

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR**  
**FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL**  
**DEPARTAMENTO DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES**



**TRABAJO DE GRADO:**

**“EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA PENA, EN EL DELITO DE PROPOSICIÓN Y CONSPIRACIÓN EN LA ZONA ORIENTAL”**

**PRESENTADO POR:**

GUEVARA REYES, LUIS ANTONIO

MELGAR GONZÁLEZ, ADA YAMILETH

REYES DÍAZ, REYNA MARICRUZ

**PARA OPTAR AL GRADO DE:**

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS

**DOCENTE ASESOR:**

LIC. WILLIAM ROY MARTÍNEZ CHAVARRÍA

**CIUDAD UNIVERSITARIA ORIENTAL, NOVIEMBRE DE 2016**

**SAN MIGUEL**

**EL SALVADOR**

**CENTROAMÉRICA**

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR**  
**FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL**

**AUTORIDADES:**

LIC. JOSÉ LUIS ARGUETA ANTILLÓN

**RECTOR INTERINO**

LIC. ROGER ARMANDO ARIAS

**VICE- RECTOR ACADÉMICO INTERINO**

ING. CARLOS ARMANDO VILLALTA

**VICE- RECTOR ADMINISTRATIVO INTERINO**

DRA. ANA LETICIA ZAVALA DE AMAYA

**SECRETARIA GENERAL INTERINA**

LICDA. NORA BEATRIZ MELENDEZ

**FISCAL GENERAL INTERINA**

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR**  
**FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL**

**AUTORIDADES:**

**ING. JOAQUIN ORLANDO MACHUCA GÓMEZ**

DECANO

**LIC. CARLOS ALEXANDER DÍAZ**

VICE-DECANO

**LIC. JORGE ALBERTO ORTEZ HERNÁNDEZ**

SECRETARIO

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR**  
**FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL**

**AUTORIDADES:**

**LIC. CARLOS ARMANDO SARAVIA SEGOVIA**  
JEFE DEL DEPARTAMENTO DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS  
SOCIALES

**MTRO. MIGUEL ANTONIO GUEVARA QUINTANILLA**  
COORDINADOR GENERAL DEL PROCESO DE GRADUACIÓN

**LIC. WILLIAM ROY MARTÍNEZ CHAVARRÍA**  
ASESOR DE CONTENIDO

**LIC. CARLOS ARMANDO SARAVIA SEGOVIA**  
ASESOR DE METODOLOGÍA

**LIC. JORGE PASTOR FUENTES CABRERA**  
DIRECTOR GENERAL DE PROCESOS DE GRADUACIÓN  
FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL

**TRIBUNAL EVALUADOR DE TESIS DE GRADO**

**LIC. WILLIAM ROY MARTÍNEZ CHAVARRÍA**

**LIC. ROBERTO JOSÉ ZELAYA**

**LIC. JOSÉ TRINIDAD CRUZ RODRÍGUEZ**

## **AGRADECIMIENTOS**

### **A MI REY TODO PODEROSO**

Por ser el centro de mi vida, el padre que me cuida y amigo que comprende, por extender la mano que me levanta después de las caídas, por darme la palabra que me alienta y concederme el regalo que me dio la vida eterna, por ser mi compañero en ésta etapa de la vida, donde hubieron muchos logros pero también fracasos que me enseñaron que, a los que aman al CREADOR todas las cosas les ayudan a bien, que los que esperan en él tendrán nuevas fuerzas, como las águilas correrán y no se cansaran, caminaran y no se fatigaran y por eso tú siempre me diste la fuerza, sabiduría e inteligencia necesaria, para continuar y lograrlo, porque mi Creador da la sabiduría y de su boca viene el conocimiento y la inteligencia y gracias a su bondad y misericordia, me ha permitido culminar con éxito esta nueva etapa de mi vida y siempre creeré en mi todo poderoso que siempre me concederá y medara victoria en todo lo que emprenda en esta vida GRACIAS MI CREADOR MI TODO PODEROSO no dudare ningún momento y ningún segundo de tu verdad en tus manos están todas mis metas a seguir y todas tus victorias AMEN.

### **A mis Padres**

Mi madre Angélica González a quien el Creador doto de la sabiduría, paciencia, tolerancia, cariño, comprensión, amor y todo lo necesario para ser una linda madre, para educar y formar a las personas exitosas que ahora somos; y por ser una gran mujer virtuosa y servidora de mi todo poderoso de Israel, y por todo su apoyo incondicional por estar siempre en las buenas y en las malas a mi lado por darme animo siempre cuando sentía que ya no podía seguir adelante te agradezco mucho madrecita querida. A mi Padre Juan Melgar por su dedicación y atenciones para consentirme y por sus

constantes oraciones es que mi Creador me cuida, y me llena de favores; A mis **hermanos y hermanas**: por ser unos modelo a seguir en mi vida, sus valentías me hacen fuerte, sus paciencia me hacen tolerante, sus grandes expectativas en mi me han dado la esperanza para no rendirme y seguir adelante, por confortarme siempre y confiar en mí, aun cuando yo perdía la fé; por ser unos hermanos protectores, aunque ahora, la distancia nos separe siempre has sido y serás mis mejores amigos y amigas, por el apoyo incondicional sus consejos, y sus oraciones por mí que mi creador les de mas fortaleza sabiduría e inteligencia por todo lo bueno que han sido con migo

### **A mis amigos y amigas**

No me falta dar sus nombres y apellidos, ellos lo saben y se dan por aludido, gracias por seguir siendo parte de esta nueva etapa de mi vida apoyarme, aconsejarme, escucharme, reprenderme, protegerme, darme su cariño y apoyo incondicional, porque me conocen bien y me quieren como soy, gracias por todos los momentos buenos, malos, tristes alegres, cuando reímos y lloramos y también lloramos riendo, todas las aventuras que juntos disfrutamos y las que aún nos faltan y que quiero vivir junto a ustedes personas excepcionales que quiero llamar amigos, no son muchos pero sin duda Dios escogió lo mejor de lo mejor para mí.

### **A un Amigo muy especial Emilio Villalta**

Por ser un amigo muy especial, comprensivo por ser un hombre de bien, por sus oraciones sus consejos, su apoyo en los momentos más difíciles de mi vida por sus ánimos cuando me miraba cansada y triste estoy muy agradecida contigo por lo que eres con migo con mi familia que a pesar de todo tú has sido un mejor amigo que he tenido en este mundo, y has sido muy bueno gracias por tu cariño, por tu aprecio, y gracias por ser mi amigo

confidencial no me ajustan mis palabras como agradecerte todo lo que has hecho por mí que el Creador te mas fortaleza, y multiplique todas tus acciones siempre llevare tus lindos consejos en mi mente y mi corazón, y tú eres una persona que me sirve de ejemplo a seguir por ser una persona luchadora, que no te rindes por nada gracias le doy a mi Creador por conocerte. Te quiero mucho hasta mi existencia

### **A mis Docentes Universitarios**

Por instruirme y formar a la profesional que soy y enseñarme más allá de los libros y teorías del derecho, por enseñarme la teoría de la vida real, y siempre tendré presentes sus palabras y la forma peculiar de cada uno de compartir sus conocimientos para lograr una exitosa vida laboral.

### **A mis compañeros de tesis**

Que me han acompañado a lo largo de esta difícil, pero no imposible trayectoria de la vida, por los momentos buenos y malos que pasamos y que solo gracias a mi Rey todo Poderoso conseguimos superar y salir adelante y lograr concluir con éxito este trabajo.

Y por último pero no menos importante, a todas aquellas personas que mi Creador puso en mi camino y que de alguna manera formaron parte de este proceso, siendo de gran ayuda.

**De las misericordias de Jehová hare memoria,**

**De las alabanzas de Jehová,**

**Conforme a todo lo que Jehová nos ha dado**

**Y a la grandeza de sus beneficios.**

**Isaías 63: 7**

Les Amo en el Amor de mi supremo Rey....

**Ada Yamileth, Melgar González**



## **AGRADECIMIENTOS**

**A DIOS TODOPODEROSO:** por haberme dado la sabiduría, fortaleza y la salud necesaria para realizar éste Proceso de Graduación.

**A LA SANTÍSIMA VIRGEN MARÍA:** por protegerme siempre, guiándome por el camino del bien y por interceder por mí ante su hijo amado nuestro Señor Jesús.

**A MIS PADRES:** Ana Balbina Reyes de Guevara y Luis Alonso Guevara Lozano. Por brindarme amor y apoyo incondicional, tanto moral como económico, durante mis estudios. Por sus buenos consejos que me sirvieron mucho durante todo éste tiempo y que seguirán permanentes hasta el último de mis días.

**A MIS HERMANOS:** Ana Gladys Guevara Reyes y Noé Osvaldo Guevara Reyes. Por su amor y cariño. Por siempre motivarme a seguir adelante y nunca desistir de mis sueños.

**A MI ASESOR DE CONTENIDO:** Licenciado William Roy Martínez Chavarría. Por orientarnos, motivarnos y corregir nuestros errores para que los resultados de nuestro trabajo fuesen satisfactorios.

**A MIS COMPAÑERAS DE TESIS:** Ada Yamileth Melgar González y Reyna Maricruz Reyes Díaz. Por haber sido responsables en todo lo que teníamos que hacer y por haber ayudado a aportar ideas, siempre con veracidad e idoneidad respecto al tema de investigación.

***“Cuando Dios te permite llegar a la cima, no lo hace para que te quedes ahí, lo hace para que desde lo alto puedas ver cuál será tu siguiente meta y conquistarla”.***

***Luis Antonio Guevara Reyes.***

## **DEDICATORIA**

Me gustaría dedicar este éxito a:

Primeramente a **DIOS** por brindarme tanta protección y bendiciones en mi vida, por regalarme el don de la vida y el ánimo para perseguir mis sueños.

A mi **PADRE**: por su inmensurable amor, sacrificio y apoyo. Por forjar en mí un carácter firme e inflexible a mis principios y además por dedicarse a mi desarrollo educativo siendo el quien me brindó su apoyo económico y es el amigo incondicional de madrugadas enteras se desveló junto a mí para llegar a tiempo a clases, que cuando salíamos noche era el más preocupado de como llegaría a casa, pero sobre todo por estar para mí incondicionalmente para mí.

A mi **MADRE**: por todas sus oraciones y ser ese hombro incondicional cuando más le necesite, por estar pendiente de mí y ayudarme a creer en que yo puedo ser capaz de conseguir lo que deseo de la mano de Dios. Y enseñarme el valor de la humildad y solidaridad, de la misma forma a mis hermanos que son importantes en mi proceso de vida.

A mis compañeros de tesis: **ADA y LUIS**, por decirme que si me aceptaban en su grupo cuando las demás me vieron de menos, porque creyeron en mí y yo puse toda mi esperanza en ellos, porque han sido muy buenas personas y me han acogido con mucho respeto.

A toda mi familia, en especial a los ruegos de mi abuela, mis tías, hermanos y primos. A mis amigos y amigas que de una u otra forma son parte de mi formación. A docentes y catedráticos por toda su enseñanza, y demás compañeros que fueron parte importante de mi carrera por su dedicatoria y ayuda cuando más les necesite por cada persona que Dios puso en mi camino para darme lecciones de vida y enseñarme que necesitamos más de bondad y solidaridad para construir un mundo mejor, para ser motores de cambio a la sociedad.

Y a los que no creyeron en mí que solo fui sus burlas y críticas destructivas porque gracias a ellos tome más conciencia que debo ser mejor cada día tratar de superarme más. No por agradar a los demás sino para satisfacción propia. Porque uno de mis objetivos es tratar de ayudar a las personas que más lo necesiten, para sentirme más útil en la sociedad.

***FELIZ EL HOMBRE QUE NO HA PUESTO SU ESPERANZA EN EL DINERO, NI SE  
INSTALA ENTRE LAS COSAS DE ESTA VIDA, NI SE DEJA CORROMPER, AUNQUE LE  
CUESTE... SALMO 1.***

***REYNA MARICRUZ REYES DIAZ.***

## INDICE

<b>CONTENIDO</b>	<b>PAG</b>
Abreviaturas -----	i
Siglas -----	i
Introducción-----	2

### PARTE I

#### **Presentación del proyecto de investigación**

Título -----	5
Resumen -----	5
1.0. Planteamiento del problema -----	7
1.1 Situación problemática -----	7
1.2. Antecedentes del problema -----	13
1.3. Enunciado del problema -----	15
1.3.1. Problemas Fundamentales -----	15
1.3.2. Problemas específicos -----	16
1.4. Justificación -----	16
2.0. Objetivos -----	18
2.1. Objetivos Generales -----	18

2.2. Objetivos Específicos -----	18
3.0. Alcances de la Investigación -----	19
3.1. Alcance Doctrinario -----	19
3.2. Alcance Jurídico -----	21
3.3. Alcance Teórico -----	22
3.4. Alcance Temporal -----	22
3.5. Alcance Espacial -----	22
Cuadro Sinóptico del problema -----	23
Resumen del cuadro sinóptico -----	24
Capitulo I -----	26

## **CAPITULO II**

### **4. 0 MARCO TEÓRICO**

4.1. Base histórica-----	53
4.1.1. Origen del principio de proporcionalidad -----	53
4.1.1.1 Antecedentes de las figuras de proposición y conspiración: -----	54
4.1.1.5 Derecho Occidental Romano -----	55
4.1.1.2 Las figuras de proposición y conspiración en la legislación penal salvadoreña. -----	59

4.1.1.3 La proposición y conspiración en el código penal de 1974 -----	60
4.1.1.4 Los cuerpos jurídico-penales en la historia de el salvador --	63
4.1.1.4.1 En el Código Penal de 1826.-----	64
4.1.1.4.2 En el Código Penal de 1859.-----	66
4.1.1.4.3 En el Código Penal de 1881. -----	65
4.1.1.4.4 En el Código Penal de 1904. -----	66
4.1.1.4.5 En el Código Penal Vigente. -----	66
<b>4.2. Marco Doctrinario -----</b>	<b>67</b>
4.1.1.6. Consideraciones y fundamentos. -----	67
4.1.1.6.1. Contenido y alcances de los principios penales. -----	75
4.1.1.6.2 Principios del derecho penal -----	75
4.1.1.6.2.1 Definición -----	75
4.1.1.6.2 Principios constitucionales para una política criminal del estado constitucional y democrático de derecho. -----	78
4.1.1.6.2.1 El Principio De Legalidad -----	79
4.1.1.6.2.2 El principio de responsabilidad o culpabilidad -----	85
4.1.1.6.2.3 El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos -----	89

4.1.1.6.2.4. El principio de proporcionalidad -----	92
4.1.1.6.2.5 El principio de mínima intervención -----	100
4.1.1.6.6 Principio de resocialización -----	103
4.1.1.6.7 Principio de Humanidad. -----	106
4.1.1.2.7. Conceptualización y definición de las figuras de la proposición y conspiración. -----	109
4.1.1.2.7.1 Proposición. -----	110
4.1.1.2.7.2 Conspiración. -----	112
4.1.1.3.7. El principio de proporcionalidad de la pena y su relación con las figuras de proposición y conspiración -----	114
4.1.1.3.7.1. Generalidades -----	115
4.1.1.3.7.2 Definición -----	117
4.1.1.3.7.3 Alcances -----	120
4.1.1.3.7.1.2 Los alcances del principio de proporcionalidad de la pena en la determinación constitucional. -----	121
4.1.1.3.7.3.1 Los alcances del principio de proporcionalidad de la pena en la determinación legal. -----	127
4.1.1.3.7.4.1 Los alcances del principio de proporcionalidad de la pena en la determinación judicial -----	130

4.1.1.4.7.2 El principio de proporcionalidad de la pena y su relación con los delitos proposición y conspiración -----	136
--	-----

### **4.3 MARCO LEGAL**

<b>4.3. Base Jurídica -----</b>	<b>144</b>
4.1.1.4.8 Análisis del marco dogmático-jurídico de las figuras de la proposición y conspiración en relación a los delitos comunes -----	144
3.1 Marco doctrinario -----	145
4.1.1.4.8.1 Naturaleza de la proposición y conspiración -----	146
4.1.1.4.8.1.2 Modalidades de comisión del delito en relación al bien jurídico protegido -----	146
4.1.1.4.8.1.3 Delitos dependientes de un tipo básico -----	147
4.1.1.4.8.1.3.1 Delito autónomo -----	151
4.2.1.4.8.4 MARCO JURÍDICO -----	152
4.2.1.4.8.4 .1 Código penal salvadoreño en los que sancionan la proposición y conspiración -----	152
4.2.1.4.8.4 .2 Código Penal Nuestro -----	152
4.2.1.4.8.4 .2.1 Proposición y Conspiración en el delito de Homicidio Agravado -----	158
4.2.1.4.8.4 .2.2 Proposición y Conspiración en los delitos de Privación de Libertad y Secuestro -----	158



