regula el tema y establece las reglas a observar. Se trata del Art. 7 CP, que expresa:

*"Art. 7.- Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código y no comprendidos en los artículos 40 y 41, de este Código se sancionarán observando las reglas siguientes:*

- 1) El precepto especial se aplicará con preferencia al precepto general;*
- 2) El precepto subsidiario se aplicará en defecto del precepto principal, cuando se declare expresamente dicha subsidiaridad o ella sea tácitamente deducible; y,*
- 3) El precepto penal complejo absorberá a los preceptos que sancionan las infracciones consumidas en aquél."*

De esa disposición se colige que el surgimiento de un concurso aparente de leyes penales, obliga a resolver el problema considerando cuál es la norma que se aplicará y que, por ende, excluirá a las otras, pues la

---

92 RODRÍGUEZ RAMOS, Luis: "Compendio...", Op. Cit., p. 262 y Sgts. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan: "Derecho...", Op. Cit., p. 428 y Sgts. CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco: "El Concurso...", Op. Cit., p. 27 y Sgts. WELZEL, Hans: "Derecho...", Op. Cit., p. 320 y Sgts. JESCHECK, Hans-Heinrich: "Tratado...", V.H, Op. Cit., p. 1033 y Sgts. MIR PUIG, Santiago: "Derecho...", Op. Cit., p. 736 y Sgts. STRATENWETH, Günter: "Derecho...", Op. Cit., p. 343 y Sgts.

norma que se aplica tiene la particularidad de abarcar todo el disvalor del hecho o hechos concurrentes<sup>93</sup>.

De la misma manera que en el Art. 7 CP, se enuncian las reglas de solución para estos casos, la doctrina dominante considera que el concurso es aparente cuando los varios tipos penales se encuentran entre sí en relación de especialidad, subsidiariedad o consunción<sup>94</sup>; de tal suerte que tres son las reglas por las que un caso en que aparentemente concurren leyes penales queda resuelto, estas son: especialidad, subsidiariedad y absorción. Veamos cada una.

### **A. EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD**

Habrà relación de especialidad<sup>95</sup> cuando un tipo penal tenga todos los elementos de otro pero, además, algún elemento que presente un fundamento especial de la punibilidad. Es decir, el tipo especial tiene la particularidad de adicionar otro u otros elementos al tipo básico, con lo cual la punibilidad del hecho puede atenuarse o agravarse. Esto resulta como consecuencia de que la relación entre los tipos penales se determina a partir del tipo penal básico, pues el tipo penal especial deriva precisamente de esa vinculación con el tipo básico.

Como ejemplo podemos mencionar el tipo básico del Homicidio Simple, contenido en el Art. 128 C P; el Homicidio Agravado (Art. 129 CP), es especial en relación al tipo básico del Homicidio Simple.

### **B. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD**

De acuerdo con este principio<sup>96</sup>, entre diversos tipos penales se dará

---

93 Vid. WELZEL, Hans: "Derecho...", Op. Cit., p. 320. JESCHECK, Hans-Heinrich: "Tratado...", Op. Cit., p. 1033.

94 FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan: "Derecho...", Op. Cit., p. 428. Cfr. RODRÍGUEZ RAMOS, Luis: "Compendio...", Op. Cit., p. 263.

95 Vid. MIR PUIG, Santiago: "Derecho...", Op. Cit., p. 738. STRATENWERTH, Günter: "Derecho...", Op. Cit., p. 344 y Sgts. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan: "Derecho...", Op. Cit., p. 428.

96 Vid. WELZEL, Hans: "Derecho...", Op. Cit., p. 322. JESCHECK, Hans-Heinrich: "Tratado...", V. n, Op. Cit., p. 1036. CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco: "El Concurso...", Op. Cit., p. 46 y Sgts.

una relación de subsidiariedad cuando un tipo penal sólo sea aplicable en tanto no resulte aplicable otro.

Esta subsidiariedad puede ser de dos clases<sup>97</sup>: a) Expresa y b) Tácita.

Es expresa, cuando está prevista por voluntad expresa de la Ley<sup>98</sup>. Así, por ejemplo: el delito de "Cheque Sin Provisión de Fondos" (Art. 243 CP), cuyo inciso final dice: "*El presente delito es subsidiario frente al tipo de Estafa*", (Art. 215 C P).

La subsidiariedad es tácita cuando debe deducirse por vía interpretativa de la norma penal. Así, por ejemplo, la "*Proposición y Conspiración*" contenidas en el Art. 251 C P, que dice:

*"La proposición o conspiración para cometer cualquiera de los delitos de Defraudación al Fisco, serán sancionadas con pena de prisión de dos a cuatro años.*

*Cuando la proposición o conspiración de cualquiera de los delitos de Defraudación al Fisco sea cometido por un funcionario o empleado público, la sanción será de cuatro a seis años".*

Esto se concibe de tal manera, porque este tipo penal implica una ampliación de la protección penal del mismo bien jurídico que, en su totalidad, está protegido por otros tipos penales que sancionan la falsificación de documentos (Art. 249 y Sgts. CP).

### C. EL PRINCIPIO DE ABSORCIÓN

Este principio<sup>99</sup> tiene vigencia cuando una figura delictiva abarca y consume otra, porque lo que realmente sucede es que un tipo penal absorbe a otro tipo, y la pena que se impone es la que corresponde al tipo penal absorbente.

---

97 Vid. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan: "Derecho...", Op. Cit., p. 428. MIR PUIG, Santiago: "Derecho...", Op. Cit., p. 738. JESCHECK, Hans-Heinrich: "Tratado...", V.II, Op. Cit., p. 1036-1037.

98 MIR PUIG, Santiago: "Derecho...", Op. Cit., p. 738.

99 FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan: "Derecho...", Op. Cit., p. 428. STRATEN-WERTH, Günter: "Derecho...", Op. Cit., p. 346. RODRÍGUEZ RAMOS, Luis: "Compendio...", Op. Cit., p. 263.

Estos tipos penales absorbidos pueden ser de dos clases<sup>100</sup>: a) previos y b) posteriores.

Son previos, cuando constituyen un medio para alcanzar la consumación de otro tipo penal; a éstos se los conoce también como "*delitos de pasaje*"<sup>101</sup> y como "*hechos previos impunes*"<sup>102</sup>. Como ejemplos de éstos podemos mencionar las amenazas que preceden al delito de violación (Art. 158 CP), las cuales no serán penadas por separado, porque el tipo penal de la violación absorbe, dentro de su penalidad, la violencia moral que por medio de amenazas ejerció el sujeto sobre la víctima.

Los tipos penales posteriores constituyen básicamente una secuencia de acciones encaminadas a consumir, materialmente hablando, el tipo penal absorbente<sup>103</sup>. Como ejemplo, podemos citar el caso del sujeto que suscribe un contrato de compraventa a plazos con reserva de dominio de un vehículo, con el ánimo de no pagar las subsiguientes cuotas y apropiarse del vehículo objeto del contrato; si así lo hace, debe ser sancionado sólo por Estafa y no, además, por apropiación indebida.

#### **D. EL DELITO COMPLEJO**

Un comentario adicional merece el caso del delito complejo,<sup>104</sup> cuya connotación resulta precisamente de la aplicación de este principio de especialidad pues, pese a que en él existen dos acciones punibles bien diferenciadas, en conjunto forman un tipo penal especial agravado.

Nuestra legislación lo regula en el caso del Art. 53 CP, excluyéndolo de la esfera del concurso ideal cuando dice: "... dos o más delitos que no configuran uno especial...", para darle vigencia en un tipo penal especial.

---

100 MIR PUIG, Santiago: "Derecho...", Op. Cit., p. 740-741. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan: "Derecho...", Op. Cit., p. 429.

101 CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco: "El Concurso...", Op. Cit., p. 49.

102 FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan: "Derecho...", Op. Cit., p. 429.

103 CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco: "El Concurso...", Op. Cit., p. 54. MIR PUIG, Santiago: "Derecho...", Op. Cit., p. 741.

104 RODRÍGUEZ RAMOS, Luis: "Compendio...", Op. Cit., p. 265. CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco: "El Concurso...", Op. Cit., p. 44.

Así, por ejemplo, el contenido en el Art. 153 N° 6 CP., cuando las acciones punibles sean homicidio y robo. Esta figura, se conoce en la doctrina como *latrocinio*; o bien, el homicidio agravado cuyo hecho tiene como precedente: "el rapto, secuestro, sustracción de menores o detención ilegal de la víctima o cuando el homicidio fuere consecuencia de violación" (Art. 153 N° 8 CP).

## MATERIALES PARA EL TRABAJO PRÁCTICO

### 1. Lecturas Seleccionadas

**a) INTERPRETACIÓN Y PROHIBICIÓN DE ANALOGÍA.** *«La prohibición de analogía (...) plantea la tarea de tener que delimitar la interpretación fiel a la ley, que está permitida, de la analogía creadora de Derecho, que está prohibida. Los que idearon el principio de legalidad en la época de la Ilustración aún no habían visto ese problema, puesto que partían de la base de que el juez no tiene nada que "interpretar", sino que sólo tiene que "aplicar" el inequívoco tenor literal de la ley. Es célebre el aforismo de Montesquieu, que afirma que los jueces no son sino la "boca" que pronuncia las palabras de la ley (...): "les juges ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi". Beccaria (1738-1794), el penalista seguramente más influyente de la Ilustración, derivaba de esa concepción del juez como un impersonal "autómata de la subsunción" la prohibición de interpretación del Estado en la aplicación de la potestad punitiva y carece de legitimación democrática. Además el ciudadano sólo podrá incluir en sus reflexiones una interpretación de la ley que se desprenda de su tenor literal, de tal manera que pueda ajustar su conducta a la misma. Por ello, únicamente una interpretación dentro del marco del sentido literal posible puede asegurar el efecto preventivo de la ley y hacer que sea censurable la prohibición de interpretación».* ROXIN, Claus: **"Derecho Penal"**, Parte General, Tomo I, Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Editorial Civitas, Madrid, España, 1997, Pgs. 147 y 148.

**b) INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES PENALES.** «El contenido político de la ley penal se transforma con la **interpretación** en la praxis de la aplicación del Derecho. Una interpretación fiel a la ley debe garantizar que las decisiones judiciales permanezcan subordinadas a la voluntad común manifestada a través del órgano representante del pueblo. Tanto la seguridad jurídica como la igualdad de todos ante la ley exigen la vinculación del juez a preceptos, cuyo contenido lógico pueda conocerse objetivamente con el empleo de reglas de interpretación reconocidas y que, de acuerdo con ello, puedan aplicarse de la misma manera a casos similares. La responsabilidad por el contenido de la sentencia no recae sobre el juez; la sentencia se legitima solamente por la voluntad común reflejada en la ley. El “reino del Juez” no reside, por tanto, en la mayor libertad frente a la ley, sino en la obediencia a ésta. En materia de interpretación, la misión del juez consiste en comprender el contenido lógico de la ley en atención al caso concreto que tiene que resolver, del mismo modo que hubiera podido ser comprendido por cualquier otro juez que hubiera tenido que resolver el mismo caso. La esencia de la interpretación se determina, pues, por su verificabilidad objetiva». JESCHECK, Hans-Heinrich: **“Tratado de Derecho Penal”**, Parte General, Traducción y adiciones de Derecho español por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Volumen I, Bosch, Barcelona, España, 1981, Pgs. 204 y 205.}

**c) PRINCIPIO DE DETERMINACIÓN.** «Las leyes penales deben presentar, respecto de sus tipos penales y consecuencias jurídicas, un mínimo de determinación (principio de determinación). Es cierto que el empleo de “cláusulas generales” y de conceptos que necesitan ser llenados con valores es admisible en la legislación penal, pero el alcance y el ámbito de aplicación de los tipos penales deben ser suficientemente reconocibles. Las características de los tipos deben describirse en la ley en forma tan concreta como para que pueda determinarse su sentido y significación mediante la interpretación». WESSELS, Johannes: **“Derecho Penal”**, Parte General, Traducción de la 6ª edición alemana de 1976 por Dr. Conrado A. Finzi, Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1980, p. 14.

**d) INTERPRETACIÓN GRAMATICAL O LITERAL.** «La interpretación gramatical o literal tiene muchas veces más importancia de la que a veces se le concede. Es cierto que, salvo cuando un término sólo admite un significado unívoco (porque sólo posea ese sentido o porque en el contexto gramatical en que se encuadra sólo admita ese sentido), la interpretación literal suele limitarse a fijar el marco de posibles significados semánticos de una palabra o frase –el «sentido literal posible»–, sin decir la última palabra sobre cuál o cuáles de los significados posibles son los que deben tomarse para la norma en cuestión, sobre lo que hay que acudir en definitiva a los otros medios de interpretación; pero el sentido literal posible es el límite máximo de toda interpretación, y esto tiene en el Derecho penal una relevancia absoluta a tenor del principio de legalidad, pues cuando se trata de fundamentar o agravar la responsabilidad penal (en sentido amplio, incluyendo todas las sanciones criminales), es decir, cuando estamos ante las normas base –y además más numerosas con mucho– del Derecho penal, sólo es posible interpretar lo dispuesto por la ley penal, con el tope o barrera infranqueable de su tenor literal, y no cabe recurrir a otras fuentes ni a la integración del Derecho mediante la analogía con lo dispuesto en la ley. Pero el sentido literal posible sirve de límite para distinguir entre, una parte, analogía, ilícita en contra del reo, y, por otra, interpretación analógica con otros preceptos, que es lícita incluso aunque resulte perjudicial para el reo, en la medida que sigue siendo interpretación por mantenerse dentro de los significados posibles del tenor literal». LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: “Curso de Derecho Penal”, Parte General, Volumen I, Hispamer, SMD, 1995, p. 166.

**e) INTERPRETACIÓN EXTENSIVA E INTEPRETACIÓN RESTRICTIVA.** «En Derecho Penal se mantiene a veces la opinión de que la interpretación **extensiva** no debe admitirse, mientras que por el contrario es obligada la interpretación **restrictiva**. Se alega para ello el que las normas penales son normas de carácter gravoso (“odiosa sunt restringenda”) y el carácter excepcional del Derecho Penal (“singularia non sunt extendenda”) [...] Esta

*tesis se rechaza actualmente por la doctrina dominante en Alemania. Debe observarse, no obstante, que los conceptos "restrictivo" y "extensivo" pueden tener diferente significación. Desde luego, sería totalmente erróneo reducir en Derecho Penal la interpretación al sentido literal puramente externo o natural. Desde siempre se ha considerado que la estricta vinculación al tenor literal es un medio auxiliar inadecuado para garantizar la seguridad jurídica. El sentido literal inmediato puede ser tanto ampliado como restringido, lo importante es el sentido razonable de la ley. "Bajo ese punto de vista no hay propiamente interpretación extensiva, sino interpretación correcta". El traspasar los límites del sentido legal no es ya, por el contrario, interpretación, sino analogía entendida como nueva creación del Derecho, que está prohibida en Derecho Penal cuando se hace en perjuicio del reo». JESCHECK, Hans-Heinrich: "Tratado de Derecho Penal", Parte General, Traducción y adiciones de Derecho español por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Volumen I, Bosch, Barcelona, España, 1981, Pgs. 212 y 213.*

**f) CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN. ¿EXISTE UN ORDEN DE PRELACIÓN?** «Los criterios interpretativos (...) no se excluyen mutuamente, y pueden aplicarse simultáneamente. Más bien ocurre que la interpretación del Derecho es el producto de haber tenido en cuenta todos estos criterios. En este aspecto, aunque no puede establecerse un orden jerárquico de cánones interpretativos de forma que, p. ej. el criterio sistemático prevalezca sobre el gramatical, o el teleológico sobre el sistemático, etc., desde los tiempos de Federico Carlos Von Savigny (...) es frecuente encontrar entre los autores (y en la propia jurisprudencia) una ordenación del procedimiento de búsqueda del Derecho conforme al siguiente esquema: Punto de partida de la interpretación de la ley es el *tenor literal* del precepto («interpretación gramatical»); a continuación, se comprueba cuál ha sido la *historia del precepto* y cuál es su *ordenación sistemática* en la ley («interpretación histórica y lógico-sistemática»), respectivamente; para llegar, por fin, al último control interpretativo (y, por tanto, el decisivo) constituido por la

*interpretación teleológica*. Además, todo este proceso de interpretación no puede independizarse de las propias representaciones del intérprete sobre el caso, presentes desde un principio. Esta circunstancia, inevitable, puede favorecer la interpretación, siempre que el jurista, por su formación y sensibilidad jurídica, conozca bien el Derecho, se guíe por la equidad y someta sus convicciones a los controles representados por los criterios de interpretación que estamos estudiando». CUELLO CONTRERAS, Joaquín: **“El Derecho Penal Español”**, Curso de Iniciación, Parte General, Volumen I, Nociones Introdutorias, Primera Edición, Civitas, Madrid, España, 1993, Pgs. 181 a 182.

**g) CONCURSO DE LEYES PENALES.** *«El llamado concurso de Leyes penales, o concurso aparente, o conflicto aparente de Leyes penales se limita al análisis particularizado del modo de operar del principio de especialidad, en el sentido de la teoría general del Derecho (esto es, en sentido valorativo). La colisión de normas de rango diferente, o de normas anteriores y posteriores queda fuera del ámbito de la disciplina del concurso aparente de leyes penales. Dicha disciplina consiste en un desglose, en una particularización, del principio genérico de especialidad. El fundamento general de las diversas reglas de solución del concurso aparente de Leyes penales radica, de una parte, en la idea de que el ordenamiento jurídico es un sistema “consistente”, exento de contradicciones; y, de otra, en el axioma de que no se puede castigar dos veces el mismo hecho (ne bis in idem),<sup>(7)</sup> que se apoya en la unidad del ordenamiento jurídico. Existe concurso aparente de leyes penales allí donde un determinado supuesto de hecho es lógicamente subsumible en varios preceptos, uno de los cuales, sin, embargo, desplaza a los restantes. Adviértase que se habla, meramente, de la posibilidad textual de dicha subsunción. El concurso de Leyes exige que esa posibilidad sea, jurídicamente, sólo “aparente”, esto es, que, en última instancia, una sola de las Leyes concurrentes resulte aplicable. Precisamente ahí radica la diferencia entre el concurso de Leyes y el concurso de delitos. Cuando para*

*el enjuiciamiento global de la conducta haya de recurrirse a la aplicación de dos o más figuras delictivas, los hechos serán constitutivos de dos o más delitos concurrentes. Las diversas Leyes aplicadas no entrarán en conflicto entre sí, y ninguna de ellas quedará desplazada».* (COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S.: "**Derecho Penal**", Parte General, 3ª edición corregida y actualizada, Tirant lo blanch, Valencia, España, 1991, Pgs. 133 y 134).

## **2. Cuestionario**

- a) ¿Qué significa que el término "interpretación" sea polivalente?
- b) Explique brevemente las principales teorías que existen en materia de interpretación.
- c) ¿Cuáles son las principales críticas que se le hacen a la teoría subjetiva de la interpretación?
- d) Mencione tres razones por las que tiene más aceptación la teoría objetiva de la interpretación que la teoría subjetiva de la interpretación.

## **3. Actividades Prácticas**

- a) Busque una sentencia penal que se caracterice porque en ella el Juez o Tribunal haya realizado una interpretación de una disposición de la Parte General del Código Penal.
- b) Identifique en el Código Penal cinco tipos penales en que pueda encontrarse una cláusula legal de interpretación.
- c) Cite de la Parte General y de la Parte Especial del Código Penal, en cada caso, cinco disposiciones en que se identifiquen interpretaciones contextuales.

## **4. Temas para Discusión**

- a) La polémica entre la teoría subjetiva y la teoría objetiva de la interpretación nos mueve a reflexionar en lo siguiente: ¿Dónde ha de hallarse el sentido de los preceptos jurídico penales positivos? ¿En el contenido de la voluntad del legislador histórico que redactó y decretó el precepto legal? ¿O en la ley misma?.

b) ¿En la interpretación de la ley debe atenderse a la voluntad del legislador histórico o a la voluntad de la ley en su sentido objetivo o a una solución en el terreno medio?.

c) Cómo operan y qué diferencia puede encontrarse en los términos interpretación, subsunción y aplicación.

d) ¿En el Código Penal las cláusulas legales de interpretación constituyen una excepción a la prohibición de analogía?

e) ¿Cuál es la diferencia entre interpretación y prohibición de analogía?