4.2.1.4.8.4 .2.3 Artículo 214-C “Proposición y Conspiración -----	159
4.2.1.4.8.4 .2.4 Artículo 249 Defraudación al Fisco y 251- “La Proposición Y Conspiración -----	159
4.2.1.4.8.4 .2.5 art 251- La proposición y conspiración -----	160
4.2.1.4.8.4 .2.6 Artículo 345 “Agrupaciones Ilícitas -----	165
4.2.1.4.8.4.3.1 Relación con las figuras de proposición y conspiración -----	167
4.2.1.4.8.4.3.2 Bien jurídico -----	170
4.2.1.4.8.4.3.3 Teoría sociológica del bien jurídico o tesis de la dañosidad social -----	171
4.2.1.4.8.4.3.4 Teorías constitucionalistas del bien jurídico -----	172
4.2.1.4.8.4.3.4.1 La protección de bienes jurídicos -----	174
4.2.1.4.8.4.3.4.2 La puesta en peligro de bienes jurídicos -----	175
4.2.1.4.8.4.3.4.3 Teorías objetivas del peligro -----	176
4.2.1.4.8.4.3.4.4 Teorías subjetivas del peligro -----	178
4.2.1.4.8.4.3.4.5 Teoría normativa de peligro -----	179
4.2.1.4.8.4.3.5 Desvalor de la acción y resultado en los delitos de proposición y conspiración -----	182
4.2.1.4.8.4.3.5.1 Desvalor de la acción -----	184

4.2.1.4.8.4.3.5.2 La concepción del injusto como desvalor de la acción -----	185
4.2.1.4.8.4.3.5.3 Antijuricidad formal y Antijuricidad material -----	185
4.2.1.4.8.4.3.5.4 ¿La proposición y conspiración son acciones antijurídicas? -----	186
4.2.1.4.8.4.3.6 Las etapas del “iter criminis” y su relación con las figuras de la proposición y conspiración -----	188
4.2.1.4.8.4.3.6.1 Las fases del iter criminis -----	188
4.2.1.4.8.4.3.6.2 La fase interna del iter criminis -----	189
4.2.1.4.8.4.3.6.3 La fase externa del iter criminis -----	191
4.2.1.4.8.4.3.6.3.1 ¿Qué son actos preparatorios? -----	194
4.2.1.4.8.4.3.6.3.2 Actos ejecutivos -----	201
4.2.1.4.8.4.3.6.3.3 El delito imperfecto -----	201
4.2.1.4.8.4.3.6.4 Requisitos de la tentativa en el delito de proposición y conspiración -----	204
4.2.1.4.8.4.3.6.4.1 El delito perfecto -----	205
4.2.1.4.8.4.3.6.4.3 Requisitos del delito perfecto o consumado -----	205
4.2.1.4.8.4.3.6.4.4 Ubicación de la proposición y conspiración en las fases del iter criminis -----	207

4.2.1.4.8.4.3.6.4.4 Esquema del Inter criminis o Camino del delito -----	212
4.2.1.4.8.4.3.7 Consideraciones teóricas sobre la política criminal -----	213
4.2.1.4.8.4.3.7.1 -Definición de Política Criminal -----	213
4.2.1.4.8.4.3.7.2 Contenido de la Política Criminal -----	221
4.2.1.4.8.4.3.7.3 Decisiones Políticas -----	221
4.2.1.4.8.4.3.7.4 Sistemas Penales -----	222
4.2.1.4.8.4.3.7.5 Mecanismos no Represivos de Control -----	227
4.2.1.4.8.4.3.7.6 Finalidad de la Política Criminal -----	233
4.2.1.4.8.4.3.7.7 Política Criminal del Estado Salvadoreño: período 1998-2009 -----	235
4.2.1.4.8.4.3.7.8 Planteamientos Político Criminales de la Plataforma de Gobierno del FMLN -----	241
4.2.1.4.8.4.3.7.8.1 Valoración sobre los planteamientos Político- Criminales de la Plataforma de Gobierno del FMLN -----	245
4.2.1.4.8.4.3.7.8.2 Planteamientos Político Criminales del Plan Quinquenal de Desarrollo -----	247
4.2.1.4.8.4.3.7.8.2.1 Objetivos -----	249
4.2.1.4.8.4.3.7.8.2.2 Acciones Concretas -----	250

4.2.1.4.8.4.3.7.8.2. Valoraciones sobre los planteamientos Político-Criminales del Plan Quinquenal de Desarrollo	
2009-2014 -----	252
4.2.1.4.8.4.3.7.8.3.-Política Criminal del Estado Salvadoreño: período 2009-2011 -----	253
4.3. Análisis jurídico del caso en concreto donde violentan el principio de proporcionalidad de la pena en un delito tenencia, portación o conducción ilegal o irresponsable de arma de juego -----	258
4.3.1 Argumentación Jurídica del hecho -----	258
4.3.2 Motivos alegados por parte del apelante -----	258
4.3.3 Valoración de la Cámara -----	259
4.3.3.1 Marco Teórico Conceptual -----	263

### **CAPITULO III**

5.0. Sistema de Hipótesis -----	269
5.1 Hipótesis generales -----	269
5.2 Hipótesis específicas -----	272
6.0 Propuesta capitular -----	275
6.1 Capítulo I. Síntesis del Planteamiento del Problema -----	275
6.2 Capítulo II. Marco Teórico -----	275
6.3 Capítulo III. Presentación de Hipótesis -----	275

6.4 Capítulo IV. Presentación, Descripción e Interpretación de Resultados. -----	276
6.5 Capítulo V. Conclusiones y Recomendaciones -----	276
7.0. Diseño Metodológico -----	277
7.1. Tipo de la investigación -----	277
7.2. Población -----	278
7.2.1 Criterios para establecer la población -----	278
7.3 Método Técnicas e Instrumentos de la Investigación -----	279
7.3.1 Método -----	279
7.3.2 Técnicas de la Investigación -----	279
a) Documentales -----	
b) De campo -----	
7.3.3 Instrumentos de la Investigación -----	280
7.3.4 Procedimiento para la Realización de Entrevistas -----	280
7.3.4.1 Procesamiento de Datos -----	280
8. Presupuesto -----	281

### **CAPITULO III**

#### **ANALISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS**

##### **Parte I**

Resultados de la Entrevista No Estructurada -----	285
Representación y descripción de los resultados -----	283
Resultados de la guía de observación -----	306
Resultados de la entrevista no estructurada -----	314

##### **Parte II**

Análisis e interpretación de resultados -----	316
Descripción y verificación -----	316
Logro de objetivos -----	325

### **CAPITULO IV**

#### **CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES Y PROPUESTAS**

6. Conclusiones generales -----	330
7. Conclusiones específicas -----	337
8. Recomendaciones -----	338
9. 0. Referencia -----	339
10. Cronograma -----	349
<b>ANEXOS -----</b>	<b>350</b>

## Abreviaturas y siglas utilizadas

**Art:** Artículo

**C.Pn:** Código Penal

**C.PrPn:** Código Procesal Penal

**CADH:** Convención Americana de Derechos Humanos.

**Cfr:** Confróntese

**Cn:** Constitución

**CSJ:** Corte Suprema de Justicia

**D. Leg:** Decreto legislativo

**D.L:** Decreto Ley

**DP:** Derecho Penal

**Ed:** Editorial

**Edit:** Editorial

**Exp:** Expediente

**Ibid:** Ibidem

**DUDH:** Declaración Universal de Derechos Humanos

**FGR:** Fiscalía General de la República.

**Ob. Cit:** Obra Citada.

**PE:** Parte Especial.

**PG:** Parte General.

**Supra:** Véase antes.

**Vid:** Véase.

**Pág:** Página

**PDDH:** Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos

**PIDCP:** Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

**PNC:** Policía Nacional Civi

# **PROYECTO DE INVESTIGACIÓN**



## INTRODUCCIÓN

La presente investigación tiene por objeto hacer un estudio Jurídico-legal acerca de “El principio de proporcionalidad de la pena, en el delito de proposición y conspiración en la Zona Oriental”, en este trabajo regular así un tema de suma importancia para la sociedad, teniendo como base todos aquellos defectos o fallos en el marco constitucional.

La investigación consta de dos partes, que se han sistematizado de la siguiente manera: la parte I donde se desarrolla la respectiva presentación del proyecto de investigación; la parte II en la cual se lleva a cabo el desempeño de la investigación en cinco capítulos, que se han estructurado en un diseño metodológico que pretende integrar el aspecto monográfico y el aporte propio del grupo investigador, los que se dividen de la siguiente forma:

**Capítulo I** donde se desarrolla un esquema sinóptico sobre el problema planteado en la investigación, a través de los enunciados en base a interrogantes planteadas al inicio de la investigación que servirán de clave para ir desarrollando y despejando cada una de estas dudas, seguidamente se hace un breve análisis sobre cada uno dichos enunciados tomando como base el tema principal que plantea cada uno de ellos.

En el **Capítulo II** denominado “Marco Teórico” comprende los antecedentes, donde se expresa la evolución histórica de las diferentes técnicas del principio de proporcionalidad de la pena en el delito proposición y conspiración, desde la edad antigua hasta la edad moderna a nivel internacional y posteriormente nacional.<sup>1</sup> Base Teórica en donde es necesario presentar de una forma general en que consiste la el principio de

---

<sup>1</sup> La necesidad de tales medios –en el sentido que se debe elegir la medida menos lesiva para los derechos fundamentales, es decir, la que permita alcanzar la finalidad perseguida con el menor sacrificio de los derechos e intereses del afectado. SOLÍS VÁSQUEZ, LUIS ALBERTO, Razonamiento judicial (on lin), (citado 12 Julio 2016). Disponible en la Word Wide Web: [www.teleley.com/articulos/art\\_180608-7.pdf](http://www.teleley.com/articulos/art_180608-7.pdf).

proporcionalidad desde el punto de vista de los derechos humanos, como se concibe el término pena y desde qué momento puede considerarse el derecho de la persona humana, se describe también cada uno de los principios penales referente a la Constitución y todo lo que este tema abarca tanto en la rama penal constitucional, como en la disciplina del Derecho, para poder comprender la necesidad inminente de la creación de un marco jurídico que regule todas las conductas relacionadas con el tema. Es en este capítulo donde se hace un análisis, social, cultural, religioso y legal de la temática.<sup>2</sup>

**El Capítulo III** contiene la elaboración de Hipótesis, mismas que han sido verificables en el desarrollo de la investigación, se define el tipo de investigación, la técnica e instrumento a utilizar así como la población y muestra que se tomó en cuenta para la investigación de campo siendo ésta la siguiente: Personas conocedoras del tema, de manera directa como: Jueces de Paz y Jueces de Sentencia, de los departamentos de San Miguel, Usulután, Morazán y La Unión, en la Zona Oriental.

**El Capítulo IV** muestra el análisis e interpretación de los resultados obtenidos por medio de las entrevistas y encuestas, los cuales son expuestos estadísticamente mediante gráficos, a fin de obtener una mejor comprensión, seguidamente se muestra un análisis a la solución del problema, planteado en los enunciados que tuvieron lugar anteriormente según el cuadro sinóptico.

---

<sup>2</sup> En relación al control constitucional del derecho penal como forma de control social formalizado, la Sala de lo Constitucional expresó que: “De esta manera, el Derecho Constitucional conforma la política criminal, que en una primera acotación constituye una forma de control social lo suficientemente importante para que sea monopolizada por el Estado. ROLLA, GIANCARLO, La concepción de los derechos fundamentales en el constitucionalismo Latinoamericano (on line), (citado 26 Julio 2016). Disponible en la Word Wide Web: [www.costituzionale.unige.it/crdc/docs/articles/Rolla3.pdf](http://www.costituzionale.unige.it/crdc/docs/articles/Rolla3.pdf).

**En el Capítulo V** contiene las conclusiones<sup>3</sup> y recomendaciones a las que el equipo investigador a considerado pertinentes una vez conocidas las diferentes opiniones de los peritos del tema y de la percepción que tiene la población de esta temática, sin olvidar la aplicación de la normativa que guarda relación referente al principio de proporcionalidad de la pena, así mismo la respectiva propuesta de la creación de una ley que comprenda los elementos necesarios para eliminar los vacíos legales, que hasta ahora han dejado en duda muchas decisiones judiciales respecto al tema.

---

<sup>3</sup> En relación al principio de proporcionalidad se ha manifestado. “El principio de proporcionalidad supone una pena adecuada a la culpabilidad, pero sujeta a los fines preventivo generales positivos, así como a los fines preventivos especiales positivos de la pena; teniendo como límite el grado de culpabilidad sobre el hecho. Sólo la pena proporcional, responde en el plano dogmático a las necesidades de prevención general y especial; de ahí que la pena, quede deslegitimada cuando su fundamento es el castigo, la expiación, la retribución pura y absoluta del hecho, el ejemplarizar ante los demás o el inocular al hombre, todos esos fines que pretenden ser esenciales, afectan la razonabilidad de las penas, porque son desproporcionadas y atentan contra la dignidad humana. El principio de proporcionalidad, se vincula necesariamente, a los presupuestos de un derecho penal, que sean propios de un régimen democrático, propio de un Estado Constitucional de Derecho, ello significa, que tal principio, homologa el carácter subsidiario del derecho penal, que no sólo se justifica constitucionalmente, cuando su intervención es necesaria para tutelar bienes jurídicos; y esa intervención, no es de prima ratio sino de última, ante los ataques más intolerables para los bienes jurídicos más trascendentales; tal fragmentariedad, es aplicable a la pena como mecanismo restrictor de derechos, su intervención como pena privativa de libertad, debe ser la última opción y siempre proporcional, sin sacrificar en exceso el derecho a la libertad, en cuanto a su núcleo esencial. Tomás y Valiente, FRANCISCO, La resistencia constitucional y los valores /en/ Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante [on line], 1994, Núm. 15-16 (citado 30 Julio 2016), pp. 635-650. Disponible Web: [ww.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/013616208254738391990224/cuaderno15/volIII/doxa15\\_08.pdf](http://ww.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/013616208254738391990224/cuaderno15/volIII/doxa15_08.pdf).

**TÍTULO:**

**“EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA PENA, EN EL DELITO DE PROPOSICIÓN Y CONSPIRACIÓN EN LA ZONA ORIENTAL”.**

**RESUMEN:**

En el desarrollo del presente trabajo se realizará el estudio de una temática de mucha trascendencia en la actualidad, investigación que se ha denominado: “EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA PENA, EN EL DELITO DE PROPOSICIÓN Y CONSPIRACIÓN EN LA ZONA ORIENTAL”, haciendo un análisis doctrinario, teórico y jurídico, el cual se detalla a continuación:

**A. Presentación Doctrinaria**

Este apartado comprende los antecedentes donde expresa la evolución histórica del principio de proporcionalidad de la pena, desde la edad antigua, edad contemporánea, hasta llegar a la edad actual o moderna, debido a la importancia que merece este asunto y para conocimiento exacto de los investigadores debe tomarse en cuenta donde surgió, cuando y como ha evolucionado hasta la actualidad, tanto a nivel nacional como internacional.

**B. Presentación Teórica:<sup>4</sup>**

En este apartado se desarrolla las posturas desde los métodos científicos, en la disciplina jurídica en primer lugar, debido a las reformas de las leyes y a los avances constitucionales los que han logrado a través de un análisis jurídico, llegar a descubrimientos importantes en la aplicación de la pena a imponer por el hecho cometido, basándose en su iniciativa de mejorar

---

<sup>4</sup> El origen del principio en estudio si bien se remonta a la antigüedad, solo se pudo consagrar como tal en el periodo de la Ilustración, una vez que los demás presupuestos del derecho penal alcanzaron cierto desarrollo y madurez mínimos, entiéndase, la legalidad, la certeza, la igualdad y la culpabilidad. IVONNE YENISSEY ROJAS. La proporcionalidad e las penas portal (consultado 10 agosto 2016) Disponible: [en la wed.uclm.es/.../la%20proporcionalidad%20en%20las%20penas.pdf](http://www.uclm.es/.../la%20proporcionalidad%20en%20las%20penas.pdf)

las leyes y los avances Constitucionales que han logrado a través de un análisis jurídico, llegar a importantes descubrimientos en la aplicación de la pena a imponer por el hecho cometido, basándose su iniciativa de mejorar con estos aportes a la sociedad y persona humana. De esta manera se hará un estudio desde el punto de vista Constitucional, para comprender como se percibe esta situación ante los grandes pensadores y representantes de estas instituciones importantes para la sociedad en general, ya que son quienes imponen las formas de inconstitucionalidades que son impuestas a la persona que ha cometido un hecho en nuestro país.

### **C. Presentación Jurídica:**

En este apartado se pretende introducir las disposiciones normativas nacionales, que regulan la temática en estudio, para poder identificar de qué manera se sistematiza legalmente en nuestro país la pena a imponer y conocer lo que se encuentra como prohibido y permitido, para lograr una debida comprensión y de esta manera emitir las respectivas conclusiones y ulteriormente realizar el concerniente estudio de la legislación salvadoreña, a fin de descubrir las diferencias y similitudes comparado con otras legislaciones.<sup>5</sup>

Vale la pena aclarar que no se encuentra regulada en nuestra Legislación Salvadoreña una regulación específica del principio de proporcionalidad de la pena que se da en el manejo de imponer una pena por una conducta delictiva y a pesar de ello, ya es una realidad que se practica y se encuentra desarrollada casi en su totalidad en este país,

---

<sup>5</sup> El merecimiento de la pena como formulación penal del Principio de Proporcionalidad se caracteriza en un Sistema Penal todos los elementos del delito, el injusto merecedor de pena está formado por la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad penal, luego del análisis de estos tres elementos se constituye el juicio de Proporcionalidad de la Pena. VILLANUEVA HARO, BENITO, El novísimo Código Procesal Penal y la restricción de derechos fundamentales /en/ Revista Internauta de Práctica Jurídica [on line], enero-junio 2006, Núm. 17([citado 2 agosto 2016]). Disponible en la Word wide Web: [http://www.ripj.com/art\\_jcos/art\\_jcos/num17/num17/Procesal%20Penal%20y%20la%20Restricci\\_%20Derechos%20Fundamentales.pdf](http://www.ripj.com/art_jcos/art_jcos/num17/num17/Procesal%20Penal%20y%20la%20Restricci_%20Derechos%20Fundamentales.pdf).

habiendo procesos de inconstitucionalidad del acceso de penas que hoy en día se les imponen a la persona que ha cometido un delito delictivo, sin embargo no se le ha regulado específicamente.

Una Propuesta de un posible sistema que cumpla con los requisitos se adecue una pena de acuerdo con los derechos de las personas: Tomando en cuenta que, el Derecho no es una doctrina permanente, sino cambiante conforme a las realidades sociales, se ha tomado a bien hacer una propuesta sobre la creación de una ley que regule todo lo referente a esta situación en el país, ya que es sumamente necesario un parámetro que dicte lo que está permitido y lo que está prohibido, con respecto a estos nuevos avances y cambios que van surgiendo en la sociedad.

## **1.0 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

### **1.1 Situación problemática.**

En este apartado se pretende identificar una situación dentro de la temática del principio de proporcionalidad de la pena en los delitos de proposición y conspiración que genera un problema para la sociedad. La normativa penal a partir de la parte especial, establece los delitos y las penas que son aplicables a las infracciones, por lo que, el tema a investigar se basa en el principio de proporcionalidad de las penas en los delitos de proposición y conspiración, pero siempre considerando las garantías constitucionales establecidas en la Constitución.

El derecho que se ve afectado al aplicar una pena excesiva, es la libertad establecido en el Art. 2 de la Carta Magna, al respecto la Sala de lo Constitucional ha dicho que “las sentencias deben ser conforme a la magnitud del bien jurídico tutelado que se ve afectado, más no a una simple especulación de los juzgadores o tribunales”, por lo que este estudio trata de

analizar cuál es la estrategia a la que recurren los jueces al momento de imponer una sentencia y en base a qué criterio el juez impone la misma.<sup>6</sup>

La no aplicación del principio de proporcionalidad, el cual se basa en los subprincipios de idoneidad, necesidad y el principio de proporcionalidad en sentido estricto o llamado también ponderación, en el caso de un delito de robo simple, al no aplicarlo se produce la violación de los derechos del acusado, ya que la sentencia puede ser desproporcionada en relación al valor material de la cosa sustraída afectando intensamente un derecho fundamental que es la libertad.

Este principio, también se denomina principio de exceso o el derecho de policía, respecto del origen del principio de proporcionalidad existen tres tesis que a continuación se mencionan: la primera, explica que surgió en el Derecho de policía para pasar a impregnar todo el Derecho público, ha de observarse también el Derecho penal”.<sup>7</sup> Según estos autores, el principio constituyó originalmente un límite al poder de policía, para luego regir el establecimiento y la imposición de toda medida restrictiva de la libertad, internándose así en el Derecho Penal. Comparten esta idea Cobo del Rosal, Vives y González.

Para otro sector de la doctrina, el citado principio nació en el seno del Derecho Penal con la finalidad de limitar las medidas de seguridad. Esta opinión hace una diferenciación del principio de culpabilidad reservado a las penas, y el de proporcionalidad a las medidas de seguridad respectivamente, por las diferencias que entre una y otra existen. Sostienen esta idea Queralt Jiménez, Jescheck, Mir Puig y Roxin.

---

<sup>6</sup> Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, número 5-2001, de fecha 23-XII-2010. Considerando III.3.A

<sup>7</sup> González Cuellar Serrano, Nicolás. (1990). **“Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Derecho Penal”**, s/p, s/e Pág. 29.

Finalmente, hay quienes consideran que el principio de proporcionalidad está desde sus orígenes, vinculado al ámbito de las penas, entre ellos Beccaria, Verdugo, Arroyo y Bustos Ramírez.

Como se manifiesta, el principio de proporcionalidad hace referencia a que la imposición de una pena, debe corresponder a la gravedad y entidad del hecho cometido, de tal manera que las sanciones graves se destinen para los hechos punibles más atroces y las leves para los de menor entidad; la proporcionalidad tiene que ser tanto de índole cualitativa (ante delitos de diferente gravedad debe imponérsele penas diversas) como cuantitativas (a cada delito le debe corresponder una sanción que se refleje con su importancia).

Estableciéndose este último caso en base a dos postulados: La gravedad del injusto cometido (principio de lesividad) y el grado de culpabilidad (principio de culpabilidad), el que se encuentra regulado en el artículo 5 del Código Penal al disponer que “Las penas y medidas de seguridad solo se impondrá, en forma proporcional a la gravedad del hecho realizado por el sujeto”.<sup>8</sup>

Para mantener la armonía de las relaciones sociales el Estado selecciona una serie de conductas que subvierten el orden social preestablecido, elevándolas a la categoría de delitos, sancionando a los ciudadanos que realizan esas conductas con el fin de prevenir posteriores conductas delictuales. Lo anterior como consecuencia de la facultad subjetiva de castigar comportamientos considerados desviados, conocida como “ius puniendi”; “es una expresión latina utilizada para referirse a la facultad sancionadora del Estado que se traduce literalmente como derecho

---

<sup>8</sup> Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia número 15-96, de fecha 14-II-1997, considerando IX.3.A. afirmó que: “la pena en nuestro marco constitucional ejerce una función de carácter principalmente utilitario, pues busca en primer lugar la resocialización del delincuente.



a penar o derecho a sancionar. La expresión se utiliza siempre en referencia al Estado frente a los ciudadanos”.

Una manifestación del derecho subjetivo es la pena, considerada como una sanción o castigo por la realización de una conducta prohibida o disvaliosa para la sociedad que tiene como fin readaptar a la persona que ha delinquido.

Dicha institución no es novedosa, puesto que, ha sido aplicada en muchos épocas de la civilización, tal es el caso de la ley del Talión, que apareció en las primeras épocas de la historia, en la cual existió una concepción de una pena brutal, su postulado “ojo por ojo, diente por diente, pero no dos ojos por un diente”; lo que implicaba comprender la manifestación de la pena como la mera causación de un mal, siendo su consecuencia el hecho de castigar al autor del delito con una pena equivalente al mal ocasionado.

Con la evolución de la sociedad, y la instauración de diversos modelos políticos, la pena de prisión se desarrolla y da un paso a una codificación e institucionalización de la misma, aparecen castigos como la guillotina, la hoguera y otras manifestaciones de brutalidad de éstas sanciones jurídico-penales. Con los avances del conocimiento científico aparecen las primeras teorías referentes a las penas. En el ordenamiento constitucional de El Salvador, se desarrolla las aportaciones de la Escuela Positiva; en tal sentido a la persona que delinque se le impone una pena con una doble finalidad: en primer lugar para que la sociedad se abstenga de cometer delitos, a lo cual se le conoce dentro del tecnicismo jurídico como Prevención General; y en segundo lugar, se impone esa sanción al individuo con la finalidad de readaptarlo a la sociedad, constituyendo esto último la Prevención Especial.

En ese sentido el Artículo 27 de la Constitución de la República plasma en su inciso último que “El Estado organizará los centros

penitenciarios con el objeto de corregir a los delincuentes, educarlos y formarles hábitos de trabajo, procurando su readaptación y la prevención de los delitos”. De lo anterior se deduce la correspondencia de las teorías de los fines de la pena y los principios regulados en el Artículo 27 de La Constitución.<sup>9</sup>

Las Leyes Secundarias tienen como fin desarrollar los preceptos Constitucionales; en tal sentido, el Derecho Penal no es la excepción porque en él se desarrollan las consecuencias Jurídico-Penales a que están expuestas todas aquellas personas que realicen conductas reguladas como delito. Las penas que adopta el sistema penal Salvadoreño se encuentran reguladas en el Artículo 45 del Código Penal, que en su numeral primero expresa los límites mínimo y máximo de su aplicación, estableciendo así que la imposición de una pena de prisión, oscilara entre seis meses a setenta y cinco años, situación que resulta contradictorio al momento de valorar lo expresado por el Art. 27 de la Constitución de la República, que señala como fin de la pena de prisión, la resocialización y prevención de los delitos, en la medida que con la aplicación de una pena mayor de 75 años pierde su finalidad preventiva-resocializadora, por cuanto la estipulación de una pena de prisión en concreto que sobre pase tal cantidad de años lleva imbíbido un carácter retributivo y no preventivo resocializador.

En la realidad Jurídico Penal contemporánea, se ha hecho una manipulación de la pena, valiéndose de la política criminal orientada a la protección de ciertos intereses de estratos sociales con poder económico-político. Como manifestación de la exacerbación de la pena se reformó dos veces el art. 45 del Código penal, estableciéndose en un primer momento un límite máximo de treinta y cinco años, pero posteriormente se efectúa una

---

<sup>9</sup> TAPIA PARREÑO, JAIME. (2001). *“La determinación de la pena y la elaboración de la sentencia en la Jurisdicción Penal Juvenil”*. s/p, s/e Pág. 82

segunda reforma al mismo artículo, elevándose la pena a una cantidad de setenta y cinco años de prisión.

Todo lo anterior en un contexto histórico de doble finalidad como efecto motivador del derecho penal, evitar en primer lugar, el aumento de la criminalidad y por otra parte, proteger intereses de clases económicamente poderosas. Como consecuencias de éstas reformas, los juzgadores se encontraron frente a casos en los cuales la ley les obligaba a sancionar una conducta con penas de 40 a 50 años, como los homicidios agravados y secuestros, plasmados en los Artículos 129 y 149 Ambos del Código Penal; situaciones que colisionan con el fin de la pena de prisión expresado en la Constitución.

Para enfrentar tal dificultad, los Jueces de Sentencia se valieron de una facultad que la misma Constitución de la República les franquea, el Control Difuso de la Constitución, entendido éste como “el mecanismo que los operadores de justicia tienen para adecuar la ley secundaria a los principios Constitucionales, evitando con esto la vulneración a las normas primarias”.<sup>10</sup>

El Control Difuso de la Constitución regulado en el Art. 185 de la misma, faculta al juzgador a inaplicar una norma jurídica establecida en una ley secundaria por ser ésta total o parcialmente contradictoria al ordenamiento constitucional, sus efectos son interpartes, con el fin de velar por la vigencia de la Constitución. De todo lo anterior, se concluye que la situación problemática objeto de estudio del presente trabajo de investigación será la inaplicación que los dispensadores de Justicia hagan de las penas mayores de 75 años de prisión consideradas inhumanas valiéndose del Control Difuso de la Constitución.

---

<sup>10</sup> **“Consejo Nacional de la Judicatura”**. *“la fase inicial del proceso penal”* (2001). El salvador, san salvador Pág. 158.

1. Como está plasmada en la sentencia del 23-XII-2010, que se pronunció en el proceso de inconstitucionalidad, que era inhumana la pena excesiva que quería imponer a una persona que había cometido dicho delito la Sala de lo Constitucional declaró como fundamento de la inconstitucional, la desproporción de los límites de la pena asigna al tipo; también indico que el legislador debe respetar el principio de proporcionalidad en materia punitiva.
2. Otro problema que estamos viviendo en estos días es que se carece de una buena administración de justicia por parte del órgano competente, éste ente muchas veces no administra justicia a través de sus decisiones, lo que implica que debe hacerse conforme los resultados de valoración probatoria para no vulnerar derechos y principios constitucionales como antes se ha venido mencionando, se le hace una crítica constructiva al Estado para que cambie la estrategia del sistema y evitar que incrementen los delitos en la sociedad. Superar la idea errónea que se tiene al considerar que al aprobar leyes que apliquen penas excesivas por el delito cometido disminuirán los delitos, porque esa no es la solución.

Por lo que resulta válido cuestionarnos:

¿Será el exceso de las penas una violación al principio de proporcionalidad de la pena? ¿Se violenta el principio de proporcionalidad de la pena en los delitos de proposición y conspiración?

## **1.2 Antecedentes del problema**

En este apartado presentaremos una breve reseña de donde proviene el principio de proporcionalidad para poder tener claro para que ha surgido este y que fin y beneficios ha venido trayendo desde los tiempos pasados y en la

actualidad, y es por eso que presentaremos un análisis histórico de dicho principio en mención.<sup>11</sup>

La autora Ivonne Yenisse Rojas al referirse sobre los antecedentes históricos del principio de proporcionalidad en su obra *La proporcionalidad en las penas*, publicado en el año 2010, realiza un estudio sobre el principio de proporcionalidad y hace referencia al contenido de este principio en sentido amplio, así como su fundamento constitucional, sobre el bien jurídico y el principio de proporcionalidad en el derecho comparado.

La autora antes mencionada al referirse a los antecedentes históricos del principio de proporcionalidad dice: “El origen del principio de proporcionalidad se remonta a la antigüedad, ya que en la obra de Platón, *Las Leyes*, se puede encontrar la exigencia de que la pena sea proporcional a la gravedad del delito. Pero es hasta la época de la Ilustración cuando se afirma este principio”.

Muestra de ello es la obra de César Beccaria (1982), *De los delitos y de las penas*, en la cual hace referencia a la pena y establece que ésta debe ser “necesaria e infalible”, ya que estas dos características completan la idea de proporcionalidad, según el autor.<sup>12</sup>

De tal forma, que en el período primitivo el individuo arrebatava la propiedad ajena aun no siendo regulado delito alguno. Con el paso de los años, aparecieron los primeros códigos escritos, como el Código de Hammurabi o el Código Hitita.

---

<sup>11</sup> Sentencia de Inconstitucionalidad de los artículos: 2 Incisos 2 y 4, 4, 6, 12, 14 Inciso 1°, 15 y 22 de la “Ley Transitoria de Emergencia Contra la Delincuencia y el Crimen Organizado”. Publicaciones Especiales, Corte Suprema de Justicia, No. 23, San Salvador, 1997. Pág. 96.

<sup>12</sup> ROJAS I. Y., (2010), “*La proporcionalidad en las penas*”, s/p, s/e, pág. 5; Arnold, (2012), pág. 10.

De acuerdo con el autor Rainer Arnold en su obra titulada: El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, publicada en el año 2012, sobre el tema materia de esta investigación hace un estudio respecto al origen, significado y desarrollo de este principio constitucional, así mismo hace referencia a los requisitos del principio de proporcionalidad, los cuales deben ser idóneos, que sean necesarios para el bienestar de la sociedad y al mismo tiempo que estos sean medidos o equilibrados con el fin de emitir una sentencia justa por parte de los jueces.

El autor antes mencionado manifiesta: “En un contexto ideal, cada Estado trataría de ser lo más justo en cuanto a la sanción penal y al daño inferido, todo esto en relación a una adecuada relación jerárquica de Bienes Jurídicos que le sirva de sustento. La pena jamás sería mayor a la ofensa. La pena sería proporcional”. De lo señalado por los autores el disfrute de la libertad aparece entonces como la situación normal y la intervención estatal como una situación excepcional; esto propició que las intervenciones Estatales en la libertad fuesen proporcionadas.

### **1.3 Enunciado del problema**

#### **1.3.1 Problemas Fundamentales**

¿Será que el principio de proporcionalidad como herramienta de ponderación entre intereses individuales y sociales del Estado dentro de un marco de razonabilidad, necesidad y garantía de libertad del hombre frente al Estado, se convierte en verdadero límite del legislador para evitar las posibles arbitrariedades del poder punitivo del Estado?

¿Será que el agravamiento de la pena hasta de setenta y cinco años excede la medida o el grado necesario para el cumplimiento de sus fines, convirtiéndose en una medida inconstitucional que violenta el principio de

proporcionalidad y la función de la pena privativa de libertad preceptuada en el artículo 27 de nuestra Constitución?