### **5. Cápsulas de Jurisprudencia**

a) **HERMENÉUTICA JURÍDICA.** *«Para la aplicación de cualquier norma, ser está de índole procesal o sustantiva, el juzgador ha de tener presente que ningún precepto es aislado, por hallarse inmerso en un todo armónico que constituye el sistema penal, debiendo realizarse un análisis integral del ordenamiento jurídico a efecto de establecer la correlación de las diversas normas aplicables. En esa forma, aludimos al principio de unidad del ordenamiento jurídico, relativo a que las decisiones judiciales deben ser producto del análisis sistemático e integral de las disposiciones que componen la normativa secundaria, y en caso de insuficiencia o contradicción respecto de la norma constitucional, prevalecerá la última».* (Sentencia 01-02- de las 11:00 horas del 07/02/03).

b) **INTERPRETACION DE LAS LEYES.** *«La interpretación de las leyes debe practicarse teniendo en cuenta el contexto general y los fines que la informan, pues la inconsecuencia o la falta de previsión jamás debe suponerse en el legislador, por lo cual se reconoce como un principio básico que la interpretación de las leyes debe hacerse siempre evitando darles aquel sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, y adoptando, como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto. Es así como, por un lado, las disposiciones legales, dentro del cuerpo normativo al que pertenecen, deben ser interpretadas teniendo en cuenta el conjunto de normas que conforman el cuerpo; es decir, es insuficiente que el intérprete de la ley extraiga los*

*mandatos, las normas dimanantes de las disposiciones de una ley, sin tener en cuenta el contenido de las demás con las que conforma el cuerpo normativo, ya que la ausencia de una interpretación sistemática genera la posibilidad de llegar a conclusiones erróneas respecto de los mandatos que el legislador dicta a través de las leyes; por tal razón y porque existe la posibilidad que la peticionaria haya efectuado su interpretación sin utilizar el método en referencia, al hacer el análisis de las disposiciones por ella impugnadas, este tribunal se auxiliara del mismo en orden a determinar si son constitucionales o no lo son. Por otro lado, las disposiciones, dentro del ordenamiento jurídico al que pertenecen, deben ser interpretadas -en la medida de lo posible- en armonía con las restantes disposiciones contenidas en cuerpos normativos superiores directamente vinculados materialmente, y que, de acuerdo a la Constitución, las complementan, delimitan o habilitan». (Sentencia de Inconstitucionalidad, Ref. 3-99 de fecha viernes 21 de junio de 2002).*

**c) INTERPRETACIÓN ANALÓGICA.** «Las facultades conferidas por el artículo 17 Pr. Pn. *permite rebasar los límites y alcances de otras disposiciones legales, siempre y cuando se potencie la libertad del imputado o el ejercicio de sus facultades*». (sentencia C183/03 de las 10:00 horas del día 14/7/2004. «La potestad de realizar una interpretación analógica y extensiva, se refiere únicamente al ámbito de la libertad del imputado y al ejercicio de sus propias facultades procesales; ninguno de esos supuestos resulta aplicable al caso en donde se altera discrecionalmente la estructura del proceso y se autoriza una salida alterna legalmente prohibida». (Sentencia 192-CAS-2003 de las 08:30 horas del día 27/7/2004)

**d) INTERPRETACIÓN DE LOS ELEMENTOS ESENCIALES DE LA ESTAFA.** «*En cuanto a los elementos esenciales del tipo objetivo que deben configurarse para la existencia del delito de estafa; ellos están: el engaño, error, disposición patrimonial, perjuicio y provecho. Como principal elemento para adecuar el delito en cuestión, el engaño hace referencia a la acción del sujeto activo, es decir, a la conducta engañosa; es especialmente importante para*

*delimitar y diferenciar la estafa de otros ilícitos que sólo tienen trascendencia en el ámbito civil. La conducta engañosa debe de ser capaz de inducir a error a una o varias personas, que puede consistir tanto en la afirmación de hechos falsos, como en la simulación o desfiguración de los verdaderos; la conducta engañosa debe ser bastante para producir error en otra persona. El engañado a consecuencia del error debe realizar una disposición patrimonial, es decir, la entrega de una cosa a la prestación de un servicio, lo que significa que debe haberse producido un perjuicio de carácter patrimonial en el engañado o en un tercero, lo que conlleva al aprovechamiento del sujeto activo. En cuanto al tipo subjetivo en el delito de Estafa, correlativamente al perjuicio, debe producirse un provecho para el autor del engaño; éste provecho debe ser la finalidad del autor al cometer el delito, por lo que es de extraordinaria importancia para la caracterización de la tipicidad, pues ésta requiere un elemento subjetivo específico, que es el ánimo de lucro». (Sentencia de Hábeas corpus ref. 75-2003 de fecha 17/12/2003).*

**e) INTERPRETACIÓN DE DEUDA.** *«Respecto al término deuda, se tiene que los términos utilizados para dar contenido a ésta figura, referidos a deuda, obligación contractual, obligaciones de carácter netamente civil, conllevan el legado de la época histórica en la cual la palabra civil no tenía significado restringido a lo exclusivamente civil patrimonial que ahora se le atribuye; por tal motivo puede establecerse que actualmente el contenido del artículo 27 inciso segundo de la Constitución, debe entenderse como aquel impedimento o reproche elevado a rango constitucional de que una persona pueda ser privada de su derecho fundamental de libertad física por incumplimiento de obligaciones de dar, hacer o no hacer que no trasciendan al ámbito penal, es decir que la obligación no provenga o se fundamente en la comisión de un hecho tipificado como delito perteneciente al derecho penal, siempre que la tipificación penal no implique una violación al artículo 246 de la Constitución, en cuyo caso la Sala de lo Constitucional tiene potestad para ejercer control de constitucionalidad. Así deuda en el artículo 27 inciso segundo de la Constitución se entiende la fase de ejecución de una obligación, siempre y*

cuando la insolvencia en el cumplimiento de ésta parte del principio de buena fe, y no constituya una fraude, engaño doloso ni transgresión al mínimo ético que protege el derecho penal. Entendiendo por buena fe el principio general del derecho, informante del ordenamiento jurídico, como causa y creación de especiales deberes de conducta exigibles en cada caso, y de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y con la finalidad perseguida por las partes a través de ella; principio que en lo medular se relaciona con el deber de conducirse honradamente y de buena fe en la formación y ejecución de determinada relación jurídica y sus consecuencias». Sentencia de Hábeas corpus ref. 267-2002 de fecha 10/04/2003).

**f) LÍMITES DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.** «Los límites se sitúan donde acaba las posibilidades de una comprensión lógica del texto de la disposición o donde una determinada solución se encontrase en clara contradicción con el texto de la misma. A este respecto, puede haber disposiciones vinculantes contenidas en el Derecho Constitucional escrito pero, en vista que éste no puede hallarse en contradicción con la Constitución escrita, esta última se convierte en límite infranqueable de la interpretación constitucional. La existencia de este límite es presupuesto de la función racionalizadora, estabilizadora y limitadora del poder que le corresponde a la Constitución. Dicha función admite la posibilidad de un cambio constitucional por medio de la interpretación, en el sentido de constatar cambios operados en el ordenamiento constitucional sin seguir el procedimiento establecido para la reforma constitucional -los llamados cambios no formales de la Constitución-; pero excluye el quebrantamiento y la reforma de la Constitución. Para una interpretación constitucional que parte de la primacía del texto constituye este último el límite infranqueable de su actuación-. (Sentencia de Inconstitucionalita, Ref. 22-98 de fecha martes 19 de marzo de 2002).

**g) CONCURSO APARENTE DE LEYES.** «En el concurso aparente de leyes se tiene como presupuesto que un hecho es incluíble en varios preceptos penales de los que solo uno puede aplicarse. Con la implementación de las

reglas del Concurso aparente de leyes como política criminal se pretende imponer una pena única al sujeto activo así un incremento repetido del mismo hecho». (Sentencia de las 12:00 de fecha 07/05/02, T. 1º S. de San Salvador). «Con base en la doctrina penal entendemos que habrá concurso aparente de leyes penales cuando el contenido ilícito de un hecho punible ya esta contenido en otro y, por lo tanto, el autor ha cometido una lesión de la ley penal. Esta situación se da cuando en los tipos penales que serían aplicables al caso concreto existe una relación de especialidad, o de subsidiaridad, o de consunción. En otras palabras si la conducta del autor se subsume bajo varios supuestos de hecho -tipos penales- y el contenido delictivo, sin embargo, es absorbido con la aplicación de uno o de algunos de ellos, de manera que los restantes se deben dejar de lado. Esta es la idea básica sobre la que reposa el concurso aparente de leyes. En este sentido, la consecuencia práctica del concurso de leyes reside en que solo es aplicable la penal del delito que desplaza a los otros y, además, en la determinación de esa pena, no debe computarse otras violaciones de la ley cerrando de esa forma la posibilidad de *in Bis In Idem*». (Sentencia 166—02 de las 08:00 horas del día 18/02/03).

## CAPÍTULO III

### LOS ÁMBITOS DE APLICACIÓN DE LA LEY PENAL SALVADOREÑA

#### INTRODUCCIÓN

Tratamos en este apartado, conforme a nuestro Ordenamiento Jurídico Penal, todo el complejo problema que trae consigo la aplicación de las leyes penales, el cual se contrae a tres importantes ámbitos<sup>1</sup>: espacial, temporal y personal.

En primer lugar, se pretende averiguar la cuestión de cuándo un supuesto de hecho que aparece relacionado con un Ordenamiento Jurídico extranjero está sometido, al mismo tiempo, al poder punitivo del Estado salvadoreño; aspecto que se trata bajo la rúbrica (I) “*Ámbito Espacial de Aplicación de la Ley Penal Salvadoreña*”. Para solucionar las situaciones problemáticas que se puedan presentar en este ámbito, el Código Penal de nuestro país –y esta es la regla común en otros Estados– se rige como punto de partida, y con carácter general, por el *principio de territorialidad* (Art. 8 CP), que luego excepciona mediante el principio de extraterritorialidad de tres maneras posibles: 1ª) por aplicación del *principio personal o de nacionalidad*

---

1 De manera amplia, aludiendo a los tres ámbitos que abordamos JESCHECK, Hans-Heinrich: “**Tratado de Derecho Penal**”, Parte General, Traducción y adiciones de Derecho español por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Volumen Primero, Bosch, Barcelona, España, 1981, p. 216. De forma restringida, refiriéndose únicamente a dos ámbitos citamos a Stratenwerth quien expresa: “*La pretensión de validez del respectivo orden jurídico penal no puede ser universal. Por lo tanto, se requiere precisar su alcance. Tradicionalmente, el tema se trata bajo el título de validez «temporal» y «espacial»*”. STRATENWERTH, Günter: “**Derecho Penal**”, Parte General, I El Hecho Punible, Traducción de la 2ª edición alemana (1976) de Gladys Romero, Edersa, Madrid, España, 1982, p. 39.

(Art. 9 CP), que permite, por ejemplo, aplicar el Derecho Penal salvadoreño a connacionales pese a que el delito se haya cometido en el extranjero; 2ª) mediante el *principio real* o *de protección* (Art. 9 N° 3 CP) por cuya virtud se aplica el Derecho Penal de nuestro país a determinados delitos que afectan bienes jurídicos del Estado salvadoreño, no obstante que los hechos hayan sido cometidos en el extranjero; y, 3ª) a través del *principio de universalidad* (Art. 10 CP), que fundamenta la aplicación del Derecho Penal patrio a ciertos delitos que afectan a bienes jurídicos declarados supranacionales, con independencia del lugar de su comisión o de la nacionalidad del delincuente. Los tres grupos de casos franquean en forma excepcional la aplicación extraterritorial del Derecho Penal salvadoreño. Por lo dicho, se puede afirmar que sustancialmente son dos los aspectos que comprende el ámbito espacial de aplicación de la ley penal salvadoreña: la territorialidad –como regla general– y la extraterritorialidad –como excepción–<sup>2</sup>. En este ámbito, diferentes son las cuestiones que es necesario analizar<sup>3</sup>, por ejemplo, el lugar de comisión del hecho punible, los principios generales aplicables y sus excepciones, lo que atañe al Derecho Internacional Penal y del Derecho Penal Internacional.

En segundo lugar, también se propone estudiar el problema, de especial importancia en momentos de transformación legislativa, de saber cuál es la norma aplicable a un hecho punible cuando ha ocurrido una reforma o la sucesión de una o varias leyes penales; cuestión que se aborda en el epígrafe denominado (II) “*Ámbito Temporal de Aplicación de la Ley Penal Salvadoreña*”. Este ámbito ofrece varios temas a estudiar, verbigracia: la promulgación y derogación de la ley penal, el principio de legalidad y prohibición de la retroactividad, la situación de la sucesión de leyes penales, el principio excepcional de retroactividad a favor del reo, la ley favorable posterior a la condena, el tiempo del hecho punible, etc.

---

2 “...el primero como hipótesis dominante, rige en el carácter de regla general, mientras que el segundo se comporta en calidad de excepción”. MAC IVER, Luis Cousiño: “**Derecho Penal Chileno**”, T. I. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, Chile, 1975, p. 165.

3 BUSTOS RAMÍREZ, Juan: “**Manual de Derecho Penal**”, Parte General, 3ª edición aumentada, corregida y puesta al día, Ariel, Barcelona, España, 1989, p. 90.

Y, en tercer lugar, también es necesario ocuparse de los privilegios procesales de determinadas personas que, por razones que encuentran su propio origen en el Derecho Constitucional o Internacional, están al margen de que se les aplique el procedimiento penal común, por un lado y de otro, algunas veces sustraídas al poder punitivo estatal, aspecto que analizamos con la denominación (III) “*Ámbito Personal de Aplicación de la Ley Penal Salvadoreña*”. Reconocemos, en este tema, que si bien el Art. 3 Cn establece el principio fundamental de igualdad, según el cual todas las personas son iguales ante la ley y que, por consiguiente, no hay persona superior a otra, hay que mencionar que desde antiguo se han desarrollado algunas regulaciones que hacen excepción a esta regla general. Tales son: el principio de inviolabilidad, las exenciones y las inmunidades.

Pasamos a continuación a verificar el estudio pormenorizado de cada uno de los ámbitos citados<sup>4</sup>.

## I. EL ÁMBITO ESPACIAL DE APLICACIÓN DE LA LEY PENAL SALVADOREÑA

La potestad punitiva del Estado salvadoreño está sometida a límites determinados por el espacio sobre el cual ejerce su soberanía<sup>5</sup>. Por tanto, no puede ser ejercida más allá de sus propias fronteras. Diríamos, entonces, como punto de partida, que el territorio salvadoreño es el único ámbito espacial en el cual tiene validez la aplicación de nuestras leyes penales nacionales<sup>6</sup>. Sin embargo, una afirmación de esta naturaleza no es absoluta, dado que existen algunas situaciones que la relativizan, entre ellas podemos señalar las siguientes:

- 
- 4 Un panorama sobre el tratamiento de estos principios en la codificación penal latinoamericana puede verse en BUSTOS RAMÍREZ, Juan y VALENZUELA BEJAS, Manuel: “**Derecho Penal Latinoamericano Comparado**”, Tomo I, Parte General, Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1981.
  - 5 POLAINO NAVARRETE, Miguel: “Derecho...”, Op. Cit., p. 437.
  - 6 El Art. 6 del Código Civil reza: “*La ley obliga en el territorio de la República en virtud de su solemne promulgación y después de transcurrido el tiempo necesario para que se tenga noticia de ella*”.

a) Las facilidades de movilización para trasladarse de un país a otro que actualmente se le presentan a los delincuentes, constituye una realidad que no hace difícil eludir la actuación de los tribunales del país en el que se ha cometido un delito y, en consecuencia, la sanción penal; y,

b) La existencia cada vez mayor de organizaciones delictivas internacionales favorecidas por dicha movilidad de traslado, que extienden su actuación sobre el territorio de diversos países, constituye otra realidad cuya persecución penal demanda la colaboración internacional de los Estados.

Por las situaciones apuntadas, surge la necesidad de incorporar en los ordenamientos jurídicos internos de cada Estado una serie de principios destinados a regular los supuestos en los que converge aparentemente la potestad punitiva de más de un Estado y a establecer Convenios de colaboración interestatal en la persecución de hechos delictivos que afectan a dos o más países o en general a la comunidad supranacional. La forma tradicional de resolver esas situaciones ha sido crear *principios* o celebrar *Pactos* que pasan a formar parte del Derecho interno de cada Estado, lo cual es posible de dos maneras:

a) Por adoptarse en el mismo Código Penal de cada Estado esos principios, como ocurre en el Código nuestro, con los principios siguientes: "*Principio de Territorialidad*", Art. 8; "*Principio Personal o de Nacionalidad*", Art. 9; "*Principio Universal*", Art. 10; "*Favorabilidad Extraterritorial*", Art. 11; "*Lugar de Realización del Delito*", Art. 12 Inc. 1° y 2°; incorporados al Capítulo II "De la Aplicación de la Ley Penal", del Título I, del Libro I, del Código Penal; y,

b) Por derivarse muchas reglas de Tratados Internacionales celebrados entre dos o más Estados que, siguiendo la normativa constitucional, son suscritos (Art. 140 Cn) y luego ratificados (Art. 144 Cn) por el Estado salvadoreño, incorporándose de esa manera al Ordenamiento Jurídico interno como leyes de la República. En esta materia aparecen instituciones que tienen una gran connotación política como ocurre con la *extradición* (Arts 28 Inc. 2° Cn., y 9 N° 3 CP), por medio de la cual los Estados reclaman o conceden competencia a otros para la persecución de delitos.

Con fuentes normativas de esa naturaleza, el ámbito espacial de aplicación de la ley penal salvadoreña ante un problema de conflicto de leyes que se pudiera presentar entre El Salvador y otro Estado para establecer cuál es la ley del Estado aplicable y los órganos jurisdiccionales competentes, en función del lugar en que tal hecho se ha cometido, quedan aparentemente resueltos.

Hay en este ámbito, como puede haberse percibido, una inescindible relación entre *potestad punitiva, soberanía y territorio*, que resulta determinante para establecer cuál es la ley del Estado aplicable y que ésta sea, precisamente, casi con carácter general, la del ámbito territorial del Estado en que el hecho delictivo se ha cometido. Esto es posible por el respeto recíproco de la soberanía de cada Estado cuando la ejercen ante un delito que ha sido cometido dentro de sus fronteras; aunque, existen determinados supuestos en que los Estados “ceden” parte del ejercicio de aquella potestad para favorecer la colaboración internacional y la persecución de los delitos. De allí resulta que es necesario tratar diferentes temas centrales en esta materia: (A) los principios generales aplicables, (B) el lugar de realización del hecho punible y (C) lo pertinente del Derecho Internacional Penal y del Derecho Penal Internacional.

## **A. LOS PRINCIPIOS GENERALES APLICABLES**

Bajo esta rúbrica dos son los principios a estudiar: (1) el de territorialidad y (2) extraterritorialidad de la ley penal.

### **1. EL PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD DE LA LEY PENAL**

El principio básico de territorialidad encuentra su justificación en la idea de que todos tienen que respetar la ley del Estado en que se encuentran<sup>7</sup>. Este principio –variante del *jus soli*– se enuncia de la manera

---

7 STRATENVWERTH, Günter: “Derecho...”, Op. Cit., p. 39. “*El Principio territorial de aplicación de la ley penal encuentra su base en el reconocimiento jurídico-constitucional del territorio del país dentro del cual el mismo ejerce su propia soberanía estatal*”. Así, POLAINO NAVARRETE, Miguel: “Derecho...”, Op. Cit., p. 441.

siguiente: «*la ley penal de un Estado se aplica a los delitos cometidos dentro de su territorio, cualquiera que sea la nacionalidad de los delincuentes o de las víctimas*».

El principio de territorialidad que tiene un predominio en el Derecho Comparado, teóricamente, se fundamenta en la soberanía de cada Estado<sup>8</sup>, acuñada en la máxima general del Derecho que establece que “*la ley del lugar rige el acto*” (*locus regit actum*), y cuya aplicación es independiente de la nacionalidad que ostente quien haya cometido el hecho delictivo; y en su aspecto práctico, a la facilidad con que puede ser observado, se suma la ventaja de que el juicio penal se realice en el lugar en que se cometió el delito.

En nuestro Derecho, el principio de territorialidad, también encuentra fundamento en la soberanía a que se refiere el Art. 84 Cn. En su virtud, el Estado salvadoreño es competente para perseguir y sancionar, con arreglo a sus propias leyes penales, los hechos punibles cometidos en su territorio. Ello supone, por ejemplo, que cualquier extranjero que se encuentre en nuestro territorio y cometa un delito, pueda ser sancionado con arreglo a las leyes de nuestro país, aunque los hechos no constituyan delito en su país de origen. Existen además razones de política criminal que abonan porque la vigencia de la ley penal de un Estado no quede supeditada a la nacionalidad de quien la infringe, porque ello redundaría en el efecto preventivo general y en cuestiones procesales que aconsejan que los hechos se enjuicien en el lugar de su comisión. El principio de territorialidad recogido en el Art. 8 CP establece que:

*“La ley penal salvadoreña se aplicará a los hechos punibles cometidos total o parcialmente en el territorio de la República, o en los lugares sometidos a su jurisdicción”.*

---

8 En tal sentido se ha sostenido: “...*la mencionada relación entre potestad punitiva, soberanía y territorio, determina que el punto de partida para establecer la competencia sea precisamente el territorial*”. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARÁN, Mercedes: “Lecciones...”, Op. Cit. P. 133 y 134.

De esa disposición se colige que basta para la aplicación de la ley penal salvadoreña que los hechos punibles hayan sido cometidos en nuestro propio territorio, o en un lugar sometido a la jurisdicción territorial salvadoreña; repárese que en ambos casos, es indiferente que se trate de una comisión parcial del hecho.

Además del Art. 8 CP, el principio de territorialidad también aparece en otras ramas del Derecho interno, a saber: civil y procesal penal.

a) En el Derecho Civil se encuentra de manera supletoria en el Título Preliminar del Código Civil en los Arts. 6 y 14 que, por su orden y en lo pertinente, dicen:

*“La ley obliga en el territorio de la República en virtud de su solemne promulgación y después de transcurrido el tiempo necesario para que se tenga noticia de ella”; y,*

*“La ley es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros”.*

b) En el Derecho Procesal Penal el principio de territorialidad se complementa con las reglas de competencia por razón del territorio de los tribunales de justicia penal, contenidas en el Código Procesal Penal en los incisos 2°, 3° y 4° del Art. 60, que por su orden dicen:

*“Si la ejecución del delito se inició en territorio nacional y se consumó en territorio extranjero, o viceversa, será competente el juez del lugar donde se inició la acción u omisión o, en su defecto, el juez del lugar donde se produjo el resultado o sus efectos” (Inc. 2°).*

*“En caso de extraterritorialidad de la ley penal, será competente el juez del la capital de la República que se encontraba de turno al momento de cometerse el hecho” (Inc. 3°).*

*“En los delitos cometidos a bordo de naves o de aeronaves comerciales o privadas, cuando naveguen en aguas territoriales o en el espacio aéreo nacional, será competente el juez del lugar donde arribe la nave o aeronave. Cuando la nave o aeronave no arribe en territorio nacional,*

*será competente el juez de la capital de la República que se encontraba de turno al momento de cometerse el hecho” (Inc. 4°).*

Con base a las anteriores disposiciones se establece el ámbito espacial de aplicación de las Leyes Penales de El Salvador mediante un principio que alcanza *«a los delitos cometidos total o parcialmente dentro de su territorio, cualquiera que sea la nacionalidad de los delincuentes o de las víctimas».*

## **1. NOCIÓN DE TERRITORIO**

Como la ley penal, es esencialmente territorial, es indispensable precisar el concepto de territorio para los efectos de fijar los lugares en que es aplicable. Para ello partimos del Art. 84 Cn que delimita el territorio sobre el cual El Salvador ejerce jurisdicción y soberanía, la disposición dice:

*“Art. 84.- El territorio de la República sobre el cual El Salvador ejerce jurisdicción y soberanía es irreductible y además de la parte continental, comprende:*

*El territorio insular integrado por las islas, islotes y cayos que enumera la Sentencia de la Corte de Justicia Centroamericana, pronunciada el 9 de marzo de 1917 y que además le corresponden, conforme a otras fuentes del Derecho Internacional; igualmente otras islas, islotes y cayos que también le corresponden conforme al derecho internacional.*

*Las aguas territoriales y en comunidad del Golfo de Fonseca, el cual es una bahía histórica con caracteres de mar cerrado, cuyo régimen está determinado por el derecho internacional y por la sentencia mencionada en el inciso anterior.*

*El espacio aéreo, el subsuelo y la plataforma continental e insular correspondiente; y además, El Salvador ejerce soberanía y jurisdicción sobre el mar, el subsuelo y el lecho marinos hasta una distancia de 200 millas marinas contadas desde la línea de más baja marea, todo de conformidad a las regulaciones del derecho internacional.*

*Los límites del territorio nacional son los siguientes:*

AL PONIENTE, con la República de Guatemala, de conformidad a lo establecido en el Tratado de Límites Territoriales, celebrado en Guatemala, el 9 de abril de 1938.

AL NORTE, y AL ORIENTE, en parte, con la República de Honduras, en las secciones delimitadas por el Tratado General de Paz, suscrito en Lima, Perú, el 30 de octubre de 1980. En cuanto a las secciones pendientes de delimitación los límites serán los que se establezcan de conformidad con el mismo Tratado, o en su caso, conforme a cualquiera de los medios de solución pacífica de las controversias internacionales.

AL ORIENTE, en el resto, con las Repúblicas de Honduras y Nicaragua en las aguas del Golfo de Fonseca.

Y AL SUR, con el Océano Pacífico”.

Al realizar el desglose de la norma constitucional tenemos que el territorio salvadoreño comprende:

- a) La parte continental (Inc. 1°);
- b) El territorio insular integrado por islas, islotes y cayos que enumera la Sentencia de la Corte de Justicia Centroamericana de 9 de marzo de 1917; igualmente otras islas, islotes y cayos que también le corresponden conforme al Derecho Internacional (Inc. 2°);
- c) Las aguas territoriales y en comunidad del Golfo de Fonseca (Inc. 3°); y,
- d) El espacio aéreo, el subsuelo y la plataforma continental e insular correspondiente; y además sobre el mar, el subsuelo y el lecho marinos hasta una distancia de 200 millas marinas contadas desde la línea de más baja marea (Inc. 4°).

El espacio a que alude el Art. 84 Cn se corresponde con el concepto geográfico o natural de territorio, pero no menciona el denominado concepto jurídico de territorio; pues éste incluye, además del espacio abarcado por el territorio en sentido geográfico o natural –terrestre, marítimo y aéreo–, el denominado territorio ficticio.

## 2. CLASIFICACIÓN DEL TERRITORIO

Comencemos, entonces, por señalar que la doctrina divide el territorio en: *geográfico o natural* y *ficticio o jurídico*<sup>9</sup>.

Territorio *natural* es, en general, aquella porción del globo terrestre sometida a la jurisdicción del Estado, y comprende no sólo el enmarcado entre las fronteras, sino también el mar territorial y el adyacente (aguas jurisdiccionales) y el espacio aéreo.

Territorio *Ficticio o Ficto* es aquel que se encuentra situado fuera del territorio natural de un Estado, pero sobre el cual también ejerce soberanía en virtud de principios de Derecho Internacional generalmente reconocidos. En relación con este tipo de territorio es necesario considerar: a) el territorio flotante; b) el territorio aeronáutico; y, c) el territorio de las sedes diplomáticas. Por consiguiente, si el territorio ficticio lo integran las naves y aeronaves públicas y privadas y las sedes de las embajadas, el concepto ficticio o jurídico de territorio es más amplio que el concepto de territorio geográfico o natural.

Ahora bien, de acuerdo con los principios del Derecho Internacional, el mar es libre y común para todas las naciones. Sin embargo, por razones de seguridad y de defensa se admite la existencia de una faja de mar sometida a la jurisdicción de cada país ribereño, la cual comprende: el mar, el subsuelo y el lecho marinos. Su extensión, conforme a lo dispuesto por el Inc. 4º del citado artículo 84, es de *“una distancia de 200 millas marinas contadas desde la línea de más baja marea”*. Por tanto, si una milla marina equivale a 1,852

9 En la doctrina se dice: *“Para los fines del Derecho Penal es necesario integrar el concepto jurídico de territorio con dos distintos sub conceptos: A) Territorio Real o del Estado, B) Territorio Ficto”*. MAC IVER, Luis Cousiño: “Derecho...”, T. I. Op. Cit., p. 165. Territorio Real o del Estado, es el que describe en su totalidad el Art. 84 Cn. *“Se llama Territorio Ficto a aquel que se encuentra situado fuera del territorio, pero sobre el cual también se ejerce soberanía por un Estado determinado en virtud de principios de Derecho Internacional generalmente reconocidos. En relación con él es necesario considerar: a) el territorio flotante; b) el territorio aeronáutico; o) el territorio ocupado; d) las sedes diplomáticas”*. Así, MAC IVER, Luis Cousiño: “Derecho...”, T. I. Op. Cit., p. 171. Con excepción de los territorios ocupados, nuestra ley penal hace referencia a esta clase de territorios, cuando en el mismo artículo 8 incluye la expresión: *“demás lugares sometidos a su jurisdicción”*. En similar sentido POLAINO NAVARRETE, Miguel: “Derecho...”, Op. Cit., p. 446.

metros lineales, la soberanía y jurisdicción se ejerce hasta una distancia de 370,400 metros lineales, o sea, 370 Km. con 400 Mts. Cabe observar a este respecto que parte del territorio quedó determinado por la Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de la Haya.

Asimismo, forman parte del territorio en sentido jurídico, los espacios acogidos por el denominado derecho de bandera o de pabellón, es decir, las naves y aeronaves salvadoreñas cualquiera que sea el lugar en que se encuentren. En otras palabras, las naves y aeronaves públicas salvadoreñas, gozan de extraterritorialidad y son, por así decirlo, un "pedazo" de territorio dondequiera que se hallen, y por principios internacionales, ante un hecho delictivo cometido a bordo de ellas se aplica la *ley del pabellón*. Tratándose de naves y aeronaves privadas, una distinción se impone: en aguas territoriales nacionales o en alta mar rige en ellas la ley penal del país de su bandera; en aguas territoriales extranjeras, la ley del país bajo cuya jurisdicción se encuentran, con mayor o menor rigor, según las leyes del Estado respectivo.

También, las sedes de las embajadas de otros países forman parte del territorio salvadoreño y, por tanto, pareciera que nuestra ley penal sería aplicable a los delitos cometidos en ellas, pero tal competencia se ve limitada por la inviolabilidad de que gozan dichos espacios en virtud de la Convención de Viena de 18 de abril de 1961; pues, en lo que respecta a las sedes de las embajadas, no se admite ya, por inútil y peligrosa, la ficción de extraterritorialidad, y se estima que su inviolabilidad es una derivación de la inmunidad personal del diplomático.

## **2. EL PRINCIPIO DE EXTRATERRITORIALIDAD DE LA LEY PENAL**

Pese a ser la ley penal salvadoreña esencialmente territorial, su aplicación puede alcanzar a delitos cometidos fuera del territorio del país, sean cometidos éstos por nacionales e incluso por extranjeros, lo cual es posible mediante el principio de extraterritorialidad. Pero, como en estos supuestos la

aplicación extraterritorial de la ley penal nacional tiene un carácter subsidiario del principio de territorialidad, para que opere es preciso que concurren como mínimo tres requisitos:

1°) Que se trate de hechos tipificados como delitos por nuestras leyes penales;

2°) Es preciso que, en virtud del principio "*non bis in idem*", el delincuente no haya sido sometido a proceso y castigado o absuelto por la justicia del país en que delinquiró;

3°) Que el acusado se encuentre en nuestro país, por regreso voluntario o por haberse obtenido la extradición.

Como fundamento de la aplicación de este principio supletorio, se invoca la necesidad de impedir la impunidad de los delitos, cualquiera que sea el lugar en que se perpetraron, y de evitar que nuestro territorio se convierta en un refugio de delincuentes –nacionales o extranjeros– que, habiendo delinuido fuera de nuestro territorio, lo busquen para refugiarse.

Esto es así, por cuanto si el principio de territorialidad se mantuviera a ultranza, muchos hechos delictivos permanecerían en la impunidad, teniendo en cuenta no sólo las facilidades para la movilidad internacional de las personas a que hemos hecho referencia sino también por la aplicación de una serie de principios internacionales que limitan la concesión de la extradición<sup>10</sup>. En realidad, los problemas que traería consigo el principio de territorialidad si no se aceptaran excepciones al mismo pueden expresarse con el siguiente ejemplo: si un ciudadano salvadoreño comete un homicidio en territorio de Italia y se refugia en El Salvador. El principio de territorialidad impediría juzgarlo en El Salvador, pues el hecho no ha sido cometido en territorio salvadoreño, y si Italia solicitara la extradición para juzgarlo, el Estado salvadoreño debería denegarla en aplicación del principio de no entrega de nacionales, salvo que existiera un tratado de extradición entre ambos países; en suma, ante la ausencia de un tratado de extradición el

---

10 MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes: "Lecciones...", Op. Cit., p. 139. Ver Art. 28 Inc. final Cn.

hecho quedaría impune y, precisamente, para evitar estas situaciones de impunidad, en determinados casos se faculta a los Tribunales salvadoreños para enjuiciar hechos cometidos fuera de las fronteras salvadoreñas, pero tal competencia sólo puede ser ejercida efectivamente si el autor de los hechos se encuentra a disposición de los Tribunales nacionales.

Nuestro Código Penal regula la aplicación extraterritorial en base a tres sub principios que son: a) principio personal o de nacionalidad, b) principio real o de protección y c) principio de universalidad o de justicia mundial.

#### **a. PRINCIPIO PERSONAL O DE NACIONALIDAD**

Por el *principio personal o de la nacionalidad*<sup>11</sup>, derivación del *ius sanguinis*, se hace posible la aplicación de la ley penal salvadoreña a hechos delictivos cometidos en el extranjero por salvadoreños. Se asienta así la regla por la cual la ley penal del país sigue a sus nacionales pese a que hayan delinquirido en territorio extranjero. El principio de la nacionalidad es unánimemente admitido en el Derecho comparado y encuentra recepción en nuestra legislación penal en el Art. 9 CP, que expresa:

##### *“PRINCIPIO PERSONAL O DE NACIONALIDAD*

*Art. 9.- También se aplicará la ley penal salvadoreña:*

*1) A los delitos cometidos en el extranjero por persona al servicio del Estado, cuando no hubiere sido procesada en el lugar de la comisión del delito, en razón de los privilegios inherentes a su cargo;*

*2) A los delitos cometidos por un salvadoreño en el extranjero o en lugar no sometido a la jurisdicción particular de un Estado, contra los bienes jurídicos de otro salvadoreño; y,*

*3) A los delitos cometidos en el extranjero por salvadoreños cuando se deniegue la extradición solicitada en razón de su nacionalidad, o por extranjeros contra bienes jurídicos de salvadoreños”.*

---

11 SOLER, Sebastián: “**Derecho Penal Argentino**”, Tomo I, Tea, Buenos Aires, Argentina, 1983, p. 149.

Respecto al N° 1, su importancia viene determinada por la calidad especial del sujeto activo del ilícito en atención a la función que desempeña en el momento de la comisión del hecho. Por ello aquella persona que presta un servicio al Estado salvadoreño en el extranjero, debe ser juzgada en nuestro país debido a que, por el hecho de gozar de privilegios en razón de su cargo, el país extranjero, de conformidad con sus leyes, suele abstenerse de iniciar proceso, de lo contrario, de no existir esta cláusula, tales hechos quedarían impunes.

En relación al N° 2, tanto el sujeto activo del delito como el sujeto pasivo, titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro, deben ser salvadoreños, pues es ésta la condición que origina la aplicación normativa salvadoreña extraterritorialmente.

En cuanto al N° 3, hay que diferenciar dos situaciones: la primera, radica en el principio internacional de no entrega de nacionales a otros países que lo reclaman, principio que debe matizarse con el precepto constitucional contemplado en el Art. 28 Cn; la segunda, es la que permite la aplicación de las leyes penales salvadoreñas a los delitos cometidos en el extranjero por extranjeros contra bienes jurídicos de salvadoreños.

Debe tenerse presente que el principio personal o de la nacionalidad que se deriva del de extraterritorialidad se trata de un principio supletorio respecto al de la territorialidad y muy útil para solucionar lagunas de punibilidad; ya que si todos los Estados llevaran el principio de territorialidad hasta sus últimas consecuencias, la ley salvadoreña sólo se aplicaría realmente a los hechos cometidos en territorio salvadoreño.

Además, en el Código Procesal Penal (Art. 48 N° 2) se prevé la extensión de la competencia penal de los tribunales y jueces de la República:

*“Al conocimiento de los delitos cometidos fuera del territorio de la República conforme a lo establecido en el Código Penal”.*

Asimismo, se señala en el Art. 60 Inc. 2° CPP, como regla subsidiaria de la competencia por razón del territorio, lo siguiente:

*“En caso de extraterritorialidad de la ley penal, será competente el juez de la capital de la República que se encontraba de turno al momento de cometerse el hecho”.*

En resumen el principio personal o de la nacionalidad se concibe de la idea siguiente: *“La ley del Estado acompaña a sus connacionales dondequiera que se hallen, en forma tal que aun en el caso de que se cometa un delito en el extranjero, sean juzgados de acuerdo con la legislación penal de su país de origen”*<sup>12</sup>.

### **b. PRINCIPIO REAL O DE DEFENSA O DE PROTECCIÓN**

Por el principio real, o de defensa o de protección, como también se le conoce se pretende la aplicación de la legislación penal de un Estado a los delitos cometidos fuera de su territorio<sup>13</sup>, cuando vulneran bienes o intereses nacionales, sean públicos, sociales o particulares. Como se trata de otra de las excepciones al principio de territorialidad, aquí no se tiene en consideración el lugar de realización del hecho, sino la nacionalidad del bien jurídico atacado o puesto en peligro, vale decir, la nacionalidad del titular del bien jurídico<sup>14</sup>.

Es notable que con este principio se considere en el Derecho comparado el interés común de los Estados en la represión de ciertos delitos que afectan a bienes jurídicos de gran interés, e implica, como el anterior, una ampliación del *jus soli* con un marcado carácter utilitario, explicable por la importancia de los bienes jurídicos tutelados<sup>15</sup>.

*El principio real o de defensa o de protección* no está contemplado en el Código Penal en una disposición autónoma que de manera expresa

---

12 REYES ECHANDÍA, Alfonso: “Derecho...”, Op. Cit. p. 70.

13 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, José I, *et al*: “Lecciones...”, Op. Cit., p. 60.

14 FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan: “Derecho...”, Op., Cit., P. 138.

15 El Código de Bustamante consagra este principio, aunque con limitaciones en el Art. 308.

aluda a él<sup>16</sup>, es más, curiosamente sólo tiene una cobertura parcial, pues apenas aparece su fuente legal en el N° 3 del Art. 9 CP, que alude no al principio en comento sino al principio personal o de la nacionalidad. El N° 3 citado en lo pertinente expresa:

*“También se aplicará la ley penal salvadoreña:*

*3) A los delitos cometidos en el extranjero por [...] extranjeros contra bienes jurídicos salvadoreños”.*

Con arreglo a lo dispuesto en este fragmento normativo es que se reconoce competencia a los Tribunales salvadoreños para la aplicabilidad de la ley penal a los delitos cometidos por extranjeros e, inclusive, por salvadoreños, fuera del territorio de El Salvador, cuando tales hechos atenten contra bienes jurídicos salvadoreños que, genéricamente, como la ley no distingue, pueden reconducirse tanto a los de naturaleza individual como a colectivos y entre estos a los Estatales, tales como: hechos que atentaren contra la existencia, seguridad y organización del Estado (Arts. 350 a 360 CP) o delitos relativos al sistema constitucional y la paz pública (Arts. 340 a 349 CP).

Digamos que, por el presente principio, el Estado salvadoreño se reserva la competencia para perseguir hechos cometidos fuera de sus fronteras, con independencia de la nacionalidad del autor, cuando lesionan intereses del propio Estado. Tal reserva de competencia se produce, por tanto, ante la posibilidad de que el Estado en cuyo territorio se haya cometido el delito, renuncie a su persecución por tratarse de atentados contra intereses de otro Estado

Ahora bien, este principio será efectivo, bien porque el autor haya sido detenido en El Salvador, pues el delito se habrá cometido en el extranjero,

---

16 El anterior Código Penal en el Art. 7 cuyo epígrafe decía: Extraterritorialidad. Principio Real o de Defensa, decía: *“Se aplicará la ley salvadoreña: 1°) A los delitos cometidos en el extranjero que atentaren contra la existencia y organización del Estado o contra la personalidad interna e internacional del mismo; y a los cometidos contra la paz pública, la economía nacional y la salud pública; 2°) A los delitos de corrupción de funcionarios y empleados públicos cometidos en el extranjero por personas que estén al servicio del Estado Salvadoreño; y, 3°) A los delitos cometidos en el extranjero contra salvadoreños”.*

bien porque, encontrándose en el extranjero, sea concedida la extradición por el Estado en cuyo territorio se encuentre. En consecuencia, las posibilidades de que el Estado salvadoreño ejerza realmente su competencia para el conocimiento de estos hechos se encuentra supeditada, en muchos casos, por el lugar en que se encuentre el autor. Así, por ejemplo, en el supuesto de que un hondureño falsificare billetes de lotería cuya emisión estuviere reservada al Estado salvadoreño (Art. 280 CP) en territorio de Honduras, los Tribunales salvadoreños tienen competencia para juzgarlo por aplicación del principio real, pero si solicitan su extradición al Estado hondureño, éste bien podría denegarla por aplicación del principio de no entrega de los nacionales. En tal sentido, la punición de esta conducta dependerá, entonces, de que la ley penal hondureña incrimine los mismos hechos y pueda ser aplicada en virtud del principio de territorialidad.

Por ello, se ha dicho con razón que el principio de protección tiene escasas posibilidades de aplicación real de modo que su existencia sólo puede explicarse por el afán de otorgar una protección especial al propio Estado cuando se atenta contra él desde fuera de sus fronteras.

En suma: a) el principio real o de defensa o de protección establece que, la ley nacional se aplica a las personas que cometan delitos contra bienes o intereses jurídicos pertenecientes al Estado, sin tener en consideración el lugar donde sucedió el delito<sup>17</sup>; b) el interés primordial que fundamenta este principio es el de darle protección a los bienes jurídicos de un país, en el momento que sean vulnerados, independientemente del lugar donde han sido afectados; y, c) para que pueda aplicarse la ley penal salvadoreña, se requiere que el imputado se encuentre en el territorio de la República y que no se haya iniciado proceso en el extranjero por el mismo hecho.

### **c. PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD O DE JUSTICIA MUNDIAL**

Por el *principio de universalidad*, también conocido como *de la*

---

17 MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARÁN, Mercedes: "Lecciones...", Op. Cit., p. 141. REYES ECHANDIA, Alfonso: Derecho...", Op. Cit. p. 71.

*ubicuidad* o de *administración de justicia mundial* se sostiene que las leyes penales de los Estados poseen validez universal, por lo que los delinquentes deben ser juzgados conforme a las leyes del país que los capture cualesquiera sea su nacionalidad y el lugar de la comisión del delito, en tanto y en cuanto se trate de delitos que afecten bienes jurídicos protegidos internacionalmente por pactos específicos o normas del Derecho Internacional o impliquen una grave afectación a los derechos humanos reconocidos universalmente<sup>18</sup>.

Para este principio importa el reconocimiento de la extraterritorialidad absoluta y constituye una superación del nacionalismo. Por consiguiente, el principio de universalidad, según nuestro ordenamiento jurídico traería consigo la aplicación de la ley penal salvadoreña a un grupo de determinados delitos cometidos por cualquier persona y en cualquier país en consideración de su carácter atentatorio contra la humanidad; estos delitos, entre otros, son los siguientes: *genocidio* (Art. 361); *violación de las leyes o costumbres de guerra* (Art. 362); *violación de los deberes de humanidad* (Art. 363); *comercio internacional* (Art. 367); *piratería* (Art. 368); *piratería aérea* (Art. 369) y *organizaciones internacionales delictivas* (Art. 370).