### **1.3.2 Problemas Específicos**

¿La pena en nuestro marco constitucional ejerce una función de carácter utilitario, al buscar la resocialización del delincuente como un intento de ampliar las posibilidades de la participación en la vida social?

¿En qué medida toda pena superior de treinta años, es contraria a la dignidad humana, en cuanto niega a la persona la posibilidad de poder desarrollar, tarde o temprano, su personalidad dependiendo de las condiciones económicas, sociales y culturales en que se desarrolle?

¿El incremento de la pena de prisión será una verdadera política criminal que enfrente el delito con seriedad y con respeto a la dignidad humana?

¿Será que para el combate de la criminalidad se respetan los criterios político- criminales permitidos desde la Constitución, las cuales están sujetos a principios racionales como el de proporcionalidad?

### **1.4 JUSTIFICACIÓN**

La presente investigación pretende dar un aporte técnico, teórico y jurídico sobre la el principio de proporcionalidad de la pena y así contar con los elementos de juicio, para estructurar las políticas y estrategias necesarias que permitan la solución de los problemas.

Constituye una fuente técnica/ doctrinaria para los estudiantes de derecho, profesionales y a la comunidad jurídica y no jurídica.

A fin de garantizar la seguridad jurídica, tutela y protección de estos derechos que se encuentran en inminente plasmados en el aspecto constitucional, se ha tomado a bien hacerlo a través de una iniciativa por parte del equipo investigador de realizar una alusión desde el aspecto

constitucional, además de eso significa una herramienta para el sistema legislativo de El Salvador, pues estaría enriqueciendo el cuerpo normativo ya existente, en su deber de protección y defensa de los derechos en intereses de la sociedad.

Cuando se menciona anteriormente sobre derechos que se encuentran en inminente alusivos en el aspecto constitucional, nos referimos a primeramente el derecho a la una pena más favorable a la persona humana, puesto que, es esta la parte más vulnerable en cuanto a la afectación de intereses se habla, en estas prácticas.<sup>13</sup>

Jurídicamente, la noción de aplicación de la pena involucra varios aspectos; a los derechos, principios constitucionales que tiene toda persona, porque es la garantía social de las personas por medio de la cual se dan el exceso de la pena a la hora de aplicarlas.

Entonces cuando este derecho es regulado, son tomados en cuenta tres aspectos que, aunque están divididos, se fusionan como un todo al momento de ser reguladas, es decir, la aplicación de una pena de una persona desenvuelta en un entorno tripartita como éste, hacen que el ser humano no solo sobreviva teniendo funciones vitales, sino que viva plenamente, que sugiera una integridad y goce pleno de todas sus facultades.

Entre los derechos del hombre, sin duda el más importante es el derecho a la vida, pues es la razón de ser de los demás, ya que no tendría sentido garantizar la propiedad, la religión o la cultura, si el sujeto al que se los concede está muerto.

---

<sup>13</sup> Régimen político en el cual el pueblo ejerce la soberanía por sí mismo sin mediación de un órgano representativo. Forma de gobierno en la que el pueblo ejerce la soberanía directamente o por medio de delegados elegidos. Que es el Estado de las libertades públicas, de las garantías y del respeto al ser humano. CABEDO MALLOL, VICENTE. Los derechos del detenido, del acusado-imputado y del condenado en la Constitución Española de 1978, CC. (on line), marzo 2004, vol. 32, Núm. 1 (citado 7 Agosto 2016), pp.119-131. Disponible en la Web: [http://www.serbi.luz.edu.ve/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0798-95982004003000005&lng=es&nrm=iso](http://www.serbi.luz.edu.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0798-95982004003000005&lng=es&nrm=iso). ISSN 0798-9598.



El principio de proporcionalidad, tratándose de precipicio que vela y contempla la adecuación de las penas que se deben imponer, el problema no radica en el hecho de favorecer a la reproducción humana a través de la ciencia, sino que con el fin de alcanzar este ideal se violenten derechos,<sup>14</sup> y es que debido a la no regulación de los procedimientos y de los órganos que realizan estas prácticas se vulneren derechos constitucionales considerados como humanos y fundamentales, tales como es el derecho a la vida, a la libertad, puesto que, al momento de realizarse algunos procedimientos de este tipo se crean más incremento de penas innecesarias, leyes que aprueban para que el juez o órganos del Estado incrementen la penas para la persona que ha cometido un hecho punible.

Por lo tanto, este estudio tiene como visión realizar un aporte científico académico, formando la base de futuras investigaciones que beneficien a los estudiantes, profesionales y sociedad en general que se interese por el tema.

## **2.0 OBJETIVOS**

### **2.1 OBJETIVOS GENERALES:**

1. Comprender en que consiste el principio de proporcionalidad de la pena y cuál es su fin; desde el contexto histórico y su evolución hasta la actualidad.
2. Determinar cuáles son los aspectos legales del principio de proporcionalidad de la pena desde el ámbito Constitucional.

---

<sup>14</sup> Es necesario que el juez del tribunal en el momento de imponer una pena que lo realice conforme a la sana crítica y apegado a los derechos constitucionales, es por esa razón que en el momento de aplicar una ley los órganos que se encargan de aprobar dicha ley no deben buscar el incremento de pena si no que se castigue por el delito no necesario imponer una pena mayor porque eso no significa que imponiendo una pena mayor los delitos se dejaran de cometer en la sociedad. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, Sobre prueba y proceso penal [on line], [citado 18 julio 2016]. Disponible en la Word Wide Web: [www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01482529890165929650035/discusiones3/discusiones\\_05.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01482529890165929650035/discusiones3/discusiones_05.pdf).

## **2.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS:**

1. Verificar el grado de conocimiento en los Tribunales de Sentencia y la población en la Zona Oriental sobre el principio de proporcionalidad de la pena aplicable a los delitos de proposición y conspiración.
2. Identificar la existencia o no de violaciones al principio de proporcionalidad de la pena a la hora de imponer una pena a una persona que ha cometido un hecho punible.
3. Elaborar un análisis de la política criminal, sobre el principio de proporcionalidad de la pena en los delitos de proposición y conspiración en la Zona Oriental.<sup>15</sup>

## **3.0 ALCANCES DE LA INVESTIGACIÓN**

En todo trabajo de investigación que se pretenda alcanzar cierto grado de cientificidad, es necesario establecer los alcances de la misma con la finalidad de no desviarse de los lineamientos metodológicos establecidos para obtener un resultado satisfactorio mediante la efectiva y eficiente operatización.

### **3.1 ALCANCE DOCTRINARIO**

En este apartado se pretende plantear la trayectoria doctrinaria del desarrollo de nuestro tema, señalando como su origen el nacimiento del principio de proporcionalidad que ha venido surgiendo desde la antigüedad, solo se pudo consagrar como tal en el periodo de la Ilustración, una vez que los demás presupuestos del derecho penal alcanzaron cierto desarrollo y madurez mínimos, entiéndase, la legalidad, la certeza, la igualdad y la

---

<sup>15</sup> Es necesario alcanzar los objetivos e hipótesis propuestos en dicha investigación para podernos dar cuenta de cómo es la actualidad en el sistema de nuestro país que no es un sistema adecuado ni satisfactorio para aprobar leyes que amparen los delitos cometidos. MINERO MENJIVAR, JOSEFA LISSETH (2010) “La violación al principio de proporcionalidad de la pena, en el delito de proposición y conspiración” (consultado 14 agosto 2016) disponible en Word wide wed: [ri.ues.edu.sv/248/](http://ri.ues.edu.sv/248/)

culpabilidad. Como se sabe desde ese entonces se ha estudiando si existe una violación al principio en el momento de la aplicación de la pena.

El éxito de este principio dio impulso a las actuales técnicas de inconstitucionalidades, que comprenden todos los principios violentados a toda persona humana de desde el punto de vista constitucional en los que se manipulan incrementos de penas.

Por otro lado, los derechos humanos tienen aplicación en las relaciones privadas, de tal manera que el derecho a la vida, a la libertad, a la culpabilidad, a la aplicación de una pena justa humana y a la identidad, entran en juego en la violación al principio de proporcionalidad de la pena, la que repercute en el cumplimiento de una ley adecuada al hecho cometido, la investigación del principio de proporcionalidad, en el derecho actual, en la libre aplicación y fundamentación constitucional en general en los principios e instituciones del derecho de la persona humana.

Según FERRAJOLI establece que el principio de proporcionalidad de la pena se ha afirmado en la época de la ilustración, cuando llegaron a madurar todos los demás presupuesto del derecho penal moderno, la legalidad la certeza, la igualdad, y sobre todo la mensurabilidad y culpabilidad de las penas entonces en la época de la ilustración se hacía hincapié en el principio de proporcionalidad entre los delitos y las penas como consecuencia del principio de culpabilidad.

Es por ello que en las técnicas del principio de proporcionalidad de la pena debe haber un más amplio campo doctrinario para que la sociedad pueda adquirir mayores conocimientos e informarse de los actuales avances de la ciencia tanto en El Salvador como en el mundo.

### 3.2 ALCANCE JURÍDICO

- ✓ La investigación se fundamenta en primer lugar en la Carta Magna, en el Título I, Capítulo I Art. 1 que establece los Derechos y Garantías Fundamentales de la persona y en primer lugar se encuentra el derecho de la persona humana y los fines del Estado y el derecho a una justicia justa y adecuada que tiene una persona.  
Título II, Art. 2, 12, 27<sup>16</sup> donde establece los derechos y garantías fundamentales de la persona, como el derecho a la libertad, el de culpabilidad, a la prohibición de penas de cadenas perpetúas.
- ✓ El Código Penal salvadoreño presenta en su Libro Primero, Título I Art. 23 sobre a las garantías penales mínimas capítulo II De los delitos a la aplicación de la ley penal.
- ✓ El Código Penal salvadoreño presenta en su Libro Segundo, Título I Art. 129 sobre los delitos relativos a la vida capítulo I De los delitos de Homicidio.
- ✓ El Código Penal salvadoreño presenta en su Libro Segundo, Título III Art. 149 sobre los delitos relativos a la libertad capítulo I De los delitos relativos a la libertad individual.
- ✓ La Constitución salvadoreña no hace mención expresa al principio de proporcionalidad, la Sala de lo Constitucional ha interpretado que este se encuentra implícito en el artículo 246 de la Constitución.
- ✓ La Proposición y Conspiración aparece conceptualizada y definida en la parte general del código penal en el artículo 23, y ya en la parte especial fue incorporada en los artículos 129-A, Proposición y Conspiración en el Delito de Homicidio Agravado; 149-A Proposición y Conspiración en los

---

<sup>16</sup> Es necesario enfocarnos en el en la doctrina, en la normativa como también en el espacio para que la investigación en estudio resulte con un gran éxito a la hora de presentar nuestra tesis y si se lograra indagarnos en el principio de proporcionalidad de la pena en los delitos de proposición y conspiración ya que este es un tema muy relevante ante el ámbito constitucionales donde se violentan derechos como a una pena proporcional. FRANCISCO RUBIO LLORENTE. (1993) *“La interpretación de la Constitución”, en La forma del poder, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, Madrid, pag. 609.

delitos de Privación de Libertad y Secuestro; 214-C Proposición y Conspiración en los delitos contra el patrimonio, exceptuando la Receptación; y 251, Proposición o Conspiración.

### **3.3 ALCANCE TEÓRICO**

El principio de proporcionalidad de la pena en el delito de proposición y conspiración hay muchas teorías que contemplan las posturas de que éstos delitos son meramente violentados en cuanto al aumento de la pena del delito cometido a la persona culpable, nos da a entender que a veces no hacen el análisis debido al momento de emitir una sentencia porque se debe valorar los principios constitucionales para no violentarle ningún derecho a una persona condenada.

### **3.4 ALCANCE TEMPORAL**

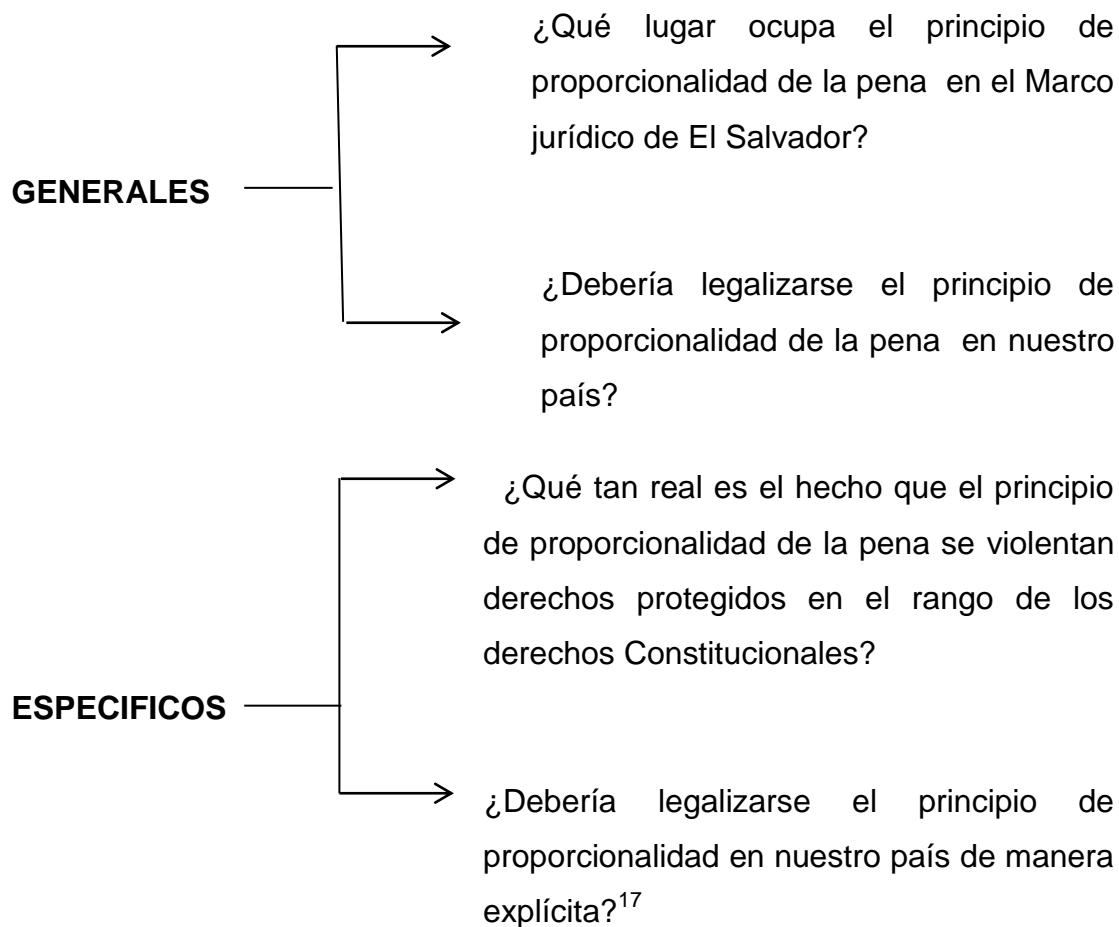
Las técnicas del Principio de proporcionalidad de la pena y sus diversas aplicaciones y procedimientos, así como la legislación existente relacionada con dicha temática, será investigado principalmente en el plazo de tiempo comprendido entre Enero 2012 a Noviembre 2016.

### **3.5 ALCANCE ESPACIAL**

La presente investigación hará énfasis al período comprendido desde el año 2002 hasta la actualidad, puesto que es en tal período que nuestro país ha referido de una serie de reformas penales.

## CUADRO SINÓPTICO DEL PROBLEMA

Con el fin de orientar la presente investigación, el equipo de trabajo propone enunciar una serie de interrogantes que serán determinantes en el desarrollo de la misma.



---

<sup>17</sup> Cuadro sinóptico, elaborado por los autores de esta obra.

## **RESUMEN DEL CUADRO SINÓPTICO.**

En este apartado se hará una síntesis sobre el tema principal que comprende cada uno de los enunciados planteados anteriormente, a fin de esclarecer el rumbo de la investigación en base a estos cuestionamientos sobre el tema.

### **Lugar que ocupa el principio de proporcionalidad de la pena en el Marco Jurídico Salvadoreño**

A través del tiempo los derechos humanos se han venido transformando y ampliando por medio de cartas, convenios y declaraciones en las cuales los países suscriptores se comprometen a cumplir y hacer cumplir las normas que en ellas se establecen y crean de esta manera instituciones que velen por el respeto de los así llamados derechos humanos.

Tales derechos deben ser reconocidos por normas para que garanticen su protección y tutela, pero nos encontramos ante una problemática de suma importancia para toda sociedad, y es que no existe dicho cuerpo de leyes que configure un especial resguardo a derechos implícitos en el principio de proporcionalidad de la pena como: El derecho a una pena justa, a una interpretación desde el ámbito constitucional tomando en cuenta los principios constitucionales que le competen a una persona, y a la vez conocer el origen propio.