El principio de universalidad está desarrollado en nuestro Código Penal por el Art. 10, que expresa:

#### "PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD

*Art. 10.- También se aplicará la ley penal salvadoreña a los delitos cometidos por cualquier persona en un lugar no sometido a la jurisdicción salvadoreña, siempre que ellos afectaren bienes protegidos internacionalmente por pactos específicos del derecho internacional o impliquen una grave afectación a los derechos humanos reconocidos universalmente".*

Como puede verse, en virtud del mismo, el Estado salvadoreño también se reserva la competencia para perseguir hechos cometidos

---

18 De acuerdo a ese principio se sostiene: que existen ciertos delitos que hieren bienes jurídicos que constituyen el patrimonio de todos los países, de tal manera que los autores deben ser juzgados por la nación que los capture.

por salvadoreños o extranjeros, fuera del territorio nacional, cuando lesionan determinados bienes jurídicos reconocidos por toda la comunidad internacional y en cuya protección está interesada. Conviene agregar que el reconocimiento de este principio por los Estados supone no sólo una asunción de competencias, sino también el compromiso en la persecución de hechos lesivos para intereses de carácter supranacional y frecuentemente lesionados por formas de delincuencia internacional. Por tanto, se trata de un instrumento contra la impunidad dado que posibilita la persecución por cualquier Estado que lo asuma, de hechos que se han cometido fuera de sus fronteras, pero en cuya represión se encuentra interesado como miembro de la comunidad internacional.

El principio de universalidad al haberse incorporado en nuestro Código Penal está dirigido, fundamentalmente, a permitir que los Tribunales salvadoreños persigan delitos contra intereses internacionales, cometidos en el extranjero, cuando el autor haya sido detenido en El Salvador, puesto que si se encuentra en el país en el que delinquiró, será precisamente la naturaleza internacional del interés lesionado y el principio de territorialidad el que permitirá que sea el propio país en que se ha delinquido, el que persiga los hechos.

En síntesis: la inclusión de este principio en la legislación penal de cada país está justificada por el interés que existe a nivel mundial en prevenir y reprimir la delincuencia internacional. Así, se posibilita la aplicación de la ley de un Estado en el caso que el delito adquiriera trascendencia internacional, sin que importen la nacionalidad del autor ni la del bien jurídico afectado como tampoco el lugar en que el delito haya sido cometido<sup>19</sup>.

## **B. EL LUGAR DE REALIZACIÓN DEL HECHO PUNIBLE**

Hemos visto que por el *principio de territorialidad* regulado en el Art. 8 CP, se establece la competencia de los tribunales penales salvadoreños para

---

19 NÚÑEZ, Ricardo C.: "Manual...", Op. Cit., p. 104.

conocer sobre hechos delictivos cometidos total o parcialmente en territorio salvadoreño. En los casos en que tanto la acción como el resultado del delito se producen dentro del territorio, no existe duda sobre la aplicación del principio de territorialidad. El problema se plantea en los “*delitos a distancia*”, en los que la acción se realiza en un lugar y el resultado se produce en otro; tratándose de lugares que pertenecen a Estados diferentes. Por ello, aquí interesa conocer cómo ha de entenderse la expresión “*lugar de de realización*” del hecho punible.

En principio, hay que señalar que el lugar de comisión de un delito se determina por dos aspectos: por el *lugar donde se realiza la acción* del hecho delictivo y por el *lugar donde se produce el resultado*.

Ahora bien, la duda únicamente se presenta en los denominados *delitos a distancia*, en los que la *acción* y su *resultado* se producen en lugares de Estados distintos (Art. 12 Inc. 3° CP). En teoría, para una clara inteligencia de este aspecto problemático, suele plantearse como ejemplo el caso del “*paquete bomba*”, se trata de un paquete que contiene una bomba enviado desde El Salvador a Guatemala y que provoca una muerte en este último país. Ante tal hecho surge el interrogante ¿Cuál es el lugar de comisión del delito: El Salvador o Guatemala? El interrogante se despeja teóricamente mediante la adopción de una de las tres opciones interpretativas posibles que son: la teoría de la actividad, la teoría del resultado y la teoría de la ubicuidad.

1) Para la *teoría de la actividad*, el delito se considera cometido *allí* donde el autor ha realizado su acción, con independencia del lugar en donde se ha producido el resultado;

2) Para la *teoría del resultado*, el lugar donde éste se produce es aquél en el que debe considerarse cometido el delito, sin tomar en cuenta, por consiguiente, el lugar donde se realizó la acción<sup>20</sup>;

3) Para la *teoría de la ubicuidad*, puede considerarse cometido el

---

20 MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes: “Lecciones...”, Op. Cit., p. 138

hecho tanto en el lugar donde se ha llevado a cabo la acción como el lugar en el que se ha producido el resultado.

Como puede apreciarse, ante la ambivalencia de la teoría de la ubicuidad –lugar de realización de la acción o lugar de producción del resultado–, se resuelve el problema desde un punto de vista práctico, es decir, que todos aquellos casos en que el lugar de la acción delictiva se ha realizado en un país y el lugar del resultado delictivo en otro, tienen una solución que provee la teoría de la ubicuidad.

Si se asumiera una postura radical y no se contara para estos casos más que con la aplicación de las teorías de la actividad o del resultado las respuestas que se obtendrían serían insuficientes y conduciría no sólo a lagunas de aplicabilidad sino que producirían además intolerables situaciones de impunidad. Por tal motivo, tanto en la doctrina como en el Derecho comparado, se apoyan para buscarle una solución a estos problemas en la *teoría de la ubicuidad*.

Nuestra legislación penal de manera expresa ha adoptado la teoría de la ubicuidad en los incisos 3° y 4° del Art. 12 CP, así:

*“El hecho punible se considera realizado, tanto en el lugar donde se desarrolló, total o parcialmente la actividad delictuosa de los autores y partícipes, como en el lugar donde se produjo o debió producirse el resultado ó sus efectos”.*

*“En los delitos de omisión el hecho se considera realizado donde debió tener lugar la acción omitida”*

El fundamento teórico de la teoría de la ubicuidad, y por ende de la disposición, reside en la unidad que constituyen, típicamente considerados, la acción y el resultado, lo que impediría su separación y consideración aislada<sup>21</sup>. Lo cual es consecuente con la obligación del Estado de defender los bienes que tutela jurídicamente dentro de su territorio, aun en el caso que tales bienes fuesen vulnerados por hechos que tuvieron origen en territorio extranjero o viceversa.

21 BACIGALUPO, Enrique: “Manual...”, Op. Cit., p. 49.

## C. EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL E INTERNACIONAL PENAL

### 1. PRECISIÓN CONCEPTUAL

En la doctrina no existe uniformidad sobre el contenido de los conceptos Derecho Penal Internacional y Derecho Internacional Penal<sup>22</sup>. Por ejemplo, hay quienes en *sentido restrictivo* reservan el concepto de Derecho Penal Internacional con un contenido diferente. Para unos únicamente comprende las reglas del Derecho interno referentes a los límites de aplicación de la ley penal en el espacio (territorialidad y extraterritorialidad), otros consideran que únicamente caben en él sólo los preceptos del Derecho interno sobre delitos en que el bien jurídico afectado pertenece a la comunidad internacional, mientras que el resto de la regulación espacial de la ley penal y la entreaayuda judicial internacional los consideran como Derecho Procesal Penal Internacional. Otros utilizan el término Derecho penal internacional en *sentido amplio*, incluyendo en él tanto los aspectos internacionales del Derecho Penal interno de los Estados como el Derecho Internacional penal, o sea, los aspectos penales del Derecho Internacional. También existe una tercera propuesta de denominar Derecho penal internacional, no a los preceptos del Derecho interno sobre la ley penal en el espacio y la extradición, sino precisamente a las normas del Derecho Internacional en materia penal, o sea, como concepto equivalente a Derecho Internacional Penal.

#### a. EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Ahora bien, como el nombre es una simple convención, designaremos y entenderemos bajo la rúbrica de Derecho Penal Internacional el conjunto de preceptos del Derecho interno de cada país sobre la aplicación extraterritorial de la ley penal, la extradición, el asilo y los efectos jurídicos de los juicios celebrados ante Tribunales extranjeros<sup>23</sup>.

---

22 Así, LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: "Derecho...", Op. Cit., P. 211.

23 En esa línea: COBO DEL RESOAL, M. y VIVES ANTON, T. S.: "Derecho...", Op. Cit. p. 173.

## **b. EL DERECHO INTERNACIONAL PENAL**

Por Derecho Internacional Penal entenderemos a un sector, del Derecho Internacional que pretende establecer una legislación penal de la comunidad internacional que proteja los intereses fundamentales de la misma, y que sea aplicable por Tribunales Internacionales a ciudadanos de todos los países<sup>24</sup>.

Pero como el objeto de este tema es sobre la Ley Penal salvadoreña, no corresponde estudiar aquí las diversas manifestaciones del Derecho Internacional Penal. Y, dado que los supuestos de aplicación extraterritorial de la ley penal salvadoreña han sido ya estudiados, procede analizar, exclusivamente, la extradición, el asilo y la eficacia de las sentencias penales de tribunales extranjeros.

## **2. LA EXTRADICIÓN**

Dada la importancia que reviste la institución denominada extradición, vamos a estudiar el concepto, clasificación, fuentes y principal contenido de los tratados sobre esta materia.

### **a. CONCEPTO**

Si bien la soberanía de cada Estado expira en sus fronteras y en estas el ámbito espacial de aplicación de la ley, cabe mencionar que, pese a ello, existe una *institución* de asistencia internacional: *la extradición*, que permite perseguir a los delincuentes que se fugan del país en que delinquieron, a fin de evitar, como lo expresó Beccaria, "*que exista punto alguno de la tierra donde un delincuente pueda encontrarse a salvo de la justicia represiva*". Por tal motivo, a la extradición se le reconoce como fundamento esencial constituir un mecanismo de auxilio de los Estados para evitar la impunidad de los delitos<sup>25</sup>.

---

24 Así, LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: "Derecho...", Op. Cit., P. 212.

25 "*La realización de la Justicia penal internacional encuentra su más prístina manifestación y su más amplio ámbito de vigencia en el plano de la extradición. que constituye un genuino acto de colaboración internacional en materia penal*". POLAINO NAVARRETE. Miguel: "Derecho...". Op. Cit., p. 554.

La extradición es, por eso mismo, un eficaz instrumento para luchar contra la criminalidad internacional. Pero a esta consideración general se agregan otras dos de carácter práctico: en lo tocante al Estado requirente, la necesidad de que el juicio penal se instruya en el lugar en que se perpetró el delito; respecto del Estado requerido, la conveniencia de desembarazarse de los criminales que buscan refugio en su suelo.

La extradición (de *extra-tradere* — *entrega afuera*) es el acto jurídico por el cual un Estado entrega el delincuente refugiado en su territorio a otro Estado que lo reclama para someterlo a proceso o para imponerle la pena a que ha sido condenado<sup>26</sup>.

Por lo dicho, la extradición es un procedimiento de cooperación internacional destinado a impedir que los responsables de delitos, todavía no juzgados o bien ya condenados, eludan la acción de los Tribunales competentes para enjuiciarles o ejecutar la pena, mediante su refugio en otro país.

### b. CLASIFICACIÓN

La extradición<sup>27</sup> presenta un carácter mixto de *derecho* y *deber* internacionales: *derecho* a reclamar la entrega, *deber* de concederla. De allí deriva que en todo proceso de extradición intervienen dos Estados: el *Estado requirente* y el *Estado requerido*. La presencia de dos Estados obliga a definir la extradición desde dos puntos de vista: la *extradición pasiva* y la *extradición activa*. La primera consiste en la entrega que el Estado requerido hace al Estado requirente, de un acusado o condenado que buscó refugio en el territorio del primero de ellos, a fin de que el segundo pueda juzgarlo o ejecutar la condena. La *extradición activa* es la solicitud formulada por el Estado requirente al Estado requerido para que le entregue al responsable

---

26 Cfr. SOLER, Sebastián: "**Derecho Penal Argentino**", Tomo I, Tea, Buenos Aires, Argentina, 1983, p. 177.

27 Sobre la clasificación de la extradición: POLAINO NAVARRETE, Miguel: "Derecho...", Op. Cit., p. 558. DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal y DE MATA VELA, José Francisco: "**Curso de Derecho Penal Guatemalteco**", (Parte General y Parte Especial), Guatemala, 1989, p.109

del delito sobre el que se declara competente, con el fin de juzgarlo o ejecutar la condena.

Complementariamente, se habla de *extradición en tránsito* y *reextradición*. La primera existe cuando el Estado concede autorización para que un delincuente reclamado por otro a un tercero, sea trasladado a través de su territorio, mientras que por *reextradición* se entiende la entrega del delincuente cuya extradición se ha conseguido, a otro Estado que lo reclama con mejor fundamento para su competencia.

Por último y en atención a los órganos intervinientes en el procedimiento, la extradición puede ser *gubernativa*, *judicial* o *mixta*, según la decisión competa al Gobierno, a los Tribunales o a ambos.

### **c. REGULACIÓN DE LA EXTRADICIÓN**

En su esencia, la extradición es una institución de marcado carácter político y, por lo tanto, con un considerable margen para la decisión por parte de los Estados sobre la oportunidad de concederla. Ello se refleja, en primer lugar, en la naturaleza de las fuentes que la regulan que, por lo general, dimanen de la necesaria existencia de acuerdos inter-estatales (Tratados) y, en segundo lugar, en ausencia de aquéllos por el principio de reciprocidad.

La extradición aparece contemplada en el Art. 28 de la Constitución de la República, así:

*“El Salvador concede asilo al extranjero que quiera residir en su territorio, excepto en los casos previstos por las leyes y el Derecho Internacional. No podrá incluirse en los casos de excepción a quien sea perseguido solamente por razones políticas.*

*La extradición será regulada de acuerdo a los Tratados Internacionales y cuando se trate de salvadoreños, sólo procederá si el correspondiente tratado expresamente lo establece y haya sido aprobado por el Órgano Legislativo de los países suscriptores. En todo caso sus estipulaciones deberán consagrar el principio de reciprocidad y otorgar a los salvadoreños todas las garantías penales y procesales que esta Constitución establece.*

*La Extradición procederá cuando el delito haya sido cometido en la jurisdicción territorial del país solicitante, salvo cuando se trate de los delitos de trascendencia internacional, y no podrá estipularse en ningún caso por delitos políticos, aunque por consecuencia de éstos, resultaren delitos comunes.*

*La ratificación de los Tratados de Extradición requerirá los dos tercios de votos de los Diputados electos”.*

De lo anterior se deduce que la extradición presupone un acuerdo entre Estados que, mediante determinados mecanismos legales, pretenden obtener cooperación y reciprocidad para combatir el crimen. Cuando dos o más Estados pactan un tratado o convenio de extradición, es posible hacer presente al delincuente en el lugar de la comisión del delito para que responda penalmente, sin importar que se halle establecido en otro país para evadir la responsabilidad de sus actos. Es claro que, para que la extradición sea un instrumento eficaz de lucha contra la delincuencia, debe existir reciprocidad entre las naciones<sup>28</sup>.

#### **d. FUENTES DE LA EXTRADICIÓN**

Este instituto se regula normalmente por tratados, esto es, por convenciones —bilaterales o multilaterales— celebradas entre dos o más países que se obligan recíprocamente a entregar, previo cumplimiento de ciertas formalidades, a los responsables de determinados delitos. El Salvador ha suscrito tratados bilaterales con diversos países y una convención multilateral: el Código de Bustamante, que destina un Título completo a esta materia (Título III del Libro IV, Arts. 344 a 381). Pero, no debe perderse de vista lo que a tales efectos determina la Constitución, dado que por ésta, la extradición sólo es posible concederla en cumplimiento de un tratado o,

---

28 “Principio de reciprocidad. Con arreglo a tal principio, el Estado requerido obtiene del requirente la seguridad de que éste le **entregará** a un fugitivo perseguido por los mismos hechos y con las mismas cualidades personales que el perseguido cuya extradición ser demandada”. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes: “Lecciones..., Op. Cit., p. 147.

atendiendo al principio de reciprocidad. Quedan excluidos, generalmente, de la extradición los delitos políticos.

A falta de tratados, o fuera de los casos incluidos en ellos, la extradición se rige por convenios de reciprocidad, que, fundados en la cortesía internacional, consisten en acuerdos particulares celebrados entre dos Estados, en que el requirente se compromete con el requerido a proceder en el futuro de la misma manera cuando se presente un caso análogo. Debido a la facilidad de concertar estos convenios, no es indispensable, teóricamente al menos, la existencia de tratados de extradición.

Algunos países poseen leyes especiales de extradición, esto tiene la enorme ventaja de uniformar la política a seguir en esta materia, evitando así desigualdades de tratamiento poco propicias a la cordialidad internacional.

#### **e. PRINCIPAL CONTENIDO DE LOS TRATADOS DE EXTRADICIÓN**

Las cuestiones de Derecho sustantivo en los tratados de extradición se refieren básicamente a dos aspectos: los delincuentes y los delitos. En cada uno de ellos se regula un catálogo de principios acuñados por el Derecho Internacional.

*En lo que respecta a los delincuentes*, el principio generalmente admitido en la práctica es el de la no extradición de los nacionales. No obstante, este principio se encuentra en plena crisis, por dos razones: porque vulnera la igualdad que debe servir de base a la extradición y porque presupone una desconfianza hacia la justicia penal extranjera. Sin embargo, una solución más realista a este problema es tal vez la *extradición facultativa* de los nacionales, criterio que acoge el Código de Bustamante, cuyo Art. 345 dispone: “*Los Estados contratantes no están obligados a entregar a sus nacionales. La nación que se niegue a entregar a uno de sus ciudadanos estará obligada a juzgarlo*”. Limitación que se traduce en la disyuntiva “*entregar o juzgar*”, y que tiende a evitar la impunidad del nacional que delinque en tierra extranjera y se refugia en su patria. La Constitución nuestra ha superado el principio de

la no extradición de los nacionales, pues (Art. 28 Inc. 2°) prevé la extradición cuando se trata de salvadoreños, aunque condiciona su procedencia (1) a lo que expresamente determine el tratado y (2) a la aprobación por el Órgano Legislativo de los países suscriptores.

Por otra parte, las leyes de extradición contienen garantías a favor de los extraditados, con lo cual se evita que sean entregados delincuentes políticos a quienes se imputan delitos comunes.

*En relación con los delitos a que se aplica*, rigen básicamente, entre otras, las exigencias siguientes:

1) El *principio de legalidad*. Este da origen al principio de la doble incriminación, por cuya virtud el hecho por el que la extradición se solicita debe constituir delito tanto en el país requirente como en el requerido (Art. 353 C. Bustamante);

2) La *principio de la gravedad criminal*. Los antiguos tratados de extradición, para determinar su procedencia, especificaban taxativamente los delitos extraditables, o sea, no todo delito era susceptible de extradición. Posteriormente, para su procedencia era menester que se tratara de infracciones graves, excluyéndose, las infracciones no graves y las faltas. En la actualidad, las enumeraciones taxativas han sido abandonadas y se las reemplaza por una apreciación de la gravedad de los delitos, de acuerdo con una penalidad mínima impuesta por la ley. Es el sistema seguido por el Código de Bustamante, que en su Art. 354 dice: *"Asimismo se exigirá que la pena asignada a los hechos imputados, según su calificación provisional o definitiva por el juez o tribunal competente del Estado que solicita la extradición, no sea menor de un año de privación de libertad y que está autorizada o acordada la prisión o detención preventiva del procesado, si no hubiere aún sentencia firme. Esta debe ser de privación de libertad"*.

3) El *principio de especialidad*, el extraditado no podrá ser juzgado sino por el hecho concreto que motivó la extradición; es decir, se excluye que sea juzgado por delito distinto del que motivó la concesión de la extradición (Art. 357 C. de Bustamante).

4) *El principio de doble incriminación.* El principio de la identidad normativa o de la doble incriminación exige que el hecho que motiva la extracción sea constitutivo de delito en los ordenamientos punitivos tanto del Estado requirente como del Estado requerido.

5) *El principio de delitos comunes.* No se concede la extradición de los delincuentes políticos, principio que adquiere los caracteres de dogma de Derecho Internacional a partir de la *ley belga* sobre extradición, de 1833. Las razones que se invocan para justificarlo son: el respeto que mutuamente se deben los Estados a su independencia y soberanía, la inconveniencia de la intromisión de un Estado en los asuntos de política interna de otro y la pretendida inocuidad del delincuente político en el país de refugio. La noción de delito político no es fácil de precisar, por la disconformidad de pareceres acerca de su naturaleza y porque entre el delito político puro y el delito común se intercala una categoría intermedia en que se combinan ambos elementos, el político y el de derecho común. Los criterios para fijar la esencia del delito político son de carácter objetivo, subjetivo o mixto (así, el Art. 21 CP). El primero atiende al bien jurídico lesionado o puesto en peligro, el delito político atenta contra el sistema constitucional, la existencia, seguridad y organización del Estado (Inc. 1° del Art. 21 CP); el segundo, se basa en el móvil que lo inspira y en la finalidad perseguida por el agente, es decir, está inspirado exclusivamente por móviles políticos y persigue también finalidades de este orden (Art. 21 Inc. 2° CP); por último, el criterio mixto conjuga los dos anteriores: se funda, entonces, en el móvil del autor, aunque el bien jurídico atacado por su materialidad sea de un delito común (Art. 21 Inc. 3° CP). En este último caso, la objetividad jurídica no basta, pues el delito debe ser político objetiva y subjetivamente, en su materialidad y en el móvil que guía al autor.

### 3. EL DERECHO DE ASILO

El asilo, que constituye una de las instituciones más antiguas de la humanidad civilizada, aparece vinculado en su origen histórico a concepciones

mágicas o religiosas que desembocan en el reconocimiento de significación jurídica al mismo<sup>29</sup>. En términos genéricos, el *asilo* es la protección concedida por un Estado a la persona que se refugia en su territorio, huyendo de la persecución política de que es objeto por parte de otro. Protección que se plasmará, como acabamos de recoger, en la denegación de la extradición si es solicitada.

El Art. 28 Cn., establece las condiciones generales por las que el Estado salvadoreño podrá conceder asilo a ciudadanos de otros países, en los siguientes términos:

*“El Salvador concede asilo al extranjero que quiera residir en su territorio, excepto en los casos previstos por las leyes y el Derecho Internacional. No podrá incluirse en los casos de excepción a quien sea perseguido solamente por razones políticas”.*

#### **4. LA EFICACIA DE LAS SENTENCIAS PENALES EXTRANJERAS**

Con la validez espacial de la ley penal no sólo se relaciona la eficacia de las leyes penales; sino, además, el de la eficacia de las sentencias extranjeras en el territorio nacional. La soberanía nacional impide que las leyes penales foráneas tengan aplicación en el territorio patrio; por igual motivo, las sentencias penales pronunciadas por tribunales extranjeros carecen de validez en el territorio nacional, aunque si bien, una afirmación como la hecha es verdadera, no es absoluta. Por consiguiente, es necesario comenzar por distinguir al respecto entre la fuerza ejecutiva de una sentencia y su valor de cosa juzgada. Fuerza ejecutiva sólo puede tenerla en el país en que se pronunció; pero a la sentencia extranjera no se puede negar el valor de cosa juzgada. Los más importantes aspectos que derivan de ese valor son los siguientes:

---

29 POLAINO NAVARRTE, Miguel: “Derecho...”, Op. Cit., p 537.

a) En virtud del principio "*non bis in idem*", se reconoce valor de cosa juzgada a las sentencias penales extranjeras que han condenado o absuelto a un delincuente, en los casos en que el delito cometido cae también bajo el imperio de la ley penal nacional (Arts. 182, 4 Cn, 7 CPP y 51, 13 LOJ); y,

b) Tratándose de reincidentes y habituales del delito, en atención al peligro que estos individuos entrañan para la sociedad, se estima que tales circunstancias deben ser apreciadas a base de las condenas impuestas, sea que hayan sido pronunciadas por tribunales nacionales o extranjeros, criterio acogido por numerosas legislaciones e incorporados por el Art. 310 del Código de Bustamante, el cual en lo pertinente dice:

*"Para el concepto legal de la reiteración o de la reincidencia, se tendrá en cuenta la sentencia dictada en un Estado extranjero contratante, salvo los casos en que se opusiere la legislación local"*.

En concordancia con lo anterior, el Código Penal salvadoreño en el Art. 30 N° 16, dice:

*"Son circunstancias agravantes de la responsabilidad (...)*  
**REINCIDENCIA O HABITUALIDAD**

*16) Cometer el hecho, como autor o participe, de forma reincidente; es decir, cuando se trate de un nuevo delito realizado dentro del período de los cinco años siguientes a la fecha en que se haya sancionado al imputado por un delito doloso que atente contra el mismo bien jurídico o sea de igual naturaleza.*

*No se considera reincidencia cuando se trate de varios hechos cometidos en la misma fecha o período de tiempo sin solución de continuidad, o tratándose de concurso ideal o real de delitos, cuando se hayan iniciado diferentes procesos para sancionar por separado los hechos que los conforman.*

*Cometer el hecho habitualmente, es decir en las mismas circunstancias del inciso anterior, después de haber sido condenado en dos o más ocasiones. Sólo se apreciará la reincidencia y la habitualidad cuando se trate de delitos dolosos."*

### III. EL ÁMBITO TEMPORAL DE VALIDEZ DE LA LEY PENAL SALVADOREÑA

Como toda obra humana, la ley penal tiene unos límites temporales. La ley penal no pretende ser perpetua, sino que tiene como objeto de valoración determinados comportamientos humanos que, en la medida en que las exigencias sociales cambien, la harán evolucionar correlativamente<sup>30</sup>. Por ello, para analizar lo relativo a la aplicación de la ley penal en el tiempo, es necesario enfocar no solamente el principio básico de la no retroactividad en que se fundamenta, sino también exponer sus reglas generales y sus excepciones. De allí que, bajo esta rúbrica varios son los problemas que es necesario resolver, comenzaremos por el principio de la irretroactividad de la ley, luego por el principio excepcional de retroactividad a favor del reo. Por último hay que considerar lo relacionado con el tiempo del hecho punible.

#### A. EL PRINCIPIO DE LA NO RETROACTIVIDAD

Conforme a este principio una conducta no puede castigarse como delito sin que previamente a su realización estuviera establecida como delictiva. A su vez un delito no puede castigarse más que con la pena que estuviera prevista por la ley al tiempo de su realización. La exigencia de una ley previa a la conducta que la defina como delito y para ello prevea una pena es el contenido tradicional del principio de legalidad, y su consecuencia jurídica es la prohibición de dotar a las nuevas leyes penales de efectos retroactivos<sup>31</sup>. La prohibición de retroactividad de las leyes penales se asienta en los principios de legalidad y seguridad jurídica como límites de la intervención penal del Estado.

---

30 POLAINO NAVARRETE, Miguel: "Derecho...", Op. Cit., p. 487.

31 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, José I, *et al*: "Lecciones...", Op. Cit., p. 43.

Si el principio de legalidad exige ley previa, entonces, la ley penal es irretroactiva, principio que surge de la Constitución<sup>32</sup> y del Código Penal que reconocen este principio en los Arts. 21 y 13, respectivamente, así.

El Art. 21 Inc. 1° Cn, dice:

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

El Art. 13 CP, cuyo epígrafe es “Vigencia de la Ley Penal”, establece:

*“Los hechos punibles serán sancionados de acuerdo con la ley vigente en el tiempo de su comisión.*

*Este criterio rige también para la imposición de medidas de seguridad”.*

La irretroactividad punitiva se asienta en la función de garantía de los derechos fundamentales del principio de legalidad en general. Únicamente si una conducta está previamente prohibida puede el ciudadano saber que si la realiza incurre en responsabilidad, sólo así puede acomodarse a la ley y disfrutar de seguridad en su posición jurídica.

## 1. PROMULGACIÓN Y DEROGACIÓN DE LA LEY PENAL

En general, todas las leyes, sin excepción ninguna, tienen una eficacia que está vinculada al período de su vigencia. Al respecto, Reyes Echandía<sup>33</sup> señala: *“Las leyes penales, como cualquier otra especie de normas, nacen y mueren; su ciclo vital comienza cuando el [ejecutivo] las pone en conocimiento de los asociados, vale decir, las promulga (...) y termina cuando una nueva ley las deroga expresa o tácitamente”.* Ese ciclo vital de la ley es lo que en doctrina se conoce como *ámbito temporal de validez de la ley*

---

32 El principio de irretroactividad de la ley penal tiene carácter constitucional, de modo que la ley penal, por principio general, debe ser entendida como aplicable a hechos cometidos después de su puesta en vigencia. En sentido similar véase a ZAFFARONI, Eugenio Raúl: “Tratado...”, Op. Cit., p. 459.

33 REYES ECHANDÍA, Alfonso: “Derecho...”, Op. Cit., p. 60.

*penal*. Por lo que, conviene hacer un somero repaso sobre la entrada en vigor y la derogación de las leyes que son de aplicación al Derecho Penal.

En cuanto al tiempo de su vigencia, las leyes penales, según lo prescriben los Arts. 140 y 142 Cn, y 50 y 51 del Código Civil, rigen desde el momento de su publicación hasta su derogación, sin perjuicio de lo que en ellas se establezca sobre la fecha de entrada en vigor. Conforme al Art. 135 Cn, el Presidente de la República sanciona todo proyecto de ley aprobado y discutido por la Asamblea Legislativa, promulgándolo y ordenando su publicación en el Diario Oficial. Pero, la eficacia de la ley *permanente* no se produce hasta su entrada en vigor que con arreglo al Art. 140 Cn., tiene lugar, por lo menos, a los ocho días de su publicación a no ser que en la propia ley amplíe el plazo, lo cual es posible, pero no puede restringirse.

Durante dicho período, es decir, entre la publicación y la entrada en vigor –la *vacatio legis*– la ley carece de total eficacia y no puede ser aplicada, lo que significa que todavía se encuentra vigente la ley anterior<sup>34</sup>. Esta será en principio la aplicable a los delitos cometidos durante la *vacatio legis*; salvo que se trate de una ley cuya vigencia sea limitada temporalmente, en cuyo caso rige a partir de su publicación.

En materia penal dada la trascendencia de sus efectos suele recomendarse la previsión de una *vacatio legis* superior a los ocho días para permitir su completo conocimiento no sólo por los Tribunales que deben aplicarla sino también por los ciudadanos que recibirán sus consecuencias. Por ejemplo, el Art. 409 del Código Penal vigente preveía originalmente un período de más de siete meses entre su publicación (10 de junio de 1997<sup>35</sup>) y su entrada en vigor (20 de enero de 1998). Posteriormente, el mencionado

---

34 “El nacimiento de la ley penal se produce, en el mundo jurídico, bien en el instante cronológico en que concluye la *vacatio legis*, de mayor o menor extensión temporal, bien en el que se haya ultimado la total publicación de la ley respecto del caso en que, por expresa disposición de la misma, no se prevea *vacatio legal*”. Así, POLAINO NAVARRETE, Miguel: “Derecho...”, Op. Cit., p. 489.

35 Diario Oficial N° 105, Tomo N 335, de 10 de Junio de 1997.

artículo fue sustituido por otro que amplió la *vacatio legis*, entrando a regir el veinte de abril de 1998<sup>36</sup>.

En cuanto a la derogación de la ley penal rige igualmente lo dispuesto con carácter general en el Art. 142 Cn, es decir, que para derogar las leyes deben observarse los mismos trámites que para su formación. En tal sentido, las leyes sólo se derogan por otras posteriores, sin que con la derogación recobren su vigor las que ésta hubiere derogado. Debe tenerse en cuenta, que las sentencias de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia que declaran la inconstitucionalidad de una ley tienen el valor de cosa juzgada, vinculan a los poderes públicos y producen efectos generales y obligatorios desde su publicación en el Diario Oficial (Arts. 183 C y 11 L Pr C)<sup>37</sup>. Por ello, luego de su publicación en el Diario Oficial el fallo de la Sala de lo Constitucional de una ley declarada inconstitucional, ésta debe dejar de ser aplicada, pues la sentencia produce los mismos efectos que una ley nueva.

## 2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y PROHIBICIÓN DE RETROACTIVIDAD

En el ámbito penal la promulgación de una ley con anterioridad al hecho que tipifica y castiga aparece como una garantía fundamental de la persona, y se muestra como la primera y esencial consecuencia del principio de legalidad<sup>38</sup>, el cual en el ámbito sustantivo presenta un doble contenido garantizador tanto del delito como de las consecuencias jurídicas (Art. 1 Inc. 1° CP).

La irretroactividad de las leyes penales con ese doble contenido

---

36 Decreto Legislativo N° 205, de 8 de enero de 1998, publicado en el Diario Oficial N° 5, Tomo N° 338, de 9 de enero de ese mismo año.

37 El Art. 11 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, dice: "*Art. 11.- La sentencia definitiva se publicará en el Diario Oficial dentro de los quince días subsiguientes al de su pronunciamiento, para lo cual se remitirá copia de la referida sentencia al director de dicho periódico, y si este funcionario no cumpliere, la Corte ordenará que se publique en uno de los diarios de mayor circulación de la capital de la República, sin perjuicio de la responsabilidad en que haya incurrido*".

38 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: "Derecho...", Op. Cit., p. 139. WESSELS, Johannes: "Derecho...", p. 14.

garantizador que deriva del principio de legalidad ha quedado establecido en el Art. 1 Inc. 1° CP, así:

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

Además, de lo enunciado, el Art. 13 CP, dice:

*“Los hechos punibles serán sancionados de acuerdo con la ley vigente en el tiempo de su comisión”.*

La finalidad que más caracteriza al Derecho Penal es la prevención general, lo que se logra con leyes previas, una de las importantes garantías que deriva del principio de legalidad. En consecuencia, si las leyes penales pretenden que los ciudadanos se abstengan de delinquir y para ello anuncian la imposición de una pena a quienes cometan determinadas conductas no podrá atribuírseles responsabilidad si en el momento de su actuación la ley no definía la conducta como delito<sup>39</sup>. La exigencia de una ley previa, tiene como fin posibilitar la tipificación del hecho punible, hacer efectiva la amenaza de la pena o de las medidas de seguridad y demás consecuencias accesorias del delito. Además, de prevenir posibles delitos, una de las finalidades de la ley penal es la de motivar al autor a no cometerlos, todo lo cual sólo se logra mediante el conocimiento de una ley preexistente<sup>40</sup>.

### **3. LA SUCESIÓN DE LEYES PENALES**

La finalidad preventiva general nace de la propia función del Derecho Penal como ordenamiento protector de bienes jurídicos esenciales para la colectividad. Pero en cada momento histórico de una sociedad el orden de valores existentes que las normas penales protegen evoluciona

---

39 REYES ECHANDIA, Alfonso: “Derecho...”, Op. Cit. p. 6.

40 Con ello se da satisfacción no solamente a las exigencias y garantías fundamentales en nuestro Derecho sino también a lo que se ha declarado incluso como Derecho humano en el plano internacional. Cfr. Art. 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (Asamblea General ONU, 1948).

o son sustituidos al compás de los cambios valorativos que se operan en el seno social. El relevo de normas vigentes por otras más adecuadas al contexto histórico se conoce como sucesión de leyes penales. Así, por ejemplo: a) con el actual Código Penal se derogó el Art. 265<sup>41</sup> que acogía el *delito de adulterio*, abandonándose la protección de la fidelidad conyugal; b) del vigente Código Penal se derogó el Art. 48<sup>42</sup> que regulaba la *conversión de la detención provisional*, pues se consideró: (1) que se estaba aplicando retroactivamente de conformidad al artículo 21 de la Constitución y (2) que por un error involuntario, se aprobó en el Código Penal, no obstante, que su naturaleza jurídica era de índole procesal.

La sucesión de leyes penales permite explicar la irretroactividad de las leyes penales, pues éstas no pueden ser aplicadas a hechos anteriores a su promulgación, lo que puede considerarse el fundamento político criminal de la retroactividad. En esta línea, las leyes penales son reglas de conducta que miran al futuro, es decir, a la prevención de delitos, y por tanto, no pueden desplegar sus efectos hacia momentos anteriores a su vigor. Así, por

---

41 El Art. 265, inserto bajo la rúbrica del Capítulo I (Delitos Contra el Matrimonio y la Moral Familiar), del Título Único (Delitos contra el Matrimonio y el Estado Civil y la Asistencia Familiar), de la Segunda Parte (Delitos contra los Bienes Jurídicos de la Familia), del Libro Segundo (Los Delitos), decía:

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

*1º) La mujer casada que tuviere acceso carnal con hombre 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.”*

42 En efecto, por Decreto Legislativo N° 425, de fecha 24 de septiembre de 1998, publicado en el Diario Oficial N° 198, Tomo N° 341 de 23 de Octubre del mismo año, se derogó dicha disposición, la cual expresaba lo siguiente:

*“La detención provisional que la persona haya sufrido por el hecho por el que fuere condenada, se abonará a la pena a razón de un día de prisión por cada día de detención provisional durante los primeros seis meses, de dos días de prisión por cada día de detención provisional, por el tiempo que supere los seis meses y no exceda de un año y, por tres días de prisión por cada día de detención provisional por el tiempo que exceda de un año”.*

un lado, la creación de una nueva figura delictiva por la ley penal no puede recaer sobre conductas cometidas con anterioridad pese a que tal desvalor se exprese legalmente y ese desvalor este presente en los hechos anteriores que se definen; y de otro, permite también explicar la excepción al principio, o sea, la retroactividad de la ley más favorable.

Si se suceden en el tiempo dos o más leyes, el principio dominante es el de la irretroactividad de la ley, esto es, que tiene aplicación la que regía al momento de la perpetración del delito (Art. 21 Cn). No sólo en materia penal, sino con carácter general impera este principio en nuestra legislación, ya que el Art. 9 Inc. 1° del Código Civil expresamente dice que:

*“La ley no puede disponer sino para el futuro y no tendrá jamás efecto retroactivo”.*

Fundamento de la irretroactividad es el carácter legalista del Derecho Penal, del que es corolario de la defensa de las garantías.

## **B. LA RETROACTIVIDAD COMO EXCEPCIÓN**

Desde el punto de vista constitucional, la concreta prohibición de retroactividad de las leyes, en general, y por ende, de materia penal, se contiene básicamente en el citado Art. 21, aunque en su mismo enunciado se ha considerado que tal restricción no es absoluta<sup>43</sup>. Sin embargo, la excepcionalidad de la aplicación retroactiva en materia penal es más restrictiva, pues procede únicamente cuando la nueva ley sea favorable al delincuente. Aunque con ello no se hace referencia alguna a las normas penales de distinto contenido, como por ejemplo, las que prevén circunstancias atenuantes, agravantes o aquellas que modifican la ley vigente aumentando o disminuyendo la gravedad de las penas. Por ello el alcance

---

43 De todo ello se infiere el principio de irretroactividad de las leyes penales según el cual no pueden éstas ser aplicadas a hechos anteriores a su promulgación. Con ello se da satisfacción no solamente a esas exigencias y garantías fundamentales en nuestro Derecho sino también a lo que se ha declarado incluso como Derecho humano en el plano internacional. Cfr. Art. 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

real de la prohibición de la retroactividad se establece a partir del contenido constitucional del principio de legalidad y su concreción en preceptos de rango inferior en el Código Penal.

Los efectos retroactivos que comprende el Art. 21 Cn, en concreto se refieren:

a) A supuestos de la ley más favorable promulgada con posterioridad al hecho pero antes del juicio, caso en que deberá ser aplicada en la sentencia que se dicte (Art. 14 CP); y,

b) supuestos en los cuales la ley posterior más favorable despliega sus efectos retroactivos incluso si ya se ha producido una sentencia firme y se está cumpliendo la condena con lo cual en tales casos deberá dictarse una nueva resolución conteniendo los efectos derivados de la nueva ley –la extinción de la condena o la disminución de la pena– (Art. 15 CP).

Por consiguiente, debe tenerse presente que las leyes penales que<sup>44</sup>: a) tipifiquen nuevos delitos, b) incrementen las penas a los ya existentes, c) establezcan circunstancias agravantes generales, o d) establezcan figuras agravadas de delito, no pueden ser aplicadas retroactivamente.

## 1. LA RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL MÁS FAVORABLE

La retroactividad de la ley penal más favorable que constitucionalmente constituye una excepción al principio general de la irretroactividad de las leyes penales, es viable cuando las nuevas normas penales, por ejemplo, establezcan circunstancias eximentes, atenuantes o disminuyan las penas y, obviamente, las que despenalicen conductas. En tales supuestos, la nueva ley puede ser aplicada a hechos acaecidos antes de su vigencia. Así debe entenderse el Art. 14 CP que dice:

*“Si la ley del tiempo en que fue cometido el hecho punible y las leyes posteriores sobre la misma materia, fueren de distinto contenido, se*

---

44 Sobre las distintas hipótesis en la sucesión de leyes penales puede verse a SOLER, Sebastián: *“Derecho Penal Argentino”*, Tomo I, Tea, Buenos Aires, Argentina, 1983, p. 186.

*aplicarán las disposiciones más favorables al imputado en el caso particular que se trate”.*

## **2. LA RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL MÁS FAVORABLE POSTERIOR A LA CONDENA**

*La retroactividad de la ley penal más favorable posterior a la condena constituye otra excepción al principio general de irretroactividad de las leyes penales que se encuentra reconocido en el Art. 15 CP, bajo el epígrafe “Ley favorable posterior a la condena” que literalmente dice:*

*“Si la promulgación de la nueva ley cuya aplicación resultare favorable al condenado se produjere antes del cumplimiento de la condena, deberá el tribunal competente modificar la sentencia en lo relativo a la pena, de acuerdo a las disposiciones de la nueva ley”*

*Si la condena hubiere sido motivada por un hecho considerado como delito por el legislador anterior y la nueva ley no lo sanciona como tal, se ordenará la inmediata libertad del reo, quien gozará del derecho de rehabilitación”.*

Obsérvese al respecto la amplitud de efectos retroactivos permitidos por los artículos transcritos. Por supuesto, si la ley más favorable es promulgada con posterioridad a los hechos pero antes del juicio, debe ser aplicada en la sentencia que se dicte (Art. 14 CP). Pero, además, la ley posterior más favorable deberá desplegar sus efectos retroactivos incluso si ya se ha producido una sentencia firme y se está cumpliendo la condena con lo cual en tales casos deberá dictarse una nueva resolución conteniendo los efectos derivados de la nueva ley (extinción de la condena o la disminución de la pena).

La obligatoriedad de revisar la resolución se encuentra implícita para los supuestos en que una ley penal es derogada por declararla inconstitucional la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (Art. 183 Cn). Es decir, las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de una ley posibilitan revisar los procesos en los que haya recaído sentencia

con fuerza de cosa juzgada, concretamente en los procesos en los que como consecuencia de la inconstitucionalidad de la norma aplicada, resulte una despenalización o una reducción de la pena o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad.

Inclusive, los efectos retroactivos de la ley posterior más favorable deben producirse también cuando el reo ya hubiere cumplido la condena cancelándose los correspondientes antecedentes penales. Negar tal amplitud de efectos supone interpretar de manera restrictiva y formalista los Arts. 14 y 15 CP y restringir el espíritu del principio de retroactividad de las disposiciones que regulan la rehabilitación y cancelación de registros, Arts. 109 y Sgts. CP.