El Salvador cuenta con un vacío legal en este tema y en algunos casos ello obliga a dar repuesta de acuerdo con los principios generales del derecho y hacer referencia a la legislación comparada.

## **Legalización del principio de proporcionalidad de la pena en El Salvador.**

En la actualidad por no existir un artículo que este plasmado en alguna ley al respecto del principio de proporcionalidad que se adecue una pena adecuada en nuestro país, se ha tomado a bien, incorporar en la presente investigación un análisis del de la política criminal que unifica y moderniza el sistema legislativo, así como otras leyes ya existentes, como: El Código, Penal, entre otros.

Dicho análisis de la política criminal actualiza la legislación mediante la incorporación de una pena adecuada para la persona que comete un delito, regulando expresamente aspectos como: El consentimiento informado, los requisitos del procedimiento a emplear, la prevalencia de la voluntad profesional que por medio de este análisis se encuentre que el criminal no solo porque ha cometido un delito no merece ser tratado como un ser humano tiene que tener oportunidad de readaptarse de nuevo a la sociedad y no significa que por el aumento de la pena los crimines se dejen de cometer o disminuir en nuestro país o en la sociedad si no que debe de ser una pena proporcional para el delincuente.

Existen temas de trascendental importancia que deben regularse en una norma para determinar la situación jurídica que tienen en el país, situaciones como: Determinar el comienzo de la aplicación de una pena a persona que han cometido un delito en el ámbito jurídico que trae aparejado la protección jurídica que la acompañará durante toda su vida.

El propósito que se busca proteger es la los principios constitucionales como el de proporcionalidad y de legalidad. El derecho de a una pena adecuada, por imperio de la propia Constitución, se encuentra garantizado y tutelado desde la concepción.



## **Violación Derechos Humanos en el Principio de proporcionalidad de la pena.**

En relación a los avances jurisprudenciales en materia constitucional y penal, podemos afirmar que el pensamiento que actualmente se engloba bajo el lema de *ius poenalis* ha propiciado, en los últimos años, el recurso a las mismas, en el contexto de los denominados “derechos a una pena justa”.

Así, por ejemplo, se reclama el reconocimiento de un derecho a la desproporción de la pena, lo que es lo mismo, la posibilidad de llevar a cabo que se aplique una pena justa y adecuada conforme a la persona o la edad de esta, porque hoy existe un exceso de pena en nuestro país. En este sentido la violación al principio de proporcionalidad de la pena se podría llegar a encontrar con una serie de discrepancias con respecto a las leyes ya existente en El Salvador, que protegen derechos que se encuentran siendo vulnerados por no existir un parámetro de control que garantice el respeto y protección de los mismos.<sup>18</sup>

Existen derechos vulnerados de trascendencia internacional como el derecho a la a la libertad, la igualdad de la persona en la aplicación de una medida que le impone un juez dictada en una sentencia definitiva, de los derechos, protegidos por la Constitución salvadoreña y demás leyes secundarias, tratados internacionales e Instrumentos de Derechos Humanos firmados y ratificados en El Salvador, como más adelante se va profundizar en el área normativa.

---

<sup>18</sup> Resumen del cuadro sinóptico, elaborado por los autores de esta obra

# **CAPÍTULO I**

# **PLANTEAMIENTO**

# **DEL PROBLEMA**

## CAPITULO I

En el presente capítulo se desarrolla un cuadro sinóptico, donde se establecen con su respectivo código correlativo, cada uno de los temas centrales derivados de los enunciados del problema que se generaron en la presente investigación.

<b>Código de la pregunta</b>	<b>Tema central</b>	<b>Interpretación de significado</b>
<b>01</b>	El principio de proporcionalidad como herramienta de ponderación entre intereses individuales y sociales del Estado dentro de un marco de razonabilidad, necesidad y garantía de libertad del hombre frente al Estado, se convierte en verdadero límite del legislador para evitar las posibles arbitrariedades del poder punitivo del Estado.	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Categorías Doctrinarias.</li> <li>- Teorías Jurídicas.</li> <li>- Jurisprudencias.</li> <li>- Legislación.</li> </ul>
<b>02</b>	El agravamiento de la pena hasta de setenta y cinco años excede la medida o el grado necesario para el cumplimiento de sus fines, convirtiéndose en una medida inconstitucional que violenta el principio de proporcionalidad y la función de la pena privativa de libertad preceptuada en el artículo 27 de nuestra Constitución.	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Categorías Doctrinarias.</li> <li>- Teorías Jurídicas.</li> <li>- Jurisprudencias.</li> <li>- Legislación.</li> </ul>
<b>03</b>	La pena en nuestro marco constitucional ejerce una función de carácter utilitario, al buscar la resocialización del delincuente como un intento de ampliar las posibilidades de la participación en la vida social.	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Categorías Doctrinarias.</li> <li>- Teorías Jurídicas.</li> <li>- Jurisprudencias.</li> <li>- Legislación.</li> </ul>
<b>04</b>	Toda pena superior de treinta años, es contraria a la dignidad humana,	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Categorías Doctrinarias.</li> <li>- Teorías Jurídicas.</li> </ul>

	en cuanto niega a la persona la posibilidad de poder desarrollar, tarde o temprano, su personalidad dependiendo de las condiciones económicas, sociales y culturales en que se desarrolle.	- Jurisprudencias. - Legislación.
<b>05</b>	El incremento de la pena de prisión es una verdadera política criminal que enfrente el delito con seriedad y con respeto a la dignidad humana.	- Categorías Doctrinarias. - Teorías Jurídicas. - Jurisprudencias. - Legislación.
<b>06</b>	Para el combate de la criminalidad se respetan los criterios político-criminales permitidos desde la Constitución, las cuales están sujetos a principios racionales como el de proporcionalidad.	- Categorías Doctrinarias. - Teorías Jurídicas. - Jurisprudencias. - Legislación.

Como grupo de investigación trataremos la manera de ir desarrollando cada uno de los temas planteados y para dar el respectivo fundamento aplicaremos las categorías: teóricas, prácticas, y doctrinarias.

El principio de proporcionalidad como herramienta de ponderación entre intereses individuales y sociales del Estado dentro de un marco de razonabilidad, necesidad y garantía de libertad del hombre frente al Estado, se convierte en verdadero límite del legislador para evitar las posibles arbitrariedades del poder punitivo del Estado

El principio de proporcionalidad tiene un fértil terreno para desplegarse, y su incipiente autonomía le otorga la virtualidad de dar concreción a las finalidades retributivas de la norma penal, y de esa forma constituirse en unas de las más relevantes directrices de racionalización en el ejercicio del iuspuniendi.

"Dentro de los límites de cada grado el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito."

Hayase aquí un germen de la actual idea de proporcionalidad que fue recogido luego en la época de nacimiento del Derecho Penal Público y desarrollado a partir de la época de las luces a partir de las surgentes tendencias hacia la humanización de las penas, convirtiéndose hoy en un verdadero principio limitador del ius puniendi.

Pero, más allá de estas someras consideraciones de carácter preliminar, vale señalar que actualmente, y ante la necesidad de cautelar los intereses y valores fundamentales que rigen la sociedad, el poder legiferante suele desplegar una pluralidad de modos de actuación a la hora de infligir el castigo, que discurren fundamentalmente desde consideraciones preventivo generales. De allí que se criminalicen nuevas conductas extendiendo un cada vez más amplio espectro de punibilidad; se anticipe la tutela penal de bienes jurídicos castigando actos que en sí mismos no lesionan ni ponen en peligro inmediato al objeto tutelado; e incluso, y bajo el mismo presupuesto, se alcance la exacerbación de la respuesta penal elevando significativamente las penas.

Ante esto, no es casual que autores como Novoa, entre nosotros, y Mir Puig en España, hayan constatado una nueva huida al retribucionismo como único modo de soslayar la excesiva intervención del Derecho penal, ya que finalmente la retribución entendida bajo los lineamientos de un Estado de Derecho se transforma en una garantía a favor del individuo consistente en la prohibición de que la medida del castigo trascienda a la gravedad del hecho cometido. Así, la retribución explicaría la idea de que la culpabilidad es mensurable desde el prisma de la gravedad del hecho. Se pretende con estos planteamientos que la dignidad del ser humano se vea así

reforzadamente protegida a través de la observancia del imperativo kantiano de no instrumentalización humana.

En general, se tratará en lo sucesivo el problema de la virtualidad del principio en examen para acoger en su seno criterios válidos para construir un derecho penal cada vez más racional y sistemático, al configurarse como un baremo de legitimación del sistema jurídico penal

Cabe precisar que el principio de proporcionalidad se erige en un elemento definidor de lo que ha de ser la intervención penal, desde el momento en que trata de traducir el interés de la sociedad en imponer una medida de carácter penal, necesaria y suficiente, para la represión y prevención de los comportamientos delictivos, y por el otro, el interés del individuo en la eficacia de una garantía consistente en que no sufrirá un castigo que exceda el límite del mal causado, en otros términos, la minimización de la violencia en el ejercicio del ius puniendi. Así, la justa medida de la pena se configura como un principio rector de todo el sistema penal.

Pero a pesar de ello, sin dejar de advertir que en el contenido del principio en estudio se entrecruzan consideraciones empíricas con criterios eminentemente valorativos, concuerdo con que la idea de proporcionalidad se inspira en consideraciones político criminales más que en determinadas líneas de pensamiento filosófico, ya que, como en adelante se dirá, al surgir desde las bases constitucionales, el principio en examen se erige en una de las directrices que el Estado debe observar al momento de criminalizar y castigar conductas.

En fin, no se trata aquí, de destacar la funcionalidad del principio de proporcionalidad en el análisis del delito, operatividad que puede observarse nítidamente en el ámbito del análisis del injusto típico o en el de la valoración de la antijuricidad material del comportamiento, cuestión que excede la

pretensión de este breve trabajo, sino de plantear el problema de su aplicación en un ámbito donde aún los criterios de actuación son difusos y escasamente precisados por la doctrina y la jurisprudencia.

El análisis jurídico doctrinario de los criterios que se utilizan para determinar las penas privativas de la libertad, ha estado presente en todas las legislaciones por los diversos autores a través del desarrollo histórico del derecho penal.

Los criterios que utilizan los jueces para determinar las penas, deben estar basados en disposiciones legales establecidas para tal efecto en la normativa penal vigente, el hecho delictivo debe estar tipificado. El análisis jurídico doctrinario, también comprende el establecimiento de que si el hecho es antijurídico, desaprobado en la normativa penal y si existe culpabilidad, tiene como consecuencia una sanción penal por ser un hecho punible.

En el contexto, de la realidad salvadoreña, ésta función recae básicamente en los jueces, los cuales aplican las penas correspondientes a los diferentes delitos, de ahí la importancia de conocer si los jueces imponen una pena fundamentada en el marco jurídico doctrinario, si los criterios utilizados son los adecuados de acuerdo al delito cometido, si al momento de imponer la pena se han tomado en cuenta las atenuantes o agravantes u otras situaciones importantes, debido a que pueden ser perjudiciales para el imputado y para la sociedad y en consecuencia se incrementa la inseguridad jurídica lo cual le resta credibilidad a la administración pública.

El problema de adecuar la pena al delito cometido obedece a varias razones, entre las que puede mencionarse el hecho de que si los jueces respetan las reglas que señala la normativa penal a momento de determinar una sanción.

La doctrina jurídica tiene relevancia, ya que en ella se basan los criterios que resultan en la determinación de penas que afectan directamente al

ciudadano al cual se le va a aplicar. La determinación de la pena debe estar prevista de todas las garantías sustanciales y procesales respecto del procesado, no se trata de perjudicar ni de beneficiar al imputado, sino de imponer una pena justa adecuada al delito cometido. Esto significa que los jueces deben adecuar la pena a las circunstancias concretas del hecho y del autor, tomando en cuenta para tal efecto, circunstancias que modifican la responsabilidad penal del autor, con esto, se busca conseguir que el imputado tenga seguridad jurídica en el desarrollo del proceso, particularmente cuando se le imponga una sanción penal.

La determinación de las penas, es y ha sido uno de los mayores problemas que tiene el Sistema Judicial Nacional, particularmente en cuanto a su configuración, al grado de estar revisando constantemente los preceptos forenses legales para modificarlos en función de su aplicabilidad.

Un aspecto que también ha influido en una efectiva aplicación de los criterios de determinación de las penas, es la sana crítica, pues al constatar una sentencia, en la resolución de los jueces del Instancias y encuentran significativas similitudes con la de los magistrados de Cámara, lo preocupante es que algunas resoluciones se alejan de las aspiraciones constitucionales, específicamente de los principios rectores de la legislación, siendo estos los de inocencia, de culpabilidad, legalidad, proporcionalidad de la pena, de responsabilidad por el hecho, y el de resocialización, que es el fin último de la filosofía y espíritu de la ley penal, por lo cual es necesario que los jueces magistrados conozcan plenamente la manera en que dichos principios limitan la determinación de la pena.

Doctrinariamente la pena se sustenta en su función rehabilitadora (prevención general y especial) presuponiendo que el imputado tiene el derecho de resocializarse, es decir que la pena tiene función sancionadora pero no inhibida de la pena, tal como lo dispone el artículo 27 de la Constitución. La Ley Penitenciaria, que más bien debería denominarse de



«Ejecución de Penas" pues no todas las penas implican el "Sistema Carcelario", lo que adquiere especial trascendencia en esta investigación, en tanto permite abordar el problema que sucede después de que se impone una pena es decir que en tanto cumple una pena impuesta se rehabilita la persona.

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

En este artículo nos proponemos analizar la técnica legislativa penal que se utiliza para la formulación de las penas para los delitos. En efecto, al hablar de técnica legislativa penal nos remite a verificar si existe proporcionalidad entre penas y delitos. Y al hablar de proporcionalidad nos remite a analizar la nueva teoría constitucional del derecho penal. Con esto se intenta rescatar aportes o mecanismos técnicos que sean útiles para que el legislador al momento de crear las penas lo haga de forma idónea, necesaria y proporcional.

Nuestro sistema de individualización judicial de la pena, según lo visto, se sigue inclinando a favor de un rígido legalismo frente a una limitada y relativa discreción judicial, aunque es verdad que el espacio de juego para el juez puede significarle a la persona castigada varios años de diferencia.

De todos modos, el juez debe hacerse cargo de la prueba producida respecto de los hechos que a su criterio influyen en la menor o mayor medida de la pena exacta a imponer. Una ausencia de motivación en este punto constituye una infracción a la garantía constitucional del debido proceso, y motivo absoluto de nulidad en virtud del art. 374 letra c. del Código Procesal Penal.

Siendo imposible dar una relación exhaustiva de todas estas circunstancias, en tanto en cuanto cada delito y la forma en que se despliega en la realidad

puede tomar una infinidad de formas como la mente humana sea capaz de concebir, lo importante es que el juez explique cómo es que el resultado de esta actividad de individualización exacta de la pena ha observado una interpretación ponderada de las circunstancias objetivas y subjetivas que rodearon al hecho, y el modo en que ha procedido a ponderar retrospectivamente su gravedad, por un lado, y la reacción penal por el otro, situándose en una posición que siempre otorgue favorecimiento a los derechos fundamentales del individuo, especialmente en lo que dice relación con su libertad personal.

Todo lo anterior, además de proporcionar un mayor grado de racionalidad y sistematicidad a la actividad judicial posee varias ventajas. Entre ellas, podemos señalar la posibilidad de disminuir el riesgo de que el juez determine la pena única y exclusivamente en función del grado de impresión que le produjo el hecho, o que en razón de adecuar la pena a la gravedad del hecho recurran a prácticas altamente cuestionables como la recurrir a su sólo arbitrio en el momento de la calificación jurídica del hecho adoptando decisiones de difícil sustento teórico, o bien, haciendo uso de atenuantes o eximentes incompletas de modo artificioso e incluso recurrir a la libertad de prueba dada por el art. 297 del Código procesal penal, con el riesgo de ser impugnada su decisión por la vía del recurso de nulidad.

Para que exista proporcionalidad entre penas y delitos debe existir una equiparación valorativa de tal forma que la pena sea adecuada al acto. Es por esto que el legislador al momento de establecer una pena a un delito lo debe hacer con criterio técnico, más no atendiendo a particulares circunstancias meramente políticas de populismo penal; provocando esto una distorsión del principio de proporcionalidad el mismo que establece que a mayor restricción de la libertad mayor importancia del bien jurídico lesionado penalmente. Dicha distorsión hace que en la actualidad

infracciones menores tengan penas severas equiparables a las infracciones más graves y viceversa.

Frente a este hecho nos preguntamos cuál es la intención del legislador al agravar las penas y qué método técnico emplea para que se justifique un aumento desproporcionado a pesar de que es conocido y se ha comprobado que no por el hecho de aumentar las penas va a disminuir la comisión de delitos. El aumento drástico de las penas lo único que produce es que actualmente exista una sobrepoblación carcelaria, en un sistema que no cuenta con las políticas necesarias para la rehabilitación.