Existe un supuesto especial en que puede generar ciertas dudas acerca de la obligatoriedad de aplicar de una manera retroactiva una ley que produce efectos beneficiosos. Se trata de reformas por las que se modifican determinadas cuantías establecidas en la ley penal. Por ejemplo, elevar de veinte colones a quinientos la cuantía del valor de la cosa sustraída a partir de la cual un hurto debe ser considerado delito y dejan de serlo y pasan a ser constitutivos de falta todos los hurtos inferiores a tal cantidad. Evidentemente la modificación resulta beneficiosa para quienes hubieren cometido un hurto mayor de veinte colones e inferior a quinientos con anterioridad a la modificación; pero de ello no se desprende que la nueva ley debiera aplicárseles retroactivamente, por ejemplo, modificando los antecedentes penales de los ya condenados. En este caso, la modificación no es un verdadero supuesto de sucesión de leyes penales que demuestre un cambio valorativo sobre los hechos en cuestión, sino una mera adecuación al cambio de precio de las cosas objeto del delito en función de las circunstancias económicas.

### **3. LA RETROACTIVIDAD EN MEDIDAS DE SEGURIDAD Y LEYES PROCESALES**

Las leyes penales sustantivas, como las leyes penales especiales,

en concreto el Código Penal, que establecen medidas de seguridad; así como las leyes procesales en materia penal necesitan de alguna precisión.

c1) En cuanto a las medidas de seguridad, aunque no son penas resulta incuestionable que sus consecuencias suponen la restricción de derechos individuales, por lo que se encuentran sometidas a la prohibición general de retroactividad cuando son más gravosas. Así lo establece el Art. 13 CP que dice:

*"Los hechos punibles serán sancionados de acuerdo con la ley vigente en el tiempo de su comisión.*

*Este criterio rige también para la imposición de medidas de seguridad".*

c2) Las leyes procesales en materia penal tropiezan con el problema del principio *tempus regit actum* que rige en materia de procedimientos y que determina que los actos procedimentales se desenvuelvan con arreglo a las normas vigentes en cada momento; salvo en las que se refiere a la regulación de la prisión provisional, cuya irretroactividad es más restrictiva por afectar al derecho a la libertad personal. Así, si en el momento del juicio está en vigor una ley procesal que contenga menores garantías que la vigente en el momento del delito debería, en principio, aplicarse la más restrictiva. Sin embargo, la operatividad de la regla *tempus regit actum*<sup>45</sup> se encuentra en tal caso claramente excluida por aplicación del Art. 21 Cn que, además de no distinguir sobre la naturaleza de la ley penal, impide, como se ha repetido la retroactividad de las disposiciones desfavorables.

---

45 Zaffaroni explica que: *"El principio tempus regit actum no tiene validez absoluta en derecho penal, porque excepcionalmente puede aplicarse a un acto una ley posterior (caso de la novatio legis in melius), pero esta excepción, como veremos, tampoco tiene carácter absoluto, sino que a su vez reconoce excepciones, en las que mantiene total vigencia el principio tempus regit actum (leyes temporarias y extraordinarias). Por otra parte, si por actus se entiende delito, de lo único que corresponde hablar es del principio de irretroactividad de la ley penal (tempus regit actum) y de la excepción no absoluta en caso de novatio legis in melius, caracterizada como excepcional supuesto de retroactividad de la ley penal, pero, si por actus se entiende la acción de sentenciar o la de ejecutar la sentencia, esta excepción no absoluta debe designarse como "ultraactividad de la ley penal".* ZAFFARONI, Eugenio Raúl: "Tratado...", Op. Cit., p. 460.

#### 4. DETERMINACIÓN DE LA LEY MÁS FAVORABLE

Cuestión distinta, ante la sucesión de leyes penales sustantivas, es la *determinación de la ley que se considera más favorable*, porque ello no aparece siempre con claridad. Hay varias cuestiones a dilucidar.

Primera: la elección de una ley más beneficiosa no presenta problemas cuando se despenaliza una conducta o se comparan penas de igual naturaleza, dado que en este último supuesto bastaría una comparación entre ambas, por ejemplo, pena de prisión. Pero pueden surgir dudas cuando se trata de penas de contenido distinto: así cabe preguntarse si resulta más perjudicial para el reo la pena de arresto de fin de semana (Art. 49 CP) o la de multa (Art. 51 CP). Al respecto debe establecerse, en primer lugar, que la decisión compete al Tribunal sin que pueda dejarse a la elección del reo, aunque algunos autores proponen que sea oída la opinión de éste; pero igualmente debe decidirse que la permisión de la retroactividad se establece para aquello que favorezca al delincuente y por tanto deberá decidirse en atención a sus circunstancias concretas.

Segunda: cuando la ley posterior contiene circunstancias beneficiosas pero también perjudiciales, por ejemplo, disminuyendo la gravedad de la pena señalada para el delito pero estableciendo circunstancias agravantes que son aplicables al caso. Tal situación debe resolverse comparando las consecuencias concretas que una y otra ley supone para el caso en cuestión y aplicando de manera completa la ley que permita las menos gravosas.

Tercera: lo que no resulta posible, pese a que así se haya propuesto doctrinalmente, es aplicar los aspectos más beneficiosos de una ley y de otra, pues con ello el Tribunal estaría creando una norma nueva (*lex tertia*) desempeñando con ello funciones legislativas que no le competen.

#### 5. EFICACIA DE LAS LEYES INTERMEDIAS Y DE LAS LEYES TEMPORALES

Se denomina *ley intermedia* a la que no estaba en vigor en el momento de comisión de los hechos ni lo está en el momento del juicio y

ulterior dictado de la sentencia, sino que ha tenido vigencia entre uno y otro momento. Las dudas que plantea su posible aplicación provienen del hecho de que la valoración contenida en dicha ley no era mantenida por el legislador cuando se cometió la conducta, pero tampoco lo es en el momento en que ésta se enjuicia. Pese a ello, si la ley intermedia resulta más beneficiosa para el delincuente, se acepta su aplicación en atención a que éste pudo ser juzgado con arreglo a la misma si el juicio se hubiera celebrado bajo su vigencia y si ello no ha ocurrido no deben aplicársele las consecuencias de la ley que le perjudica.

Mayor problema plantean las denominadas *leyes temporales* y de *excepción*.

Son *temporales* aquellas que nacen con un período limitado de vigencia establecido expresamente en la propia ley que fija la fecha en que dejará de estar en vigor.

Las denominadas *excepcionales* son también leyes temporales, en la medida en que tienen limitada su vigencia, pero tal límite no se establece de manera fija sino remitiéndolo al cese de las circunstancias en virtud de las que se promulga la ley, por ejemplo, una ley que aumentara las penas de los delitos contra la propiedad para evitar el pillaje durante una catástrofe y mientras ésta durara.

Tanto las leyes temporales como las excepcionales suelen tener una vigencia corta tras la cual vuelve a entrar en vigor la legislación anterior a la situación que las ha provocado, es decir, la ley penal que tenía *suspendida* su vigencia y que generalmente suele ser más beneficiosa porque sus normas están previstas para circunstancias normales.

El problema surge cuando los hechos cometidos bajo la vigencia de la ley temporal o excepcional más rigurosa son juzgados cuando ya vuelve a regir la ley penal que resulta más favorable, puesto que, aparentemente, esta debe ser aplicada retroactivamente. Pero, ante esos supuestos, no se admiten efectos retroactivos de las leyes que vuelven a regir cuando ha caducado la vigencia de las leyes temporales, pues la ley penal ordinaria

que recobra su vigor no comporta una valoración nueva y más favorable a las conductas castigadas por la ley temporal en las circunstancias de su vigencia.

Esto es así, teniendo en cuenta la corta vigencia de las leyes temporales y el muy probable retraso del procedimiento judicial, de lo contrario, prácticamente, sería nugatorio el sentido político criminal en que se fundan, pues siempre debería aplicarse la ley penal más beneficiosa y en tal supuesto la ley temporal nunca llegaría a aplicarse, resultando entonces en ineficaz de hecho.

En apoyo de tal propuesta se argumenta no sólo la ineficacia en que caerían las leyes temporales, sino también que en estos supuestos no se está ante un auténtico caso de sucesión de leyes penales, en que el ordenamiento ha variado su valoración sobre las conductas de manera que ello deba beneficiar al reo; al contrario, lo que ha variado son las circunstancias que motivaron el cambio legislativo, de manera que si tales circunstancias siguieran presentes, el ordenamiento seguiría valorando los hechos del mismo modo.

El Código Penal proporciona una solución clara al problema, al establecer en el Art. 16, que:

*“Los hechos punibles realizados durante la vigencia de una ley destinada a regir de manera temporal, serán sancionados de conformidad con los términos de la misma”.*

Con tal enunciado, el Código Penal acepta la *ultraactividad* de las leyes temporales. Sin embargo, la doctrina está dividida en ese aspecto, aunque es dominante la opinión que estima conveniente mantener la *ultraactividad* de las leyes temporales.

En resumen: la ley temporal es una ley excepcional que rige con límite de tiempo y para casos especiales. Por tanto, la retroactividad es aplicable únicamente para aquellas leyes de carácter permanente y no de naturaleza temporal, pues de lo contrario, no tendría sentido desde el punto de vista de la prevención general, el que una ley temporal al perder

su vigor permitiese que la ley suspendida fuera retroactiva, ya que una vez concluida la vigencia de la ley temporal o excepcional emerge la vigencia de la ley permanente, y técnicamente sería un absurdo que el legislador, con este tipo de leyes, pretendiera, por diversas razones como es el caso de una calamidad pública, detener la delincuencia sancionando determinadas conductas con más severidad.

### C. EL MOMENTO DE REALIZACIÓN DEL DELITO

Los delitos en que no existe lapso entre la acción y su resultado no ofrecen problemas acerca del momento en que deben considerarse cometidos; en cambio, en los delitos cuya realización se prolonga en el tiempo aparecen problemas de diversa índole, por ejemplo, el propio ámbito temporal de la ley o el momento a partir de cuándo debe computarse el plazo de prescripción del delito. Piénsese en supuestos como la transfusión dolosa o culposa de sangre contaminada con el virus del SIDA que provoca la aparición de la enfermedad varios años después. En casos como éste, resulta problemático establecer el momento en que realmente se ha cometido el hecho. En legislaciones en que no existe norma que regule tal eventualidad se ha manifestado la doctrina bien por la consideración del momento de la acción, bien por la del momento del resultado, o por ambos momentos conjuntamente. En atención a lo que se dispone en nuestro Ordenamiento Jurídico, tal situación carece de significancia al estar prevista en el Art. 12 Incisos 1° y 2° CP, que define el *momento de la acción o de la omisión* como determinante de la realización del hecho, "*aún cuando sea otro el tiempo del resultado*".

Lo cierto es que la determinación sobre cuál es la ley aplicable, carece de la relevancia que se le ha dado tradicionalmente. Pues, si la ley vigente en el momento en que se produce el resultado es más beneficiosa, deberá aplicarse ésta en todo caso, aunque la acción hubiere tenido lugar bajo la vigencia de otra ley anterior. La vigencia de la ley posterior más beneficiosa en el momento del juicio obliga a su aplicación en virtud simplemente del principio general de la aplicación de la ley más favorable al delincuente que

opera en esta materia (Art. 21 Cn). Del mismo modo, si la ley del momento del resultado (y por tanto, posterior a la acción u omisión), es más perjudicial al delincuente, no podrá aplicarse porque la retroactividad en un supuesto así, no tiene aplicación. Por tanto, en una sucesión de leyes penales, la ley más perjudicial sólo se aplicará si tanto la acción (u omisión) como el resultado han tenido lugar bajo su vigencia salvándose en todo caso, la retroactividad de la ley posterior más favorable.

#### **D. EL MOMENTO DE PRESCRIPCIÓN DE LA PENA Y DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD**

En lo que respecta al momento a partir del cual se computa el plazo de prescripción de la pena (Arts. 96 N° 3, 99, 100, 101, 10 y 103 CP), el Código Penal nos proporciona un doble criterio para precisar el momento en que comienza a correr la prescripción: a) a partir de la fecha en que la sentencia ha quedado firme, cuando no se ha comenzado a cumplir la pena; y, b) a partir del quebrantamiento de la condena, si hubiese comenzado su cumplimiento. Así, lo establece el Art. 100. Similar situación se prevé para el comienzo de la prescripción de las medidas de seguridad en el Art. 103 Inc. 2° CP.

#### **E. LA ULTRAactivIDAD DE LAS LEYES PENALES**

Finalmente, conviene aludir a la "ultraactividad de la ley penal". Reyes Echandía manifiesta: *"El fenómeno de la retroactividad de la ley más benigna se complementa con el de la ultraactividad de la más favorable; en virtud de él, si una norma es más favorable al sindicado, debe aplicarse aun después de que haya cesado de regir, siempre que el hecho se hubiera cometido mientras dicha ley estaba en vigor"*<sup>46</sup>.

Como ejemplo podemos citar el Art. 129 CP., relativo al delito de "Homicidio Agravado". Antes de ser reformado preveía una sanción inferior

---

46 REYES ECHANDIA, Alfonso: "Derecho...", Op., Cit., p. 62.

(que era de veinte a treinta años de pena de prisión) a la que actualmente se establece (que es de treinta a cincuenta años). En este caso, si la ley anterior le favorece al imputado, podrá seguirse aplicando, a pesar de que ya haya entrado en vigencia una nueva ley, siempre que el hecho se hubiera cometido durante la vigencia de la ley ahora derogada; tal planteamiento tiene como punto de partida el principio que recoge la máxima latina "*tempus regit actum*".

### **III. EL ÁMBITO PERSONAL DE APLICACIÓN DE LA LEY PENAL SALVADOREÑA**

#### **A. ASPECTOS INTRODUCTORIOS**

Una de las características del Derecho Penal anterior a la Revolución Francesa era la desigualdad en que se encontraban los individuos frente a él, desigualdad que provenía no solamente del nacimiento, a base de la radical distinción entre hombres libres y siervos, y, respecto de los primeros, entre nobles y plebeyos, sino también de la religión y de la nacionalidad. La revolución Francesa (1789), hizo triunfar la idea de la igualdad ante la ley, principio, que muy pocos años antes ya había sido inscrito en la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica (1787). A partir de entonces se ha acuñado en la mayoría de las constituciones de los Estados que todas las personas son iguales ante la ley, que no hay persona superior a otra. Nuestra Constitución así lo consagra en el Art. 3 Inc. I, que a la letra dice:

*"Todas las personas son iguales ante la ley. Para el goce de los derechos civiles no podrán establecerse restricciones que se basen en diferencias de nacionalidad, raza, sexo o religión";*

El Código Civil lo reafirma en el Art. 14, al disponer que:

*"La ley es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros";*

El Código Penal lo reproduce prácticamente en los mismos términos en el Art. 17 Inc. 1°, cuyo tenor literal es el siguiente:

“La ley penal se aplicará con igualdad a todas las personas que en el momento del hecho tuvieran más de dieciocho años”.

En el Derecho Internacional tenemos que el Código de Derecho Internacional Privado, lo establece en el Art. 296; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos lo regula en el Preámbulo y en los Arts. 3, 14.1, 14.3 y 26, y, finalmente, la Convención Americana sobre Derechos Civiles y Políticos en los Arts. 8.2 y 24.

Sin embargo, desde antiguo se han desarrollado algunos principios que hacen la excepción a esta regla general, de allí que se sostenga que la igualdad ante la ley no es absoluta en los Ordenamientos Jurídicos, y que tanto en ámbito del Derecho Penal como en el Derecho Procesal ella está limitada, en ciertos casos, por una serie de prerrogativas, tales como<sup>47</sup>: las *inviolabilidades*, los privilegios constitucionales y las *inmunidades de jurisdicción*, como excepciones que no constituyen privilegios personales, sino que revisten carácter *funcional*, en cuanto están destinadas a garantizar con máxima eficacia el ejercicio de altos cargos públicos.

## B. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY Y PRERROGATIVAS

Nuestra Constitución, como hemos visto, establece el principio de igualdad según el cual todas las personas son iguales ante la ley<sup>48</sup>, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacionalidad, raza, sexo o religión (Art. 3). Ello tiene como consecuencia inmediata, obviamente,

---

47 Respecto de algunas personas que desempeñan ciertas funciones, la Constitución de la República establece el cumplimiento de ciertos requisitos procesales para que puedan ser sometidas a los jueces en casos de delitos. Se trata de un ante-juicio, es decir, de condiciones extraordinarias para el procesamiento.

48 La igualdad de trato formal no supone el mantenimiento de la antigua regla de que “hay que tratar igualmente a los iguales, y desigualmente a los desiguales”, sino un planteamiento más complejo que comprende dos vertientes de la igualdad que son la igualdad como equiparación y la igualdad como diferenciación. Sobre esta clasificación véase a TINETTI, José Albino, SORIANO, Salvador Héctor y RODRÍGUEZ MELÉNDEZ, Roberto: “Igualdad Jurídica”, 1ª edición, CNJ, Escuela de Capacitación Judicial, San Salvador, El Salvador, 2004, Pgs. 12 y 13.

que todas las personas se encuentran por igual y en las mismas condiciones, sometidas a la ley penal; sin embargo, ha quedado establecido que la propia Constitución contiene situaciones especiales, doctrinalmente consideradas como excepciones al principio de igualdad, en las que determinadas personas reciben un tratamiento diferenciado por parte de la ley penal, en función del cargo que ocupan. Tales situaciones se corresponden con las prerrogativas, en las que se comprende<sup>49</sup>: las *inviolabilidades*, los *privilegios constitucionales* y las *inmunidades de jurisdicción*. A ellas debe añadirse la *minoridad penal*.

La *inviolabilidad* equivale a la ausencia de responsabilidad penal. Hay personas que, en función del cargo que ocupan, gozan de inviolabilidad, no responden penalmente de los actos sobre los que ésta recae pese a que puedan ser constitutivos de delito. La inviolabilidad constituye una causa personal por la que no se puede exigir responsabilidad a determinadas personas por los hechos realizados<sup>50</sup>. Pero las inviolabilidades de esta naturaleza —concretamente las parlamentarias—, recaen sobre actos relativos a las funciones propias del cargo en cuestión (Art. 125 Cn).

---

49 En la nomenclatura de la doctrina hay variadas denominaciones de estos casos, por ejemplo, POLAINO NAVARRETE, al respecto dice: “*Como supuestos específicos, en que tal sustracción a la eficacia de la norma jurídico-penal se produce, son reconocidos los tres siguientes: la exención, que al proclamar que el Derecho penal propio es excluido en su aplicación por prevalecer el Derecho penal extranjero postula una remisión normativa; la indemnidad, que proclama la total impunidad de las conductas típicas de determinados personas; y la inmunidad, conforme a la cual aun siendo aplicable el Derecho penal respectivo, se sustrae la perseguibilidad de las conductas de ciertos autores a los órganos jurisdiccionales propios, o bien la persecución queda vinculada a ciertos presupuestos. Las dos primeras hipótesis operan como causas personales de exclusión de la penalidad, en tanto que la tercera constituye un impedimento jurídico-procesal con relevancia sustantiva*”. POLAINO NAVARRETE, Miguel: “Derecho...”, Op. Cit., p. 522. “*Cabe distinguir, pues, entre indemnidad e inmunidad de ciertos funcionarios. La inmunidad es, precisamente, la condición extraordinaria de procedibilidad: el desafuero, el juicio de responsabilidad política, por ejemplo. En lugar, hay indemnidad cuando los actos de una persona, o ciertos actos de una persona, quedan fuera de la responsabilidad penal*”. Así, ZAFFARONI, Eugenio Raúl: “**Tratado de Derecho Penal**”. (Parte General), Tomo I., Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1980, p 486.

50 BUSTOS RAMÍREZ, Juan: “Manual...”, Op. Cit., p. 102.

En cambio las *inmunidades de jurisdicción* más bien son obstáculos procesales establecidos para demandar responsabilidad penal a los sujetos que gozan de las mismas. La inmunidad puede traer consigo especiales requisitos para detener o para enjuiciar a la persona inmune, que no se exigen al resto de los ciudadanos. Al consistir en un trámite procesal que opera ante cualquier actuación perseguible penalmente, recae sobre hechos cometidos no sólo dentro sino también fuera del ejercicio de las funciones propias del cargo.

Con mucha frecuencia suele reflexionarse si las inviolabilidades e inmunidades son violatorias del principio de igualdad contenido en el Art. 3 Cn. La respuesta a tal interrogante es negativa y se argumenta que "lo que infringe el principio de igualdad ante la ley es el tratamiento diferenciado de situaciones *iguales* o de situaciones cuyas diferencias no justifiquen el trato desigual. Dicho a la inversa, si la diferencia entre dos situaciones es de tal naturaleza que resulta razonable su tratamiento legal diferenciado, no sólo no se excepciona el principio de igualdad, sino que se atiende a su contenido material<sup>51</sup>.

En suma, las prerrogativas no constituyen un privilegio personal o de clase por lo siguiente:

En primer lugar, el tratamiento especial que suponen tales situaciones no se establece en atención a las personas a quienes afectan sino que se fundamenta en la necesidad de otorgar protección específica a la función que desempeñan o al cargo o a la institución que encarnan. Por tanto, nos encontramos ante prerrogativas de los órganos antes que frente a privilegios personales.

En segundo lugar, la consideración de las inviolabilidades e inmunidades como excepción al principio de igualdad, es decir como casos en los que éste no se cumple, permite en ambos casos que se trate de manera diferente a quienes el ordenamiento jurídico considera inviolables o inmunes.

---

51 MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARAN, Mercedes: "Lecciones...", Op. Cit., p. 158.

### C. LA INVIOABILIDAD PARLAMENTARIA E INMUNIDADES INTERNAS Y EXTERNAS

Entre las excepciones que encuentran fundamento en el Derecho Constitucional hay que distinguir entre la denominada "inviolabilidad parlamentaria" y las inmunidades internas que actúan como obstáculos procesales.

#### 1. LA INVIOABILIDAD PARLAMENTARIA

La inviolabilidad parlamentaria constituye una ausencia de responsabilidad penal para quienes en función del cargo de diputados están exentos de los actos que, pese a que puedan ser constitutivos de delito, guardan relación con el ejercicio del mismo. A tales efectos, el Art. 125 Cn, establece que:

*"Los Diputados representan al pueblo entero y no están ligados por ningún mandato imperativo. Son inviolables, y no tendrán responsabilidad en tiempo alguno por las opiniones o votos que emitan".*

Sin embargo, del contenido de la disposición constitucional, lo primero que conviene destacar es que la inviolabilidad de los Diputados no es total o absoluta, esto significa que sólo se extiende a determinadas actuaciones: las opiniones o votos, que emitan en el ejercicio de sus funciones, respecto a los cuales, no podrá ser demandada responsabilidad penal.

A tal restricción podría oponerse el argumento por el cual se sostiene que *"donde no distingue la ley, le está vedado distinguir al intérprete"*, pero, tan obsoleto criterio es discutible, pues la inviolabilidad parlamentaria se orienta a la protección de la función legislativa: en este sentido, se pretende que los Diputados puedan manifestar con absoluta libertad cualquier opinión sin temor a verse sometidos a un proceso penal por su contenido, incluso si ésta fuera susceptible de calificarse como delito de injurias, por ejemplo. Sobre este punto un sector doctrinal ha expuesto la necesidad de interpretar restrictivamente el concepto de "opiniones", reduciéndolo a las expresiones sobre hechos cuestionables, lo que dejaría fuera de la inviolabilidad manifestaciones

verbales que, por ejemplo, fueran calificables como calumnia, difamación o como amenazas. Sin embargo, no puede ignorarse que la calificación penal de conductas como éstas es frecuentemente discutible y dependiente de la interpretación, con lo que el ámbito efectivo de la inviolabilidad carecería de contornos precisos, perjudicándose la finalidad de la institución. Con arreglo a esta argumentación, por tanto, debe aceptarse la ausencia de responsabilidad penal de los Diputados por cualquier manifestación verbal realizada en ejercicio de sus funciones.

Pero, desde nuestro punto de vista se exige un límite a la inviolabilidad parlamentaria: que la opinión debe ser vertida en el ejercicio de la función diputadil. En este sentido, la función de los Diputados se corresponde, obviamente, con la que la Constitución otorga: ejercer la potestad legislativa en el Pleno y por Comisiones. Todo ello conduce a acotar temporal y espacialmente el ejercicio de la *función* parlamentaria, reduciéndola a las reuniones válidamente convocadas por los organismos legislativos, único ámbito en el que, con arreglo a una interpretación conforme a la *Constitución*, opera la inviolabilidad como protección de las funciones que desempeña como tal un diputado, sin que, a nuestro entender, pueda extenderse a las actuaciones de éstos fuera de dicho ámbito.

Con arreglo a este planteamiento, la inviolabilidad parlamentaria se constituye en causa personal, aunque basada en la protección de la función, de exclusión de la responsabilidad, lo que significa que si la opinión manifestada es constitutiva de injurias, por ejemplo, sigue manteniendo tal carácter aunque no pueda demandarse responsabilidad a su autor. Y asimismo, idéntica manifestación verbal sería perseguible penalmente –por mantener su carácter ilícito– si fuera pronunciada fuera de sus funciones. Esto último, no es compartido por la totalidad de la doctrina.

En segundo lugar, la inviolabilidad de los Diputados mantiene efectos permanentes, es decir, la protección constitucional los alcanza incluso cuando hayan dejado el cargo, de manera que las opiniones y votos manifestadas

en el ejercicio del mismo, tampoco pueden ser perseguidas tras la pérdida de su condición.

En conclusión, es preferible según el texto constitucional no establecer límites al contenido de las expresiones de los Diputados, pero reduciendo estrictamente esta prerrogativa al ámbito temporal y espacial de las funciones de éstos, que son en definitiva, el objeto de esta especial protección.

## 2. LAS INMUNIDADES INTERNAS

Las inmunidades internas u obstáculos procesales son prerrogativas constitucionales. Se entiende por inmunidades: "La prerrogativa de que gozan determinadas personas en razón del cargo que desempeñan, conforme a la cual sus comportamientos presuntamente delictivos, quedan sometidos a un especial tratamiento jurídico penal"<sup>52</sup>. Ese tratamiento en nuestro Ordenamiento Jurídico no es más que el *procedimiento especial de antejuicio* (Arts. 381 a 390 CPP), que se traduce en responder ante la Asamblea Legislativa por los delitos oficiales<sup>53</sup> y comunes que cometan determinados funcionarios que gozan de privilegio constitucional, para que ésta, oyendo a un fiscal de su seno y al indiciado, o a un defensor especial, en su caso, declare si hay o no lugar a formación de causa. Si declara que ha lugar a formación de causa, se pasarán las diligencias a la Cámara de Segunda Instancia (Arts. 236 Inc. 2° Cn; 51 N° 3 y 381 y Sgts. CPP), para que conozca en primera instancia, y, en el segundo caso, esto es, si se declara que no ha lugar a formación de causa, se archivarán las diligencias. Precisamente en el Art. 236 Cn., se menciona taxativamente que gozan de esta prerrogativa los siguientes funcionarios<sup>54</sup>:

- 52 REYES ECHANDIA, Alfonso: "Derecho...", Op. Cit., p. 79. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: "Derecho...", Op. Cit., p. 178. BACIGALUPO, Enrique: "Manual...", Op. Cit., p. 82 y 83. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan: "Derecho...", Op. Cit. p. 157.
- 53 Conforme al Art. 22 del Código Penal: "*Son delitos oficiales aquellos cuya estructura típica requiere del sujeto activo la cualidad específica de ser funcionario o empleado público*".
- 54 En los regímenes monárquicos el soberano es inviolable, a diferencia de lo que sucede en los países republicanos, en que todos los funcionarios quedan sometidos al imperio de sus leyes penales.

1) El Presidente y Vicepresidente de la República; 2) Los Diputados (de la Asamblea Legislativa y del Parlamento Centroamericano); 3) Los Designados a la Presidencia; 4) Los Ministros y Viceministros de Estado; 5) El Presidente y Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y de las Cámaras de Segunda Instancia; 6) El presidente y Magistrados de la Corte de Cuentas de la República; 7) El Fiscal General de la República; 8) El Procurador General de la República; 9) El Procurador para la defensas de los Derechos Humanos; 10) El Presidente y Magistrados del Tribunal Supremo Electoral; y, 11) Los Representantes Diplomáticos.

Además, según el Art. 239 Cn, se comprende también a otro grupo de funcionarios públicos que gozan de ese privilegio constitucional, consistente en exigirse para su juzgamiento por los mismos delitos oficiales que cometan "*previa declaratoria de que hay lugar a formación de causa, hecha por la Corte Suprema de Justicia*". Pues, en tratándose de delitos y faltas comunes que se les atribuyeren, quedan sujetos a los procedimientos ordinarios, mencionándose a los siguientes: 1) Los Jueces de Primera Instancia; 2) Los Gobernadores Departamentales; 3) Los Jueces de Paz; y, 4) Los demás funcionarios que determine la ley.

Dentro de la legislación salvadoreña, todas las excepciones al principio de igualdad anotadas, salvo la inviolabilidad de que gozan los Diputados por las opiniones o votos que emitan en el desempeño de sus cargos (Art. 125 Cn); representan únicamente garantías de orden procesal; esto es, se concretan en la interposición de determinados obstáculos procesales al ejercicio de la acción penal de manera directa ante los tribunales penales, consistentes, en la imposibilidad de proceder a su detención —salvo el caso de flagrante delito grave— y en la necesidad de solicitar previamente la declaratoria de haber lugar a formación de causa de la Asamblea Legislativa o de la Corte Suprema de Justicia para proceder a su procesamiento.

Obstáculos procesales que en la terminología penal equivalen a las

denominadas *condiciones objetivas de procesabilidad*<sup>55</sup>. Por consiguiente, ellas no sitúan al afectado al margen de la ley sustantiva, y se fundan en la necesidad de asegurar una mayor independencia funcionaria, que se vería menoscabada de ser el juez ordinario quien procesara a imputados de tan alta jerarquía, o, en caso de desafuero de los miembros de la Asamblea, si fuese acordado por sus pares. De ahí que, en el caso de los funcionarios determinados en el Art. 236 Cn, su procesamiento sea por Tribunales Superiores de Justicia.

Entre los argumentos para fundamentar la necesidad de las inmunidades se suele manifestar que tan especial trato encuentra sustento en la necesidad de evitar que el proceso penal se utilice como arma política para entorpecer la labor de tales funcionarios. Por consiguiente, la Asamblea Legislativa debe tener la oportunidad de analizar los motivos por los que se pretende proceder contra dichos funcionarios e impedirlo si lo considera conveniente (archivo equivale a sobreseimiento).

El Código Procesal Penal, en el Libro III, Procedimientos Especiales, se ocupa del trámite relativo a las personas que tiene privilegio funcional, en el Título II, Capítulo Único del Procedimiento en caso de Antejjuicio (Arts. 381 a 390).

Cabe mencionar, desde otro punto de vista, el régimen jurídico especial al que están sometidos los menores de edad por la comisión de hechos delictivos (Art. 35 Inc. 2° Cn).

### **3. LAS INMUNIDADES EXTERNAS**

Algunas excepciones al principio de igualdad también tienen su origen en el Derecho Internacional, de allí que se hable de inmunidades externas, por fundarse en normas internacionales, que actúan idénticamente a las internas, es decir, como obstáculos procesales. Pero dada su fundamental importancia es frecuente hallar en el Código Penal disposiciones que excepcionan el

---

55 MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes: Lecciones., Op. Cit., p. 162.

tratamiento igualitario de manera explícita, por ejemplo, de manera específica el Inc. 2° del Art. 17 del CP, que transcribimos, el cual dice:

*“La ley penal se aplicará con igualdad a todas las personas que en el momento del hecho tuvieren más de dieciocho años. Los menores de esta edad estarán sujetos a un régimen especial.*

*No obstante lo dispuesto en el inciso anterior no se aplicará la ley penal salvadoreña cuando la persona goce de privilegios según la Constitución de la República y el Derecho Internacional y cuando goce de inviolabilidades en determinadas materias, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución de la República”.*

Entre los grupos de funcionarios que gozan de privilegios según el Derecho Internacional se comprenden:

a. A los Jefes de Estado extranjero que visitan el país en misión oficial, y que la cortesía internacional extiende a su familia y séquito. Estas personas quedan al margen de que se les aplique la Ley Penal salvadoreña por el respeto que merece la soberanía del Estado que encarnan. El Art. 297 del Código de Bustamante no exige, siguiendo la tendencia de ampliar las prerrogativas diplomáticas, que dichas personas visiten el país en carácter oficial;

b. A los Agentes Diplomáticos, de cualquier categoría y denominación, con tal de que representen oficialmente a su país, y que los internacionalistas hacen extensivas al personal de la Misión, siempre que éste sea de nacionalidad extranjera, y a la *familia* de los diplomáticos que vivan en su compañía. Así lo estatuye el Art. 298 del Código de Bustamante: La exención tiene el mismo fundamento ya señalado, a lo cual es preciso agregar la independencia que requieren los diplomáticos para el cumplimiento de sus funciones. No quedan comprendidos los cónsules, por tratarse de agentes comerciales y administrativos que carecen del rango que aludimos.

Los funcionarios y demás personas comprendidas en las excepciones señaladas gozan de la prerrogativa denominada *independencia* o *inmunidad de jurisdicción*, en virtud de la cual los tribunales del país son incompetentes

para conocer de las acciones criminales que se entablen en su contra. Por otra parte, las inmunidades diplomáticas se encuentran penalmente protegidas en el Art. 360 del Código Penal que establece sanciones para el que las viola, norma que dice:

*“Violación de inmunidades diplomáticas. El que violare las inmunidades personales o el domicilio del Jefe de un Estado extranjero en visita oficial o los miembros de una Misión de un Estado extranjero, será sancionado con prisión de dos a cuatro años”*

Pero, inmunidad de jurisdicción no significa en modo alguno impunidad, pues, dichas prerrogativas únicamente revisten el carácter de ser un privilegio local frente a las leyes del país del funcionario inmune, pues estos quedan sujetos a las leyes de su país de origen por los hechos cometidos. En concordancia con esto el Art. 9 N° 1 CP señala que se aplicará también la ley penal salvadoreña:

*“A los delitos cometidos en el extranjero por persona al servicio del Estado, cuando no hubiere sido procesada en el lugar de la comisión del delito, en razón de los privilegios inherentes a su cargo”.*

Por ejemplo, si un jefe de Estado extranjero o un representante diplomático acreditado en nuestro país comete un delito, no será investigado o juzgado según nuestra legislación penal; ésto no implica su impunidad ante el delito cometido, pues será su país de origen el que resuelva para el caso<sup>56</sup>.

Como se habrá observado, en la legislación salvadoreña las excepciones al principio de igualdad ante la ley están diseminadas en diversos textos: la Constitución de la República, el Derecho Internacional Privado, el Derecho Internacional Público, el Código Penal, el Código Procesal Penal, Ley Penal Juvenil y la Ley Orgánica Judicial.

---

56 Carta de Las Naciones Unidas Art. 5, Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y Consulares de 24 de abril de 1961, Arts. 41 a 43.

## MATERIALES PARA EL TRABAJO PRÁCTICO

### 1. Lecturas Seleccionadas

a) **ÁMBITOS DE VALIDEZ DE LA LEY PENAL. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.** *«Se trata aquí de determinar el sentido y alcance de la vigencia y aplicabilidad de la ley penal de cada Estado con relación a la materia, al espacio, al tiempo y a las personas. Si bien cada legislación regula estos tópicos de manera diferente y específica, la doctrina ha subrayado los postulados y principios comunes. Pero al lado de estas reglas generales, es necesario considerar la manera como el derecho nacional las cristaliza y desenvuelve. En muchos e importantes aspectos, como la extraterritorialidad, la extradición, el asilo y las inmunidades, el derecho público interno de la nación suele ser tan solo fuente supletoria del derecho internacional penal. La importancia de estas normas ha venido acrecentándose paulatinamente, a medida que los delinquentes se sirven de los avances del proceso civilizatorio y extienden su radio de acción a vastas regiones que abarcan territorios de dos o más Estados, como lo demuestran dramáticamente, para no citar sino algunos ejemplos, el tráfico de estupefacientes y los delitos conexos con él, la piratería aérea marítima, la falsificación de monedas nacionales y extranjera y de documentos de identidad internacional, el contrabando, los fraudes financieros, etc.»* FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan: **"Derecho Penal Fundamental"**, Vol. 1, Introducción al Derecho Penal. Evolución de la Teoría del Delito, Reimpresión de la segunda edición, Temis, Bogotá, Colombia, 1989, p. 109.

b) **EFICACIA DE LA LEY PENAL.** *«La ley penal se aplica, en principio, a los hechos acaecidos desde que entra en vigor hasta que termina su vigencia. No rige, pues, como regla general, ni los hechos ocurridos con anterioridad a ella (retroactividad), ni los que puedan suceder tras su caducidad o derogación (ultra-actividad). La aplicación de esta regla general exigiría la*

*formulación de criterios mediante los cuales pudiese determinarse el tiempo en que se entiende cometido el delito. Normalmente la determinación del tiempo del delito a efectos de precisar la Ley aplicable, en principio, conforme a la regla general enunciada, no presente mayores problemas. No obstante, los hechos constitutivos de ciertas infracciones, tienen, a veces, una duración temporal de tal entidad que da lugar a que puedan ocurrir en parte bajo la vigencia de una ley y en el resto bajo la vigencia de la que le sucede. La solución de estos supuestos problemáticos sería de este lugar si no fuese porque la regla general que limita la eficacia de la Ley penal a los hechos realizados durante su vigencia está sometida a una excepción de tal alcance que afecta a todos y cada uno de los problemas de la sucesión de leyes. El estudio de dicha excepción (cuya operatividad delimita, a "sensu contrario", la de la regla general) se realiza en los siguientes epígrafes. Sólo en ellos puede abordarse la problemática suscitada en torno a los delitos cuya realización se prolonga en el tiempo más allá de la vigencia de la ley bajo la que comenzaron a ejecutarse». (COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S.: "Derecho Penal", Parte General, 3ª edición corregida y actualizada, Tirant lo blanch, Valencia, España, 1991, p. 148).*

**c) LA LEY PENAL EN EL TIEMPO.** *«La ley, y no es una excepción la ley penal, se caracteriza por notas elementales a la vez que esenciales: escritura, publicidad, etc. Nota fundamental es la de su promulgación, pues sólo a partir de ese momento es posible predicar su vigencia formal, la cual a su vez terminará con la derogación. Entre esos dos momentos se la eficacia temporal de una ley. El artículo 2 del Código Civil regula los términos generales los modos de producirse la promulgación y la derogación de una Ley. En el ámbito estrictamente penal la promulgación de la ley con anterioridad al hecho que tipifica y castiga aparece como una garantía fundamental de la persona, y se muestra como la primera fundamental consecuencia del principio de legalidad. Por ese motivo el art 25.1 de la Constitución Española declara que «... nadie puede ser condenado y sancionado por acciones u*

omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento». El Código penal por su parte (art. 23 CP) declara que «no será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle establecida por Ley anterior a su perpetración...». De todo ello se infiere el principio de irretroactividad de las leyes penales según el cual no pueden éstas ser aplicadas a hechos anteriores a su promulgación. Con ello se da satisfacción no solamente a esas exigencias y garantías fundamentales en nuestro derecho sino también a lo que se ha declarado incluso como derecho humano en el plano internacional (cfr. Art. 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos)». (QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: "**Derecho Penal**", Parte General, Reedición de la segunda edición, Marcial Pons, Madrid, España, 19992, p. 139).

#### **d) LA RETROACTIVIDAD DE LA LEY FAVORABLE:**

**FUNDAMENTO.** «El fundamento de la retroactividad de la ley penal más favorable se ha querido ver históricamente en razones humanitarias. Pero lo cierto es que la retroactividad de la ley favorable puede encontrar fundamentaciones jurídicas suficientes: a) la pena expresa las exigencias de defensa social, que se modifican cuando se modifica es pena. Que no se agrave la pena anteriormente impuesta obedece sólo al respeto, a los derechos adquiridos o a la seguridad jurídica (ANTON ONECA). b) mantener a ultranza la pena impuesta conduciría, en buena lógica, a aplicar hasta el final el castigo incluso cuando el hecho fuera despenalizado, lo cual sería llevar el retribucionismo más allá del ámbito de vigencia temporal de las leyes, consecuencia inaceptable. c) la pena «anterior y más grave» no podría explicarse en términos de prevención general, en el caso de que subsistiera su aplicación, pues la aparición de una ley expresaría una nueva política criminal, de la que sería disonante la regulación anterior. d) la pena que se está cumpliendo ha de ser también la que establece la ley vigente; no puede cumplirse una pena derogada. Ello no obsta, empero, a que el respeto al principio de legalidad impida la transformación de la pena en otra más

grave». (QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: **"Derecho Penal"**, Parte General, Reedición de la segunda edición, Marcial Pons, Madrid, España, 19992, Pgs. 142 y 143).

**e) RETROACTIVIDAD Y ULTRAACTIVIDAD.** *«Si la nueva ley es favorable al reo, debe aplicarse retroactivamente; pero si es desfavorable, continuará aplicándose la vieja ley, en forma ultraactiva, a los hechos cometidos con anterioridad a la terminación de su vigencia. La ultraactividad supone un caso aún no juzgado definitivamente, pues a los juzgados se les aplicó precisamente la ley anterior favorable. La retroactividad, en cambio, tiene aplicación con respecto a casos juzgados o no juzgados; en los primeros, se modifica de oficio la sentencia y en los segundos se la dicta conforme a los nuevos cánones. En síntesis: el favor rei, como el favor libertatis, es canon constitucional y legal que implica retroactividad, esto es, aplicación de una ley nueva a hechos perpetrados antes del comienzo de su vigencia formal, hayan sido o no juzgados definitivamente; y, ultraactividad, es decir, proyección de la ley derogada, que el juez aplicará, después de terminada su vigencia, a hechos realizados durante su vigencia (o, en todo caso, antes de su derogatoria), como se aprecia en cuadro».* (FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan: **"Derecho Penal Fundamental"**, Vol. 1, Introducción al Derecho Penal. Evolución de la Teoría del Delito, Reimpresión de la segunda edición, Temis, Bogotá, Colombia, 1989, p. 124).