El legislador debe hacerse la siguiente pregunta: ¿Cuánta pena para un delito? Y al querer dar una respuesta coherente debe tener presente la necesidad de la aplicación de herramientas técnicas que le permita fijar las penas de un modo técnico, de tal manera que éstas sean proporcionales a la gravedad de la infracción cometida. ¿Cómo puede ser posible que se utilice una coyuntura política o un momento de crisis social para modificar, crear, disminuir, aumentar o eliminar una pena? Cuando el legislador o asambleísta modifique, cree, disminuya, aumente o elimine una pena, debe hacerlo con un método técnico, el mismo que con base a criterios cuantificables, medibles y objetivos logre mejorar un sistema jurídico penal garantista.

La debida proporcionalidad tiene tres momentos, el primero es cuando el legislador establece las penas adecuadas al acto; el segundo, cuando el juez en un caso concreto establece la pena individualizada y justa; y el tercer momento tiene que ver con la parte ejecutiva de la pena, es decir su cumplimiento efectivo en los centros carcelarios llamados de “rehabilitación”.

En este artículo nos vamos a concretar en el primer momento. Partiremos del análisis de la importancia del derecho penal en un estado constitucional de derechos y justicia como es el nuestro, en el cual un sistema punitivo debe

ser por excelencia garantista. Posteriormente, dada la inexistencia de parámetros técnicos para la creación de penas, impulsaremos la utilización de uno que sea apropiado; esto quiere decir que se aportará con una técnica legislativa penal que permita al legislador crear normas punitivas debidamente proporcionales. Además como parámetros de evaluación de la técnica legislativa penal se propondrá la utilización del principio de proporcionalidad, con los tres sub principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Una política integradora es aquella que se preocupa profundamente desde el momento que se crea una norma penal por parte del legislador, esta debe ser necesaria, idónea y proporcional; que los jueces cumplan con su función de jueces garantistas, es decir que apliquen la norma en los casos concretos cumpliendo con el principio de proporcionalidad. Que al momento de ejecutar la sanción exista una verdadera política de rehabilitación, donde el infractor sea reinsertado a la sociedad para que no vuelva a cometer delitos. Entonces si desde el momento que se crea una ley, esta no es idónea, necesaria y proporcional, no esperemos que el juez y quienes se encargan de ejecutar la pena cumplan con su rol garantista. En el ámbito penal se puede notar claramente si un Estado es garantizador de los derechos de las personas o no.

Es un trabajo arduo el del legislador porque en sus manos está el crear tipos penales que protejan bienes jurídicos fundamentales. El código penal creará un impacto social bueno en caso que sea preventivo y no puramente sancionador. Se necesita un código donde la restricción de la libertad sea de última ratio y donde se implementen nuevos tipos de penas. En muchos de los casos lo que las víctimas requieren es que se les repare integralmente los daños, mas no que se les prive de la libertad a los infractores.

El legislador erróneamente considera al Derecho Penal como un instrumento más para la obtención de una fácil ganancia política a corto

plazo, dando respuesta a las demandas sociales de solución rápida de los problemas. Asistimos a una práctica política dirigida no a modificar la realidad, sino la imagen de la realidad en los ciudadanos, a la que se le denomina "política como espectáculo" o al también denominado "populismo penal".

Cuando hablamos de técnica legislativa nos referimos a la misma en un sentido amplio y restringido. Esta última se refiere al estudio de la composición y redacción de las leyes y disposiciones jurídicas. Mientras que la técnica legislativa en sentido amplio tiene que ver con el estudio de las normas como parte integrante del ordenamiento jurídico, al efecto de conseguir la mayor coherencia del sistema normativo.

La importancia que adquiere el legislador al momento de crear una ley penal es de gran magnitud, dado que este va a encaminar el comportamiento social por una determinada senda. En forma general Reyes Rodríguez nos señala la importancia del trabajo legislativo al decir que la manera en que se conducirán las relaciones; la discrecionalidad de las autoridades; la participación de los ciudadanos; la distribución de los recursos; la asignación de los derechos de propiedad; la certidumbre de las transacciones económicas y la capacidad para predecir tanto acciones futuras como el cumplimiento de mecanismos para ejecutar las obligaciones jurídicas, depende de quienes formulen las leyes."

Al respecto y al hablar de racionalidad legislativa según Diez J. establece que esta es la capacidad para elaborar una decisión legislativa atendiendo a los datos relevantes de la realidad social y jurídica sobre los que aquella incide.

Para orientar la creación de las penas por parte del legislador y prohibirle el exceso en las mismas, este debe aplicar, como siguiente paso, el principio constitucional de proporcionalidad. Es decir será él quien debe efectuar el

juicio de proporcionalidad en abstracto, describiendo una conducta de manera tal que sea posible adjudicarle un contenido de gravedad. Es por eso que toda pena exige al legislador preguntarse por la concreción de tres subprincipios: la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Dicha libertad con la que cuenta el legislador es el punto de partida de su trabajo, su libertad se encuentra limitada al establecer las penas debidamente proporcionadas, es decir se tiene que restringir el derecho a la libertad excepcionalmente por la ley, cuando otras razones constitucionales así lo exijan. Además, en este caso, las restricciones deben ser proporcionadas.

El principio de proporcionalidad, propio de un régimen constitucionalizado, solamente puede afirmarse con el derecho penal moderno, es decir cuando hablamos de legalidad, certeza, igualdad, mensurabilidad y la calculabilidad de las penas. Ya Beccaria pensaba que «si la geometría fuese adaptable a las infinitas y oscuras combinaciones de las acciones humanas, debería haber una escala correspondiente de penas en que se graduaran de la mayor hasta la menos dura». Ante esto dice Ferrajoli que no se puede lograr con las viejas penas del talión, desde las corporales a las capitales: las cuales, aunque en apariencia más próxima al principio retributivo, no permitían ninguna graduación y medición, a causa de su indivisibilidad. Sólo con el advenimiento de las penas abstractas y convencionales privativas de libertad y pecuniarias se realiza, mediante la posibilidad de cuantificación en tiempo y en dinero, el presupuesto técnico de la proporcionalidad de la pena.

### **Problemática de la determinación judicial de la pena.**

Como reconoce Silva Sánchez la teoría de la determinación judicial de la pena no ha alcanzado, aún, niveles de desarrollo similares o si quiera aproximativos a los sólidos y relevantes que se han producido en dogmática

penal de la teoría del delito. En efecto ***“la teoría de la individualización judicial de la penal, esto es, la determinación del cuanto de la pena dentro del marco legal se quedaba, en cambio, al margen de ese desarrollo y refinamiento”***.<sup>19</sup>

Este desafortunado encantamiento tiene diversas etiologías. Sin embargo, en algunos casos, él se origina en la inidónea técnica legislativa empleada por el legislador para regular tan delicada actividad jurisdiccional.

A continuación intentaremos superar estas preocupantes carencias y deficiencias a través de la construcción de un modelo teórico y un procedimiento operativo para la determinación judicial de la pena.

### **Principios rectores de la determinación de la pena.**

Como anota Diez Ripolles: “Ciertamente a la conminación, imposición, ejecución de las sanciones penales se les viene atribuyendo virtualidad para reproducir muy diversas consecuencias sociales. La legitimidad para producir unas u otras derivará de su correspondencia con las decisiones fundamentadoras de la actualización de sanciones penales. Tal correspondencia se asegura mediante el respeto de los principios que podemos denominar de la sanción penal”<sup>20</sup>.

La determinación de la pena de cualquiera otra clase de sanción penal requiere, por tanto, de un marco regular básico, el cual se edifica en base a un conjunto de principios rectores o políticas de gestión, que orientan las decisiones del legislador o del juez hacia la configuración legal o la ampliación procesal de penas justas y racionales. Se trata, pues, de principios reguladores de las decisiones de criminalización primaria o

---

<sup>19</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA. (2007), ***“La Teoría de la determinación de la pena como sistema” (Dogmático): Un primer esbozo, en Revista peruana de Ciencias Penales N° 19, s/p, s/e pág. 468.***

<sup>20</sup> DIEZ RIPOLLES, JOSÉ LUIS. (2002), ***“El Derecho Penal simbólico y los Efectos de la Pena, en Revista Peruana de Ciencias Penales N° 11 y 12”***.s/p, s/e pág. 559.

secundaria en lo que corresponde a las consecuencias jurídicas del delito sean estas penas, medidas de seguridad o consecuencias accesorias. Cumplen tal función político criminal los principios que analizaremos a continuación.

### ***1. El principio de la función preventiva.***

Este principio también denominado **teleológico** sostiene que toda sanción penal, en tanto expresión del poder estatal, persigue una finalidad preventiva y una actualidad social. Por tanto, a través de ella se comunica la necesidad de preservar bienes jurídicos y de consolidar la plena vigencia del orden jurídico. Por consiguiente, su configuración normativa y su aplicación concreta deben legitimarse en su coherencia en el marco político que define la Constitución en su artículo 1°. En esencia, pues, el Principio de la Función Preventiva, exige que la pena, en su rol funcional de mecanismo de mantenimiento de la confianza social y de la defensa de bienes jurídicos, no puede ni debe ser usada por el Estado de modo prepotente o arbitrario, como un medio perturbador de la seguridad ciudadana. Ni mucho menos ella ha de convertirse en instrumento útil para la implantación o el mantenimiento de políticas autoritarias o totalitarias que desconozcan, tras discutibles razones de Estado o Programas de Seguridad Ciudadana, la dignidad humana y el derecho de las personas a la pluralidad o la discrepancia. La sanción punitiva, por consiguiente, no ha de usarse para atemorizar a la población, ni tampoco para la realización de fines meramente retribucionistas mediante la experimentación de inocuas y simbólicas medidas de sobrecriminalización abiertas o encubiertas. Consideramos, pues, que hacer una lectura, en estos términos, del principio que examinamos, permitirá que aquel adopte un sentido dinámico y útil para **controlar al control**. Por el contrario valorarlo únicamente desde una perspectiva estática, cuasi-



declarativa o estrictamente teórica lo hace compatible con los fines reguladores que corresponde a toda norma rectora<sup>21</sup>.

## **2. El principio de la legalidad.**

El artículo 1 del Título I del Código Penal define los presupuestos y efectos del principio de legalidad. Por su parte la Constitución lo regula en el artículo 8.

En su enunciado formal el principio que estamos analizando precisa que solo la ley puede señalar cuales las son las penas que se pueden imponer al autor o partícipe de un delito. Asimismo, determina que las penas solo podrán ejecutarse del modo establecido por la ley. Cabe señalar que tales exigencias alcanzan también a otras consecuencias jurídicas del delito como las medidas de seguridad y a las consecuencias accesorias.<sup>22</sup>

## **3. El principio de la culpabilidad.**

El artículo 4 del Título I del Código Penal trata del Principio de Culpabilidad y de sus efectos sobre la pena. Por su parte la Constitución lo regula en el artículo 12.

Concretamente el citado principio se resume en la clásica frase *no hay pena sin culpabilidad*. De ella derivan tres consecuencias de relevante sentido garantista y que son las siguientes:

- No hay responsabilidad objetiva ni pena por el mero resultado.
- La responsabilidad y la pena son por el acto y no por el autor.
- La culpabilidad es la medida y límite de la pena.

---

<sup>21</sup> VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE, (2006), “*Derecho Penal. Parte General*”, Grijley, s/e, Lima, Perú. pág. 115

<sup>22</sup> MIGUEL POLAINO, NAVARRETE (2008). “*Introducción al Derecho Penal. Grijley*”. s/e, Lima, Perú. pág. 168 y ss).

Sobre el Principio de Culpabilidad, **Bustos Ramírez** propuso una interpretación político-criminal que demandaba hacer una lectura democrática de la *exigibilidad o motivación* como la base de determinación de toda responsabilidad personal. Según él: “... *la perspectiva político-criminal del principio de responsabilidad o culpabilidad, se convierte en un desafío en la medida en que sea necesario establecer las garantías indispensables para que el sistema y sus operadores den cuenta, por un parte, de qué han hecho para otorgar a una persona las condiciones suficientes que le permitan la respuesta que se le está exigiendo y, por otra parte, si las circunstancias en que esa persona se encontraba, a pesar de aquellas condiciones suficientes otorgadas, permitan exigir dicha respuesta.*

*Es por eso por lo que siempre responsabilidad es igual a exigibilidad, esto es, se trata de determinar y, por tanto, de garantizar qué es lo que el sistema y sus operadores pueden exigir de una persona. Y no es ello una cuestión de fundamentación absoluta o puramente dogmática, sino de resolver desde las bases mismas de los objetivos de un sistema democrático”.*<sup>23</sup>

#### **4. El principio de humanidad.**

Junto con el Principio de Legalidad el Principio de Humanidad fue un importante aporte del iluminismo. Él “garantiza que las sanciones penales no sobrepasen los niveles de incidencia sobre los ciudadanos que son admisibles en el marco de las condiciones de aceptación del contrato social”.<sup>24</sup>

Este principio sostiene que el Estado no puede diseñar, aplicar ni ejecutar sanciones penales que afecten la dignidad de la persona, ni que dañen la constitución psicofísica de los condenados. Por tanto, mucho menos se pueden incluir penas que destruyan la vida de las personas. En ese sentido

---

<sup>23</sup> JUAN BUSTOS RAMÍREZ. (1994). “*Perspectivas y Desafíos de la Política Criminal en Latinoamérica*”, 4ta. Ed. s/e, Barcelona, pág. 164.

<sup>24</sup> DIEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS. (1994). “*El Derecho Penal Simbólico y Los Efectos de la Pena*”, s/e, Barcelona, pág. 560.

afirma Castillo Alva: “*El principal cometido del Principio de Humanidad es reducir la violencia estatal, conduciendo la configuración y aplicación de las penas, según criterios razonables. No sólo se busca, con ello, reducir el quantum o marco penal de las sanciones, sino además, determinar la clase de pena a crear e imponer, adecuándola a la humanidad del hombre. En base al principio de humanidad es cruel toda pena que resulte brutal en sus consecuencias, como las que comprometen la vida del sujeto*”.<sup>25</sup>

Asimismo, este principio demanda que los centros de reclusión y detención así como el procesamiento penal no constituyan riesgos de deterioro o de lesión para el interno o detenido.

Materialmente el Principio de Humanidad es, pues, un límite a las penas crueles o a las penas de muerte y de prisión indeterminada o perpetua. Él además, impone al Estado la obligación de esforzarse por dotar a su infraestructura carcelaria de los medios y recursos mínimos que impidan que el interno sufra vejámenes o que se resocialice paulatinamente.

El Principio de Humanidad se encuentra reconocido formalmente en los Artículos 1, 2 y 27 de la Constitución. Él se refleja también en el Título I del Código Penal en su Artículo 2.

### ***5. El principio de proporcionalidad.***

También se le conoce como *principio de prohibición de exceso o de la pena justa*. Esta política penal de origen retribucionista, y muy ligada a la noción clásica de culpabilidad, demanda que la pena debe guardar relación con el grado de responsabilidad del agente, con la magnitud del daño ocasionado y con la trascendencia del bien jurídico lesionado. Por consiguiente, la definición y aplicación de sanciones penales debe guardar una equivalencia razonable, en sus dimensiones cualitativas o cuantitativas, con el tipo de

---

<sup>25</sup> CASTILLO ALVA, JOSÉ LUIS. “*Principios de Derecho Penal*”, s/p, s/e pág. 348.

delito cometido, con las circunstancias de su realización y con la intensidad del reproche que cabe formular a su autor.

Sobre sus efectos ha señalado Castillo Alva: *“Para el Derecho penal la proporcionalidad supone la correspondencia valorativa entre el delito y la sanción respectiva (pena o medida de seguridad) o entre el injusto y la sanción que se le asocia. En sentido negativo el principio de proporcionalidad supone el rechazo del establecimiento de conminaciones y la imposición de penas que carezcan de toda relación valorativa con el hecho delictivo, ya sea cuando el conflicto sobre cuya base opera es de ínfima lesividad o cuando, no siéndolo, la afectación de derechos es groseramente desproporcionada respecto a la lesividad del conflicto”*.<sup>26</sup>

Nuestro sistema punitivo ha demostrado en su evolución histórica una vocación sobrecriminalizadora y preventivo general negativa. La pena, en ese contexto, pues, ha sido y sigue siendo un medio simbólico de apaciguamiento y de terror social. En este contexto cierto sector de la judicatura ha recurrido con frecuencia al principio de proporcionalidad para imponer sanciones por debajo del mínimo legal sin expresar ninguna razón atenuante específica o privilegiada. Y sin argumentar de modo sistemático el exceso penal aludido. Esta praxis deviene en ilegal y arbitraria cuando no desarrolla una motivación suficiente. Al respecto es de advertir que la mera invocación de proporcionalidad no configura, por si misma, una pena justa ni legal.

El Principio de Proporcionalidad no está regulado de modo expreso en nuestra legislación. Sin embargo, se encuentra efectivamente regulado de manera implícita en el Artículo 246 de la Constitución. Y en los artículos 2, 12 y 27 del Código Penal.

---

<sup>26</sup> CASTILLO ALVA, JOSÉ. *“Principios de Derecho Penal”*, s/p, s/e pág. 280.

### Las etapas de determinación judicial de la pena.

Demetrio Crespo advierte que resulta necesario y pertinente distinguir, conceptualmente, entre **determinación legal de la pena**, lo que la doctrina alemana designa como **Strafbemessung**. Y la **determinación o individualización de la pena** a la cual los autores germanos denominan **strafzumessung**.

Según el autor citado: *“en el primer estadio el legislador determina en abstracto las penas correspondientes a los delitos como, fijando unas penas máximas y otras mínimas para cada delito conforme a la gravedad del mismo. De este modo se pone a disposición después un espacio de juego (**Spielraum**), o marco penal (**Strafrahmen**). A éste estadio pertenece también la aplicación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. En la individualización judicial de la pena por el Juez, **éste asume la tarea de la elección de la pena adecuada al caso concreto, dentro del marco ofrecido por el legislador**”<sup>27</sup>.*

Para esta decisión se hace necesario construir un modelo metodológico y sistemático que puede asumir las características y tránsito que a continuación señalamos.

Operativamente la determinación judicial de la pena debe estructurarse y desarrollarse como un procedimiento con etapas o fases que debe transitar el juez. Tradicionalmente, la doctrina y la legislación han identificado como integrantes de este procedimiento práctico dos etapas secuenciales: **la identificación de la pena básica y la individualización de la pena concreta**.

---

<sup>27</sup> DEMETRIO CRESPO, EDUARDO. (1999), *“Prevención General e Individualización de la Pena.”* Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca, pág. 41 y 42.

### Fundamentos de la pena.

*HURTADO POZO*<sup>28</sup> señala que el ejercicio del poder punitivo se halla condicionado por el complejo de circunstancias que constituyen el fundamento y la finalidad del derecho penal y del derecho en general, instrumentos, por último, de la política criminal que es parte de la política social general de Estado. No se impone una pena porque es necesario intimidar a delincuentes en potencia o porque se estime que es necesario someter a tratamiento al agente. Se le castiga porque culpablemente ha cometido una infracción. El "para qué" se castiga, puede determinar una disminución o suspensión de la sanción; pero no sobrepasar en intensidad los límites de la culpabilidad.

Una pena que no guarde estas proporciones no será comprendida por la población y será nulo su efecto de prevención general. Esta depende, en general, de la capacidad del sistema para plasmar y reforzar en los individuos la desaprobación moral de las infracciones. Es pues, ingenuo pensar cuanto más severas sean las penas, mayor será su efecto de prevención general. Esta se halla más bien en directa relación con la oportunidad y la eficacia de la persecución penal.

Entre nosotros no se tiene en cuenta esta realidad y cada nueva ley, ampliadora y modificadora del sistema represivo, comporta casi siempre, un aumento de la escala de penas. En el texto original de nuestro Código se materializaba el criterio correcto. No figuraba la pena de muerte y las escalas penales eran proporcionadas. Los efectos negativos de la actual orientación de nuestra legislación penal se multiplican debido a que la función de prevención general es la única que podría ser cabalmente utilizada en nuestro país, ya que no se cuenta con los medios necesarios para llevar a cabo con cierta eficacia la función de "prevención especial".

---

<sup>28</sup> HURTADO POZO, JOSÉ, (1988). "*Manual de Derecho Penal*", Edili, Lima, Perú. pág. 32

## **Características de la pena.**

### **1. Personal.**

Con respecto a esta característica se entiende que solamente debe de imponerse la pena al autor culpable, atendiendo de esta manera al principio de culpabilidad; por consiguiente, nadie puede ser castigado por ilícitos cometidos por otros, la responsabilidad se entiende que es personal porque va ser aplica a la persona que resulte culpable después de haber llevado a cabo un juicio previo; no obstante, no podemos negar que el sufrimiento del condenado pueda extenderse a su familia o a terceras personas, es decir, que a pesar de que es personal tiene trascendencia social.

Un efecto secundario lo encontramos en las repercusiones negativas que la ejecución de la pena pueda tener en la familia del condenado, un claro ejemplo lo encontramos en el alto índice de adicción a las drogas de niños y adolescentes, la desintegración familiar, la prostitución etc. Que son la consecuencia de la aplicación de una pena a algún familiar; de esta manera se provoca así la existencia de auténticas víctimas indirectas del delito por ser víctimas directas de la pena.

### **2. Proporcionada.**

La pena debe ser proporcionada a la naturaleza y a la gravedad del delito, atendiendo a los caracteres de la personalidad del delincuente, valorados objetiva y subjetivamente por el juzgador en el momento de dictar sentencia condenatoria. Esta proporcionalidad que debe existir entre la pena y el delito es tarea primordial del juzgador, quien debe ser objetivo a la hora de aplicar una pena, basándose en los medios probatorios que se produzcan durante el debate; sería ilógico pensar que una persona que se le encuentre culpable de un hurto de una cadena de oro se le imponga una pena máxima.

### **3. Determinada.**

En cuanto a esta característica considero que la pena debe de estar determinada e la legislación penal, el condenado no debe de tener más sufrimiento que el que la ley señala, esta característica va íntimamente relacionada con el principio de legalidad puesto que el juzgador no debe de aplicar una pena que no esté previamente establecida en la ley.

#### **4. Flexible.**

A la anterior característica le sumamos la de flexibilidad, en el entendido que debe ser fijada la pena dentro del mínimo y máximo que señala la ley, *"el juez o tribunal determinará en la sentencia, la pena que corresponda, dentro de un mínimo y una máximo señalado por la ley, para cada delito"*. Esta característica se extiende a que debe ser flexible también en cuanto a una impugnación para reparar un error judicial; como dice Sebastián Soler, Citado por De León Velasco y De Mata Vela, *"la pena es elaborada y aplicada por el hombre, por el cual supone siempre una posibilidad de equivocación"*.

#### **5. Pronta e ineludible.**

Una administración de justicia ineficaz consigue con su lentitud que el poder intimidante de la pena desaparezca, la conciencia social perturbada por el crimen quede insatisfecha al ver que los culpables siguen sin castigo y la ejemplaridad de este desaparece con el tiempo, ejemplo latente en estos tiempos son los linchamientos, ya que las personas optan por hacer justicia con su propia mano.

De todo lo anterior, se puede afirmar que la pena debe ser aplicada con la mayor brevedad posible, por la incidencia negativa de los retrasos en la aplicación de justicia que es latente cuando el sujeto se encuentre en prisión preventiva.

#### **6. Individualizada.**



Teniendo en cuenta que todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos, la ley penal, como toda ley, responde a los principios de generalidad e igualdad. El legislador al tipificar los hechos constitutivos del delito, no lo hace para alguna persona en particular, lo hace en forma abstracta, de manera de que a la hora de que alguna persona trasgreda la ley exige que debe de individualizar al infractor para poder aplicar la pena.

Como señala Mapelli Caffarena<sup>29</sup>:

*"La ley penal, como toda ley, responde a los principios de generalidad e igualdad. El legislador tipifica hechos; no puede tener a la vista personalidades concretas. Pero como la pena no se impone a hechos sino a personas, y no a personas en abstracto, sino a individuos concretos, se exige su individualización".*

Por supuesto, la individualización, que supone acercamiento de la norma general al caso concreto, no puede hacerse atendiendo a rasgos específicos que no justifiquen un tratamiento penal diferenciado.

### **La finalidad de la sanción penal.**

El fin jurídico de la pena es castigar para que no se delinca, se puede lograr esto:

**1) Fin individual de la pena:** Readaptando socialmente al autor del delito y evitando así su recaída en él mediante el cumplimiento efectivo de la pena (coacción penal), o su suspensión condicional (prevención penal).

**2) Fin General de la pena:** Funciona como prevención respecto de los demás miembros de la sociedad. Sobre la pena privativa de libertad, Prado Saldarriaga señala que:

---

<sup>29</sup> MAPELLI CAFFARENA, BORJA, (1971-2007) "**Los delitos y las penas en el diccionario de Echevarría, Padilla Libros. Sevilla**", pág. 123.

*“la finalidad expresada y que se ha pretendido a través de la ejecución de la pena ha sido resocializar al penado; así se ha entendido en la constitución política; tiene un raigambre preventiva especial al establecer que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.*

La pena es la característica más tradicional e importante del Derecho Penal. Su origen se encuentra vinculado con la del propio ordenamiento punitivo; y constituye, por la gravedad de su contenido, el medio de mayor severidad que puede utilizar el Estado, para asegurar la convivencia en la sociedad.

La pena está relacionada con conductas socialmente desvaloradas de las personas, siendo, por consiguiente, una consecuencia jurídica asignada a cualquier persona que haya realizado un hecho punible contrario a la norma. Sin embargo, “la pena es ajena a la norma. Pero también la pena es un mal e implica sufrimiento dolor y aflicción a la persona humana. Sin embargo, su aceptación o negación categórica dependerá de si es posible comprobar su utilidad en el caso específico. Es la teoría de la pena la que busca identificar dicha utilidad o fin limitando al poder penal (prevención general y especial), pero sin embargo faltaría comprobar si en la realidad se cumple o se hace efectiva dicha utilidad.

Si el Estado asume el cumplimiento de la utilidad de la pena y con ello logra sus efectos, el poder penal habrá sido ejercido satisfactoriamente, pues se habrá sujetado a los límites preventivos. Si por el contrario, el cumplimiento de la utilidad es sólo un discurso no realizado -el poder penal no lo ejerce o no surte efectos- entonces la pena se estará utilizando sin lograr dichos fines, y fuera de los límites preventivos. Así, la utilidad está limitada a través del Derecho Penal (teoría de la pena), pues de lo contrario la aplicación de la pena en el marco del ejercicio del poder penal sería completamente ilegítima.

# **CAPÍTULO II**

# **MARCO TEÓRICO**

## CAPITULO II

### 4.0 MARCO TEÓRICO

#### 4.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS:

##### 4.1.1. Origen del principio de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad expresado en la antigua máxima *poene debet commensuari delicto* se remonta a la antigüedad, ya que en la obra de Platón, *Las Leyes*, se puede encontrar la exigencia de que la pena sea proporcional a la gravedad del delito. Pero es hasta la época de la Ilustración cuando se afirma este principio.

Muestra de ello es, la obra de César Beccaria, *De los delitos y de las penas*, en la cual hace referencia a la pena y establece que ésta debe ser “necesaria e infalible”, ya que estas dos características completan la idea de proporcionalidad, según el autor el término necesaria se refiere, de forma fundamental, a la fase de conminación penal, aunque en la actualidad también afecta, a la fase de aplicación de la ley, indicando que la pena no ha de ir más allá de lo que es necesario para cumplir un fin. El término infalibilidad se refiere a que en la fase de ejecución de las penas hay que asegurar que las que se han impuesto se cumplan efectivamente.

La primera alusión que se realizó al principio de proporcionalidad fue en Alemania, en elación con el proceso penal, tuvo lugar en una resolución del *Deutscher Journalistentag*, tomada en Bremen el 22 de agosto de 1875, en la que se solicitaba que las medidas coactivas dirigidas contra los periodistas que se negaran a declarar como testigos fueran proporcionadas a las penas previstas para los delitos perseguidos. Aquella resolución supuso una primera llamada de atención sobre la necesidad de trasladar al proceso

penal el principio de proporcionalidad, conocido ya en el Derecho Administrativo de Policía.

En opinión de Torío López, el segundo brote del principio de proporcionalidad, de eliminación de las torturas y de las penas y tratos crueles, se dio en las declaraciones internacionales que siguieron a la terminación de la Segunda Guerra Mundial.<sup>30</sup> Es así como la idea de proporcionalidad ha pasado de un Derecho a otro, hasta convertirse en un principio general del ordenamiento jurídico y que, en sentido muy amplio, obliga al operador jurídico a tratar de alcanzar el justo equilibrio entre los intereses en conflicto.

Definitivamente como lo ha escrito Roxin, “a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán (*BVerfG*) sobre el principio de proporcionalidad, se ha elevado la eficacia de la jurisprudencia constitucional en el caso concreto a un altura jamás alcanzada (a pesar de la merma de seguridad jurídica), han sido reducidas las habilitaciones generales concedidas al Estado para la práctica de injerencias<sup>31</sup> en la medida no deseable según las circunstancias particulares del caso concreto, y el legislador ha debido doblegarse a ello”.<sup>32</sup>

#### **4.1.1.1 ANTECEDENTES DE LA PROPOSICIÓN Y CONSPIRACIÓN:**

Las instituciones jurídicas de la proposición y la conspiración, así como su regulación en el Derecho Penal, encuentra sus orígenes con el auge de las ideas post- revolución francesa de 1789 que predominaron en Europa, nacen vinculadas a la idea de considerar al Estado como un sujeto de Derechos, idea defendida ya por Feuerbach y su anteproyecto de código penal alemán en la que se consideraba al delito como una lesión a un

---

<sup>30</sup> Vid. ANITUA, G. I., Pág. 299.

<sup>31</sup> FERRAJOLI, L., (1999), *Derechos y Garantías. “La Ley del Más Débil”*, traducido al español por Perfecto Andrés Ibáñez, Ediciones Trotta, Madrid, Pág. 398.

<sup>32</sup> DE LA MATA BARRANCO, N. J., (1997). Pág. 214.

derecho de carácter subjetivo y los delitos contra la existencia y mantenimiento del Estado como una lesión a los derechos subjetivos del Estado.

En ese ambiente se crea en el código penal alemán un grupo de Delitos bajo el epígrafe **“Delitos contra el Estado y el orden Constitucional”** los que, se sancionaban todas aquellas acciones tendiente a cambiar el sistema jurídico político económico existente, tipos penales como La Sedición, Subversión, Traición, encontramos la Proposición y Conspiración para cometer el delito de sedición, se justificaba su incorporación en diferentes códigos penales de Europa en que era necesario proteger al Estado liberal frente a los ataques contra la existencia del mismo, un delito de esa naturaleza se entendía un ataque contra la colectividad en su conjunto y contra los fines que este pretendió alcanzar.

En España, a modo de ejemplo, los Códigos Penales con un carácter liberal de 1848, 1870, 1932, y actualmente el de 1995 se dio una limitación significativa en lo referente a penalizar los delitos de proposición y conspiración, a contrario sensu los pertenecientes a los periodos más autoritarios de España como fueron el código penal de 1850, 1928, 1944,<sup>33</sup> que establecieron una punición general de los actos preparatorios, en uno y otro caso las decisiones obedecían a razones de carácter político y no científico como resultaría de la aplicación de una política criminal.

#### **4.1.1.5 DERECHO OCCIDENTAL ROMANO.**

Al estudiar la historia del Derecho, Penal con especial énfasis para los efectos de esta obra, encontramos que las instituciones jurídicas de Proposición y Conspiración, no surgen espontáneamente, y para analizar

---

<sup>33</sup> En este caso, cuando la proposición y la conspiración se relacionaba a las figuras de Rebelión y de Sedición, es de los pocos casos en que se penalizaba la Proposición y Conspiración en el código de 1974, igualmente de los Actos preparatorios dado que con ello se afecta, (según se daba la justificación de tal penalización) la personalidad interna del Estado.

adecuadamente su desarrollo debemos primero estudiar el *Ius Romano*, que es el punto de partida del Derecho Occidental,<sup>34</sup> tal y como se conoce actualmente, así dentro de este encontramos las normas jurídicas contenidas en el *Digesto*, el cual en los acápites 16, 19 y 48 hace alusión a la exclusiva punición de las acciones humanas y a la exclusión de los pensamientos (buenos o malos), en términos del mismo *Digesto* cit.

XLVIII “**Cogitationis Poenam Nemo Patitur**” (El Pensamiento No Delinque), aforismo acuñado por Ulpiano en este periodo que va desde la República hasta el fin del Imperio de Constantino, la máxima antes citada prohibió con efectividad la punición de acciones como las que constituyen la Proposición y Conspiración, reservando la actuación penal únicamente para la sanción de los actos delictivos consumados, para los cuales se reservaba la “**Poena**” (tal y como se ve actualmente) y las “**Reductio Capitae**” (Reducción de cabeza) e “**Injurium**”(penas injuriantes).

La Reducción de cabeza era en la Antigua Roma, una pérdida de la Calidad de Ciudadano Romano y de sus derechos conexos, es en tal sentido equiparable a la actual pena de inhabilitación, contenida en el artículo 46 n. 1 y 2 del Código Penal vigente. Las Penas Injuriantes o infamantes del latín “**Infamiun**”, sin Fama, que implicaban la pérdida del buen nombre y la fama de la persona, en este caso el ciudadano romano.