**f) LEYES TEMPORALES.** *«a) Las leyes temporales de dictan sólo para un período limitado de vigencia, bien por un período exacto de tiempo o bien mientras dure una situación, generalmente ante circunstancias excepcionales, como catástrofes, epidemias, guerras, estados de emergencia, situaciones críticas en la aparición de terrorismo u otra clase de delincuencia grave, etc.; por eso mismo suelen ser leyes de mayor dureza que las normas. Tras el transcurso del período o el cese de las circunstancias para las que fueron dictadas, recupera la vigencia la anterior ley ordinaria o bien se aprueba*

una ley ordinaria (no temporal); pero en cualquiera de ambos casos la ley posterior suele ser más benigna que la ley temporal, y por ello se plantea la cuestión de si es aplicable retroactivamente a hechos cometidos mientras estaba en vigor la ley temporal. Por tanto, la cuestión -generalmente- no es la de la posible retroactividad de las leyes penales temporales, sino a la inversa, la de si es admisible la retroactividad de las leyes más favorables posteriores a las temporales. El problema es que, si así fuese, las leyes penales temporales quedarán prácticamente sin aplicación pese a su voluntad declarada, y con frecuencia totalmente justificada, de endurecer las consecuencias penales ante situaciones excepcionales o de emergencia; pues, como su duración suele ser breve, en muchos casos no daría tiempo a que recayera la sentencia antes del fin del periodo de vigencia de la ley temporal, pero en cualquier caso, aunque se hubiere dictado sentencia aún durante la vigencia de la ley temporal, la posterior entrada en vigor -o recuperación de vigencia- de una ley ordinaria más favorable durante el cumplimiento de la pena, generalmente de prolongada duración por el agravamiento de la ley temporal, si la ley posterior fuera aplicable retroactivamente, se encargaría en definitiva de hacer ineficaz la agravación prevista por la ley temporal. Esta perspectiva de incumplimiento de lo dispuesto en las leyes penales temporales dada su escasa duración y la certeza de ser sustituidas por otras más benignas, siendo conocida por los potenciales delincuentes, tendría desastrosas repercusiones para la eficacia preventivo-general de las primeras. b) Por eso algunos Códigos extranjeros, como el alemán o el italiano, prevén que las leyes temporales se apliquen incluso cuando dejen de estar en vigor a los hechos realizados durante el tiempo de su vigencia. Pero como en nuestro Derecho no ha habido regulación especial hasta el art. 2.2 CP 1995, las opiniones están divididas». (LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: "Curso de Derecho Penal", Parte General, Volumen I, Hispamer, Colombia, 1995. p. 189).

**g) LA EXTRADICION.** «La extradición se podría definir como el acto (de soberanía) en virtud del cual un Estado entrega a otro la persona de

un presunto o declarado responsable de un delito a fin de que sea juzgado en el Estado solicitante o de que cumpla la pena que en su día le fuera impuesta. De esta breve definición se pueden extraer las dos clases de extradición: activa y pasiva. Por extradición «activa» se entiende el acto por el cual un Estado se dirige a otro pidiendo la entrega de un delincuente. La extradición «pasiva» se da al acceder a aquella petición y, en su virtud, entregar (extraditar) al sujeto-objeto de la petición. Desde este momento conviene advertir que el «derecho de la extradición», o conjunto de normas que la regulan, es mucho más nutrido en lo que concierne a reglas y principios que rigen la extradición pasiva, pues al suponer ésta un doblegamiento de la voluntad de una persona de residir en determinado país es lógico que dicha medida sea rodeada de las garantías propias de un Estado de Derecho. En cambio, en el mero hecho de solicitar la extradición no se pone en juego la libertad o garantías de nadie. Por otra parte, la entrega de una persona a otro Estado se muestra históricamente como una decisión «excepcional», por más que paulatinamente se vayan allanando las limitaciones. El planteamiento antiguo de las relaciones interestatales era esencialmente de insolidaridad, situación que realmente no se altera hasta el siglo XIX. Pero, aunque hoy la extradición sea algo más frecuente o normalizado, no ha perdido su carácter de decisión perjudicial para una persona, por lo cual es comprensible su sometimiento al principio de legalidad («nulla extraditione sine lege»), y a la interpretación restrictiva de los requisitos que la limitan («odiosa sunt restringenda»). (QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: "Derecho Penal", Parte General, Reedición de la segunda edición, Marcial Pons, Madrid, España, 19992, p. 161).

## 2. Cuestionario

a) ¿Cuáles son los principales ámbitos de aplicación de la Ley Penal Salvadoreña?

b) Explique brevemente las principales excepciones al principio de territorialidad de la Ley Penal Salvadoreña.

c) ¿Cómo debe entenderse el principio de universalidad o de justicia mundial?

d) ¿Mencione por qué razón la teoría de la ubicuidad es preferible a las teorías de la actividad y del resultado?.

e) Explique brevemente si la retroactividad sólo es aplicable en las disposiciones de la Parte General del Código Penal también en las de la Parte Especial.

### 3. Actividades Prácticas

a) Busque un tratado de extradición vigente entre El Salvador y otro país, luego identifique los principios por lo que se rige.

b) Indague en los periódicos tres casos de funcionarios que hayan sido procesados mediante el procedimiento especial del antejuicio.

c) Averigüe cuales son los principales tratados de extradición que ha suscrito El Salvador.

### 4. Temas para Discusión

a) ¿Considera que se encuentra adecuadamente regulado el principio real o de defensa en nuestro Código Penal?.

b) ¿Cuál es la polémica que puede precisar entre el contenido del Derecho Penal Internacional y el Derecho Internacional Penal?.

c) ¿Qué diferencia puede encontrar entre retroactividad y ultraactividad?.

d) ¿Según nuestro Ordenamiento Jurídico las leyes temporales son retroactivos o ultraactivas?

e) Existe igualdad de las personas en el tratamiento y aplicación del Derecho Penal salvadoreño

### 5. Cápsulas de Jurisprudencia

a) **RETROACTIVIDAD DE LA LEY.** «La retroactividad significa, una extensión de la vigencia de la ley hacia el pasado, en cuanto implica

*subsumir ciertas situaciones de hecho pretéritas que estaban reguladas por normas vigentes al tiempo de su existencia, dentro del ámbito regulativo de las nuevas normas creadas, la cual sólo puede ser utilizada por el legislador en los supuestos que la Constitución autoriza y cuando ciertas necesidades sociales lo justifican. Por el contrario la ultraactividad, resulta ser el fenómeno que acontece cuando una ley derogada produce efectos posteriores o a futuro».* (Sentencia de Hábeas corpus, Ref. 261-2001 de fecha viernes 20 de diciembre de 2002).

**b) RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL.** (Artículos 1, 12, 13 y 14 del Código Penal). *“No es aplicable la retroactividad de la ley cuando el tribunal sentenciador realiza el juicio de tipicidad sobre la conducta demostrada y ésta no guarda correlación con la nueva figura, porque ella contempla presupuestos de tipicidad distintos; una consideración diferente implicaría el desconocimiento de exigencias propias para la aplicación retroactiva de la ley. No es posible aplicar retroactivamente una ley que no guarde concordancia en relación a las conductas que penaliza”.* (Sentencia 288-CAS-2003 de las 10:00 horas del día 7/9/2004)

**c) RETROACTIVIDAD Y ULTRACTIVIDAD DE LA LEY.** *«La retroactividad constituye, una extensión de la vigencia de la ley hacia el pasado, en cuanto implica subsumir ciertas situaciones de hecho pretéritas que estaban reguladas por normas vigentes al tiempo de su existencia, dentro del ámbito regulativo de las nuevas normas creadas, la cual puede ser utilizada por la autoridad que corresponda en los supuestos que la Constitución autoriza y cuando ciertas necesidades sociales lo justifican. Por el contrario la ultraactividad, resulta ser el fenómeno que acontece cuando una ley derogada produce efectos posteriores o a futuro; es decir, puede ser aplicada hacia delante habiendo sido desprovista de vigencia».* (Sentencia de Hábeas corpus ref. 94-2002 de fecha 21/01/2003).

**d) ARTÍCULO TRES DE LA CONSTITUCIÓN: MANDATO DE IGUALDAD EN LA APLICACIÓN DE LA LEY.** *«La fórmula constitucional del Art. 3 Cn., contempla tanto un mandato de igualdad en la aplicación de la ley -por parte de las autoridades jurisdiccionales y administrativas-, como un mandato en la formulación de la «ley» -mandato al legislador y demás entes con potestades normativas-. El principio de igualdad que protege a toda persona abarca -como se esbozó- un mandato a las autoridades jurisdiccionales y administrativas; igualdad en la aplicación de la ley. El sentido de dicho mandato se puede descubrir de la siguiente manera: las leyes debe ser aplicadas sin tomar en cuenta la persona. En efecto, la igualdad en la aplicación del derecho, exige que toda norma jurídica sea aplicada a todo caso que cae bajo su supuesto de hecho y a ningún caso que no caiga bajo él; es decir, que las normas jurídicas deben ser de obediencia por todos y no pueden ser aplicadas arbitrariamente; aunque esto, evidentemente, lo dicen las mismas normas al establecer un deber ser».* (Sentencia de Inconstitucionalidad, Ref. 22-98 de fecha martes 19 de marzo de 2002).

**e) DERECHO DE IGUALDAD.** *«El derecho de igualdad, consagrado en el artículo 3 de la Constitución, tiene como fundamento de su existencia, la eliminación de todo tipo de diferencias entre las personas, para el goce de los derechos, por razones de nacionalidad, raza, sexo o religión. Tal disposición constitucional establece una enumeración de posibles causas de diferenciación que indistintamente pudieran establecerse tanto en la formulación como en la aplicación de las leyes; o, dicho de otra forma, contiene aquellas causas bajo las cuales comúnmente se ha manifestado la desigualdad. A lo dicho cabe agregar que, en la Constitución, el derecho de igualdad busca siempre equiparación, aunque la diferenciación es válida siempre que esté basada en parámetros razonables. Dicho mandato vincula tanto al legislador -en su calidad de creador de la ley-, como al operador jurídico encargado de aplicarla, vale decir, que tanto el legislador como el operador son verdaderos aplicadores del principio de igualdad, con los*

*matices que corresponden a la función que respectivamente realizan. Ahora bien, siendo el legislador quien establece hasta qué punto las diferencias reales deben ser consideradas susceptibles o no de un tratamiento igual, una formulación de la ley que implique un tratamiento desigual solamente va estar justificada por la existencia de una razón deducida precisamente de la realidad, es decir, de las mismas diferencias fácticas que colocan a un sujeto fuera del rango de homogeneidad que puede ser susceptible de igual tratamiento. De tal suerte, llevada a la concreción de la realidad el derecho de igualdad en la aplicación de la norma, un juez no debe en modo alguno no sólo no aplicar una norma que se base en diferenciaciones que alteren la Constitución, sino proporcionar a las partes en el proceso jurisdiccional, identidad de armas para el sólo efecto de que arguyan tanto pretensión como resistencias respetando el principio de contradicción». (Sentencia de Amparo ref. 681-2001 de fecha 20/11/2003).*

## BIBLIOGRAFÍA

ARANDA, Rafael Marcos: **"Recopilación de Tratados Internacionales en Materia Penal"**, Corte Suprema de Justicia, San Salvador, El Salvador, 2001.

ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan: **"Las Piezas del Derecho"**, Teoría de los Enunciados Jurídicos, 2ª edición actualizada, Ariel, Barcelona, España, 2004.

ATIENZA, Manuel: **"Tras la Justicia"**, Una Introducción al Derecho y al Razonamiento Jurídico, 1ª edición, Ariel, Barcelona, España, 2003.

BACIGALUPO, Enrique: **"Manual de Derecho Penal"**, (Parte General), Temis-Ilanud, Bogotá, 1984.

BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio, et al: **"Lecciones de Derecho Penal"**, (Parte General), Primera Edición, Praxis, Barcelona, 1996.

BERTRAND GALINDO, Francisco, TINETTI, José Albino, KURY DE MENDOZA, Silvia Lizette y ORELLANA, María Elena: **"Manual de Derecho Constitucional"**, Tomo I, CIC, 1ª Edición, San Salvador, El Salvador, 1992.

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

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

BUSTOS RAMIREZ, Juan y HORMAZABAL MALAREE, Hernán: "**Fundamentos del Sistema Penal**", Trota, Madrid, 1997.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan y VALENZUELA BEJAS, Manuel: "**Derecho Penal Latinoamericano Comparado**", Tomo I, Parte General, Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1981.

CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco: "**El Concurso de Delitos en el Derecho Penal Costarricense**", Imprenta Lil, San José, Costa Rica, 1981.

CATENACCI, Imerio Jorge: "**Introducción al Derecho**", Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2001.

CEREZO MIR, José: "**Curso de Derecho Penal Español**", (Parte General, I), Tercera edición, actualizada y considerablemente ampliada, quinta reimpresión, Tecnos, Madrid, 1983.

CISNEROS JOVEL, Gerardo Napoleón: "**El Derecho Penal en Sentido Objetivo**", en Ensayos para la Capacitación Penal, 1ª edición, CNJ, Escuela de Capacitación Judicial, San Salvador, El Salvador, 2003.

COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTON, T. S.: "**Derecho Penal**", (Parte General), 3ª Edición corregida y actualizada, Tirant lo blanch, Valencia, 1991.

CUELLO CALÓN, Eugenio: "**Derecho Penal**", (Parte General), Tomo I., Volumen Primero, decimoctava edición, revisada y puesta al día por César Camargo Hernández, Bosch, Barcelona, España, 1981.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín: **"El Derecho Penal Español"**, Curso de Iniciación, Parte General, Volumen I, Nociones Introdutorias, Primera Edición, Civitas, Madrid, España, 1993.

DE LEÓN VELASCO, Héctor Anibal y DE MATA VELA, José Francisco: **"Curso de Derecho Penal Guatemalteco"**, (Parte General y Parte Especial), Guatemala, 1989.

DEL VECCHIO, Giorgio: **"Filosofía del Derecho"**, Novena edición española corregida y aumentada, revisada por Luis Legaz y Lacambra, Bosch, Barcelona, España, 1991.

DUCCI CLARO, Carlos: **"Interpretación Jurídica"**, Editorial Jurídica de Chile, Chile, Santiago de Chile, S.M.D.

FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan: **"Derecho Penal Fundamental"**, Volúmenes I y II, Reimpresión de la segunda edición, Temis, Bogotá, 1989.

GARCIA ARAN, Mercedes y MUÑOZ CONDE, Francisco: **"Derecho Penal"**, Parte General, Tirant lo blanch, Valencia, 1993.

GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso: **"Interpretación y Argumentación Jurídica"**, 1ª edición, CNJ, Escuela de Capacitación Judicial, San Salvador, El Salvador, 2003.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo: **"Filosofía del Derecho"**, décima segunda edición, Porrúa, México, 2000,

KAUFMANN, Armin: **"Teoría de las Normas"** (Fundamentos de la Dogmática Penal Moderna), Versión castellana de Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés, Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1977.

HERNÁNDEZ VALLE, Rubén: "**Las Fuentes Normativas en Costa Rica**", Juricentro, San José, Costa Rica, 1989.

HORMAZABAL MALAREE, Hernán y BUSTOS RAMIREZ, Juan: "**Fundamentos del Sistema Penal**", Trota, Madrid, 1997.

HÜBER GALLO, Jorge Iván: "**Introducción al Derecho**", Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, Chile, 1966.

JAKOBS, Günter: "**Estudios de Derecho Penal**", Primera Edición, Traducción al castellano y Estudio Preliminar Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá, Civitas, Madrid, 1997.

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, 1991.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: "**La Ley y el Delito**", 1ª edición, Hermes Sudamericana, México, 1986.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: "**Introducción al Derecho Penal**", Iure Editores, México, 2003.

KAUFMANN, Armin: "**Teoría de las Normas**" (Fundamentos de la Dogmática Penal Moderna), Versión castellana de Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés, Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1977.

LARENZ, Karl: "**Metodología de la Ciencia del Derecho**", traducción de Marcelino Rodríguez Molinero, Segunda edición definitiva, Ariel, Barcelona-Caracas-México, 1980.

LEGAZ Y LACAMBRA, Luis: "**Filosofía del Derecho**", Tercera edición revisada y aumentada, Bosch, Barcelona, España, 1972.

LÍNEAS Y CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL 2002, Primera edición, Centro de Documentación Judicial, Corte Suprema de Justicia, San Salvador, El Salvador, 2004.

LÍNEAS Y CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL 2003, Primera edición, Centro de Documentación Judicial, Corte Suprema de Justicia, San Salvador, El Salvador, 2005.

LÍNEAS Y CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DE LA SALA DE CÁMARAS DE LO PENAL Y TRIBUNALES DE SENTENCIA (AÑO 2002), Primera edición, Centro de Documentación Judicial, Corte Suprema de Justicia, San Salvador, El Salvador, 2005.

LÍNEAS Y CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DE LA SALA DE LO PENAL 2002, 2003, 2004, Primera edición, Centro de Documentación Judicial, Corte Suprema de Justicia, San Salvador, El Salvador, 2006.

LUZON PEÑA, Diego-Manuel: "**Curso de Derecho Penal**", Parte General), Volumen I, Hispaner, Colombia, 1996.

MARTÍNEZ MORENO, Alfredo: "**Temas de Derecho Internacional y otras Cuestiones Jurídicas**", 1ª edición, Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, El Salvador, 2002.

MEZGER, Edmund: "**Derecho Penal**", (Parte General), Traducción de Ricardo C. Núñez, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1985.

MIR PUIG, Santiago: "**Derecho Penal**", (Parte General), 3ª edición corregida y puesta al día, PPU, Barcelona, 1990.

MORENO CARRASCO, Francisco y RUEDA GARCIA, Luis: "**Código Penal de El Salvador Comentado**", Tomo 1 y 2, actualización y anotación jurisprudencial por Carlos Ernesto Sánchez Escobar, Sergio Luis Rivera Márquez, Délmer Edmundo Rodríguez y Marco Tulio Díaz Castillo, CNJ, San Salvador, El Salvador, 2004.

MUNOZ CONDE, Francisco: "**Derecho Penal**", Parte Especial, Tirant lo blanc, Valencia, España, 1991.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes: "**Derecho Penal**", Parte General, Tirant lo blanch, Valencia, 1993.

PÉREZ PINZÓN, Álvaro Orlando: "**Introducción al Derecho Penal**", Primera Edición, Señal Editora, Medellín, Colombia, 1989.

POLAINO NAVARRETE, Miguel: "**Derecho Penal**", Parte General, Tomo I, Fundamentos Científicos del Derecho Penal, Bosch, Barcelona, España, 1996.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: "**Derecho Penal**", (Parte General), Reedición de la segunda edición, Marcial Pons, Madrid, 1992.

RADBRUCH, Gustav: "Introducción a la Filosofía del Derecho", Traducción de Wenceslao Roces, Fondo de Cultura Económica, México - Buenos Aires, 1955.

Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, Tomo II, vigésima segunda edición, Espasa, Madrid, España, 2001.

REYES ECHANDÍA, Alfonso: **"Derecho Penal"**, Parte General, Temis, Bogotá, Colombia, 1990.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis: **"Compendio de Derecho Penal"**, Parte General, Trivium, Madrid, España, 1986.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María: **"Derecho Penal Español"**, Parte General, novena edición, Dikynson, Madrid, España, 1983.

RIVERA RUIZ, Daniel Ulises y RIVERA LAZO, Mario Adalberto: **"Introducción a la Lógica Jurídica"**, 1ª edición, Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, El Salvador, 2004.

ROSENTAL, M. M. y IUDIN, P. F.: **"Diccionario Filosófico"**, Ediciones 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, 1997.

ROXIN, Claus/ARZT, Günter/TIEDEMANN, Klaus: **"Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal"**, Versión española, notas y comentarios de los profesores Luis Arroyo Zapatero y Juan Luis Gómez Colomer, Ariel Barcelona, España, 1989.

RUDOLPHI, Hans-Joachim: **"El fin del Derecho Penal del Estado y las Formas de Imputación Jurídico-penal"**, en "El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales", traducción de Jesús-María Silva Sánchez, Tecnos, Madrid, 1991.

SÁNCHEZ ESCOBAR, Carlos Ernesto: **"Política Criminal y Principialismo"**, en Ensayos para la Capacitación Penal, 1ª edición, CNJ, Escuela de Capacitación Judicial, San Salvador, El Salvador, 2003.

SOLER, Sebastián: **"Derecho Penal Argentino"**, T. I., Tea, Buenos Aires, Argentina, 1983.

SCHÜNEMANN, Bernd: **"Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal"**, en "El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales", traducción de Jesús-María Silva Sánchez, Tecnos, Madrid, 1991.

STRATENWERTH, Günter: **"Derecho Penal"**, (Parte General), traducción de la 2ª edición alemana (1976) de Gladys Romero, EDESA, Madrid, 1982.

TINETTI, José Albino, SORIANO, Salvador Héctor y RODRÍGUEZ MELÉNDEZ, Roberto: **"Igualdad Jurídica"**, 1ª edición, CNJ, Escuela de Capacitación Judicial, San Salvador, El Salvador, 2004.

TREJO ESCOBAR, Miguel Alberto, et al: **"Manual de Derecho Penal"**, (Parte General), El Salvador, San Salvador, 1992.

TREJO ESCOBAR, Miguel Alberto: **"Curso de Derecho Penal Salvadoreño"**, Parte General, Volumen I, Nociones Fundamentales, Triple "D", San Salvador, El Salvador, 2002.,

TREJO ESCOBAR, Miguel Alberto: **"La Función Punitiva del Derecho Penal"**, publicado en Quehacer Judicial, Número 55, Abril, 2007, Dirección de Comunicaciones de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, El Salvador.

VIGO, Rodolfo L.: "**Interpretación Jurídica**" (Del Modelo Iuspositivista Legalista -Decimonónico a las Nuevas Perspectivas), Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, S. M. D,

VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando: "**Derecho Penal**", (Parte General), Temis, Santa Fe de Bogotá, 1994.

VIVES ANTON, T. S. y COBO DEL ROSAL, M.: "**Derecho Penal**", (Parte General), 3ª Edición corregida y actualizada, Tirant lo blanch, Valencia, 1991.

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, 1976.

WESSELS, Johannes: "**Derecho Penal**", (Parte General), Traducción de la 6ª edición alemana de 1976 por el Dr. Conrado A. Finzi, Depalma, Buenos Aires, 1980.

ZAFARONI, Eugenio Raúl: "**Tratado de Derecho Penal**", (Parte General), T. I., Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1980.

ZAFARONI, Eugenio Raúl: "**Teoría del Delito**", Ediar, Buenos Aires, 1973.

ZIPF, Heinz: "**Introducción a la Política Criminal**", Edersa, Madrid, 1979.