Este aforismo, que pasa luego a convertirse en un principio informador del Derecho Penal “**El Pensamiento no Delinque**”, que luego fue recogido en el libro II de la Séptima Partida en el Título 31 que proviene, como ya se

---

<sup>34</sup> La cita respeta el Castellano antiguo, aun no independizado del Latín, su traducción gramatical (y en parte literal) al Español actual, sería la siguiente: “Pensamientos malos vienen muchas veces a los corazones (mentes) de los hombres, de manera que se afirman en aquello que piensan para cumplirlo de hecho: y después de eso además que si lo cumpliesen es que harían mal, mas no al arrepentirse, y por ello decimos que cualquier hombre que se arrepintiese del mal pensamiento antes que comenzase a obrar por él, que no merece por ello pena ninguna, porque los primeros movimientos de las voluntades no están en poder de los hombres.”

acoto con anterioridad, de la más vigorosa tradición Romana, y que ha sido retomada y continua vigente en las diversas legislaciones para excluir de la esfera de acción del Ius Puniendi Estatal a lo que se denomina fase interna del **Iter Criminis del Delito**. En el Antiguo Derecho Español, es posible encontrar como se repite la Máxima “Cogitationis Poenam Nemo Patitur”, así en la Partida VII, 31 Ley 8, nos dice:

La cita respeta el Castellano antiguo, aun no independizado del Latín, su traducción gramatical (y en parte literal) al Español actual, sería la siguiente: ***“Pensamientos malos vienen muchas veces a los corazones (mentes) de los hombres, de manera que se afirman en aquello que piensan para cumplirlo de hecho: y después de eso además que si lo cumpliesen es que harían mal, mas no al arrepentirse, y por ello decimos que cualquier hombre que se arrepintiese del mal pensamiento antes que comenzase a obrar por él, que no merece por ello pena ninguna, porque los primeros movimientos de las voluntades no están en poder de los hombres.”***

***“Pensamientos malos vienen muchas vegadas en los corazones de los homes, de manera que se afirman en aquello que piensan para cumplirlo de fecho: et después deso asman sue si lo cumpliesen que farian mal, en repientiese, et por ende decimos que cualquier home que se arrepintiese del mal pensamiento ante que comenzase a obrar por él, que non merece por ende pena ninguna, porque los primeros movimientos de las voluntades no son en poder de los homes”***. Un desarrollo paralelo se ve en Alemania e Italia.

En Alemania la formula romana es retomada y convertida en la figura germánica: ***“Gedanken Sind Zollfrei”*** (cuya traducción ad literum es ***“Los Pensamientos no pagan aduanas”***), en tales contextos durante el



medievo europeo, las legislaciones Penales no sancionaban actos que no fueran constitutivos de delitos consumados.

Así la ciencia Italiana de la Edad media mantuvo que la **“Nula Cogitatio”**, es decir los pensamientos y los deseos, no deben ser punibles, en tal sentido Tiberio Deciano, (Tractus Criminalis) considera que la tarea del derecho es distinta a la que persigue la moral, requiere que no se perjudique a nadie y se dé a cada uno lo suyo, y los primeros pensamientos no afectan esta misión del derecho.

Formula latina que significa: **“El simple pensamiento.”** La idea de justicia Aristotélica de “Justicia Distributiva o Equidad” y que informa al *Ius Romanus* y el Digesto recogía como **“Cuique Sum Tribuere”** (Dar a cada quien lo suyo), que formaba parte de la definición tradicional de lo que era el ideal del Derecho: **“Nec Etrus Laedere, Honestae Vivere i Sum Cuique Tribuere”** (No hacer mal a nadie, vivir honestamente y dar a cada quien lo que merece).<sup>35</sup> En España (y de la cual es retomada posteriormente por la Legislación Salvadoreña) las figuras en comento aparecen ya en los primeros Códigos de España, pero únicamente referidas a los **“Delitos contra el Estado y el orden Constitucional”**.<sup>36</sup>

Es posible observar que estas figuras sirven para estudiar la situación político-social de los Estados, según sea la regulación de las mismas, así a manera de ejemplo citase en España como los Códigos Criminales – hoy llamados Penales – con un carácter liberal de 1848, 1870, 1932, y actualmente el 1995 contienen una limitación significativa en lo referente a

---

<sup>35</sup> Formula latina que significa: “El simple pensamiento.”

<sup>36</sup> La idea de justicia Aristotélica de “Justicia Distributiva o Equidad” y que informa al *Ius Romanus* y el Digesto recogía como “Cuique Sum Tribuere” (Dar a cada quien lo suyo), que formaba parte de la definición tradicional de lo que era el ideal del Derecho: “Nec Etrus Laedere, Honestae Vivere i Sum Cuique Tribuere” (No hacer mal a nadie, vivir honestamente y dar a cada quien lo que merece). 52 Véase...la ampliación dada en la Tesis de Grado de MOLINA ZEPEDA, DAVID OMAR Y BONILLA MAGAÑA, JOSÉ FERNANDO, “Del Delito Perfecto al Delito Perfecto”, UES, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, San Salvador, El Salvador, Centro América, 1991. Pág. 51.

penalizar los delitos de Proposición y Conspiración, contrario sensu los pertenecientes a los períodos más autoritarios de España como fueron el código penal de 1850, 1928, 1944, los cuales establecieron una punición general de los actos preparatorios en uno y otro caso las decisiones obedecían a razones de carácter político y no científico como resultaría de la aplicación de una política criminal.

Establecido este acercamiento al surgimiento histórico de estas figuras es posible concluir que la historia de estas instituciones jurídicas esta inexorablemente ligada a la de la punición de figuras no consumadas, es decir al momento histórico a partir del cual se comienza a Sancionar los actos delictivos que no logran la finalidad del autor, pudiendo estos ser ***Actos Ejecutivos o simplemente Actos Preparatorios.***

Sobre este punto, se ampliara en el acápite segundo de esta obra cuando se ubique a la Proposición y Conspiración dentro de las fases del Iter Criminis.<sup>37</sup>

#### **4.1.1.2 LAS FIGURAS DE PROPOSICIÓN Y CONSPIRACIÓN EN LA LEGISLACIÓN PENAL SALVADOREÑA.**

Una aproximación al desarrollo de la legislación penal que ha existido en El Salvador permite conocer los diferentes códigos penales que se han sucedido en nuestro medio, a efectos de esta investigación tomamos como punto de partida el código penal de 1904, justificado en razón que antes de la vigencia de este código no se encontraba tipificado ni sancionado el delito de

---

<sup>37</sup> Así véase a modo de ejemplo lo dicho en el código español de 1820 a modo de ejemplo; cita tal cual: **Art. 3º. “Conjuración para un delito consiste en la resolución tomada entre dos o más personas para cometerlo. No hay conjuración en la mera Proposición para cometer un delito que alguna persona haga a otra u otras, cuando no es aceptada por éstas.” Art. 4º. “La Proposición hecha y no aceptada para cometer un delito y la Conjuración en que no haya llegado a haber tentativa, no serán castigadas sino en los casos en que la ley los determine expresamente.”** La cita corresponde al Libro I, Preliminar del Código Penal, Título I Parte General del Código Criminal de 1822 de España, cuya redacción respecto a estas figuras es idéntica a la contenida en el Código Criminal Salvadoreño de 1826, que se verá en el apartado siguiente de esta obra.

Proposición y Conspiración. El Código penal de 1904 establecía en su artículo 4 que “la proposición y conspiración para cometer un delito solo son punibles en los casos en que la ley las pena especialmente”. Estableciendo en su inciso segundo de dicho artículo que la proposición se verifica cuando el que ha resuelto cometer un delito propone su ejecución a otro u otras personas.

Así hay proposición cuando habiendo, previa resolución se expone a otro u otros concretamente el delito que se ha decidido cometer, invitando y esperando cooperación y ayuda. Estableciendo en su inciso tercero que exime de pena por la conspiración o proposición para cometer un delito grave o menos grave el desistimiento de la ejecución de estos, antes de principiar a ponerlos por obra o de iniciarse procedimiento judicial contra el culpable, con tal que este denuncie a la autoridad publica el plan y sus circunstancias.

En dicho código se sancionaba solo para determinados delitos que se encontraban en la parte especial. En el mismo inciso segundo se establecía que hay conspiración cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo.

Así, éste código penal sancionaba los delitos siguientes los Atentados Contra las Autoridades comprendidas en los artículos 120, 124, en relación con los artículos 121 y 122; la Rebelión en el artículo 132; La Sedición en el artículo 138; y La Traición en el artículo 101 segundo inciso.

#### **4.1.1.3 LA PROPOSICIÓN Y CONSPIRACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL DE 1974.**

En el cuerpo jurídico-penal anterior las figuras en comento se encontraban reguladas de la siguiente manera: Art. 26 “Actos Preparatorios” “Los actos preparatorios solo son punibles en los casos especiales

establecidos en la ley” Art.27. “La proposición y Conspiración” “Existe proposición cuando con el que ha resuelto cometer un delito solicita de otra u otras personas que lo ejecuten o le presten ayuda.” Art. 397. “Proposición y Conspiración”

***“La proposición y conspiración, seguida de actos preparatorios para cometer los delitos de rebelión y sedición, serán sancionadas con prisión de seis meses a dos años; pero el juez tomando en consideración la mayor o menor importancia de los actos preparatorios y las condiciones personales de los imputados, podrá rebajar la sanción hasta una tercera parte de las penas señaladas o declararlos exentos de pena.”***

Como se puede observar la sanción de cada uno de estos actos oscilaba entre los seis meses y los dos años de prisión, pero podían ser atenuados. Y cuando concurrían los actos preparatorios aún se consagraba una excusa absoluta existiendo la posibilidad de declarar exentos de penas a los culpables siempre a juicio prudencial del juzgador, quien tomaba en consideración la mayor o menor importancia de tales actos, en orden a parar la rebelión o sedición.

En el caso de la Proposición y Conspiración cuando se atenuaba la pena esta podía ser rebajada hasta en una tercera parte de las penas que correspondían a la rebelión o sedición. 63 “Decreto N° 1030, La Asamblea Legislativa de la República de El Salvador, **Considerando:**

I.- Que el actual Código Penal, fue aprobado por Decreto Legislativo No. 270 de fecha 13 de Marzo de 1973, publicado en el Diario Oficial No.<sup>38</sup> 63., tomo 238, de 1974, y este represento un adelanto dentro del desarrollo de la ciencia penal y la técnica legislativa y en la actualidad ya no se perfila de la

---

<sup>38</sup> Véase... sobre este punto JIMÉNEZ DE ASÚA, (1996), **“Derecho Penal, Parte General”**, Pág. 725; MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, GARCÍA ARAN, MERCEDES, (1996), **“Derecho Penal, Parte General”**, 2° Edición, Tirant lo Blanch, España.

misma manera porque su contenido no guarda concordancia con el texto de la Constitución de la República de 1983, ni con la realidad política y social que vive el país.

II.- Que los Estados Democráticos de Derecho, se han visto en la necesidad de adecuar sus normativas penales a la nueva orientación doctrinaria, que considera el Derecho Penal como último recurso para

“La proposición y conspiración, seguida de actos preparatorios para cometer los delitos de rebelión y sedición, serán sancionadas con prisión de seis meses a dos años; pero el juez tomando en consideración la mayor o menor importancia de los actos preparatorios y las condiciones personales de los imputados, podrá rebajar la sanción hasta una tercera parte de las penas señaladas o declararlos exentos de pena.”

En este caso, cuando la proposición y la conspiración se relacionaba a las figuras de Rebelión y de Sedición, es de los pocos casos en que se penalizaba la Proposición y Conspiración en el código de 1974, igualmente de los Actos preparatorios dado que con ello se afecta, (según se daba la justificación de tal penalización) la personalidad interna del Estado.

Como se puede observar la sanción de cada uno de estos actos oscilaba entre los seis meses y los dos años de prisión, pero podían ser atenuados. Y cuando concurrían los actos preparatorios aún se consagraba una excusa absolutoria existiendo la posibilidad de declarar exentos de penas a los culpables siempre a juicio prudencial del juzgador, quien tomaba en consideración la mayor o menor importancia de tales actos, en orden a parar la rebelión o sedición. En el caso de la proposición y conspiración cuando se atenuaba la pena esta podía ser rebajada hasta en una tercera parte de las penas que correspondían a la rebelión o sedición.

En este caso la proposición y la conspiración en relación a las figuras delictivas de Terrorismo, se encontraba penada con pena de un año a tres. Dejando exento de pena al conspirador que inmediatamente impidiera la realización del plan terrorista. Puede apreciarse sin mayor esfuerzo que en nuestro ordenamiento jurídico penal se ha optado por mantener un número reducido de delitos de proposición y conspiración siguiendo las corrientes doctrinales de Europa, que propugnaban por limitar la punibilidad de actos preparatorios.

Un punto coincidente en los diferentes cuerpos normativos que han tenido vigencia en nuestro país, se aprecia en la tipificación de aquellas conductas que se consideraban atentatorias contra el orden constitucional. Encontrando divergencias únicamente en lo referente a la redacción en lo que se debería comprender por estos conceptos y los tipos penales que sancionaban estos actos preparatorios, que no variaban sustancialmente su contenido.

Éste código perteneciente a la época o periodo del derecho nuevo, tiene una gran variedad de fuentes, así se inspira (o mejor dicho, sigue la línea trazada...) en el “Código Penal Tipo para América Latina”, que fue elaborado en varios congresos internacionales; así como también en el Proyecto de Código Penal de Venezuela, elaborado por el mismo Don Luís Jiménez de Asúa, y en los anteproyectos elaborados por diversos y connotados penalistas y autores nacionales como el Dr. Arrieta Gallegos, ya citado en esta obra.

#### **4.1.1.4 LOS CUERPOS PENALES EN LA HISTORIA DE EL SALVADOR.**

Veamos, entonces cómo han evolucionado estas figuras en la legislación salvadoreña, desde el Código Penal de 1826, hasta la fecha, en el Código de 1998 y sus reformas más recientes.

#### 4.1.1.4.1 En el Código Penal de 1826.

En cuanto al surgimiento histórico de las figuras de proposición y conspiración en El Salvador, nos remontamos al Código Criminal del Estado del Salvador, decretado por la Legislatura el 13 de abril de 1826". A escasos años de la Declaración de independencia de España, surge este cuerpo jurídico nacional

Conviene en este punto el establecer que no obstante se habla de Conjunción en realidad se refiere a lo que conocemos actualmente como conspiración. Conclusión a la que puede llegarse según la definición que se hace en el artículo citado, es por ello que este artículo es la más remota o primigenia alusión histórica en El Salvador de conspiración y a la proposición. "Este concierto de voluntades de los diversos individuos que participaran en el hecho en algunos países se conoce como conjura y en otros como Complot".

En dicho cuerpo normativo el legisferante de la época en el artículo tercero (3°) habla de la "Conjunción para un delito", la cual "consiste en la resolución tomada entre dos o más personas para cometerlo", y agrega en el inciso 2° de dicho Artículo que "No hay conjunción en la mera Proposición para cometer un delito que alguna persona haga a otra u otras, cuando no es aceptada por éstas". De interés resulta también el analizar el artículo Sexto (6°) del ya citado cuerpo legal en el cual es posible percibir cual es la posición del legisferante respecto a la sanción de estas conductas:

"La proposición hecha y no aceptada para cometer un delito y la Conjunción en que no haya llegado a haber tentativa, no serán castigadas sino en los casos en que la ley los determine expresamente."

En este *corpus iuris civilis* (recopilación de Constituciones imperiales y jurisprudencia romana), no es posible encontrar ninguna alusión ni a la

Proposición ni a la Conjunción en relación a los delitos comunes sino que únicamente se encontraban sancionadas dichas figuras en relación a “LOS DELITOS CONTRA LA SOCIEDAD” según el tenor literal del mismo.

Siendo en este momento histórico delitos las siguientes conductas: Art. 231. “Todo el que conspirare directamente y de hecho para disolver la Legislatura del Estado, con el designio de matar a todos o algunos de sus individuos, prenderlos o maltratarlos de obra, es traidor, y sufrirá la pena de muerte.” Art. 232. “También es traidor, y sufrirá, la pena de muerte, el que en igual forma conspirare directamente, y de hecho, contra la persona del presidente del Estado.” Art. 233. “El que conspirare directamente a deponer al Presidente del Estado, o privarle de su legítima autoridad, o despojarle de las facultades que le concede la Constitución, es igualmente traidor y sufrirá la pena de muerte.” Art. 234. “El que conspirare de la propia manera á usurpar y á abrogarse las facultades de alguna de las Supremas Autoridades del Estado, es también traidor y sufrirá la pena de muerte.”

#### **4.1.1.4.2 En el Código Penal de 1859.**

En este código basado en el español de 1848, no se dan mayores modificaciones, no obstante se destaca el hecho de que se mantienen las figuras así como su excepcional punición siempre y cuando se hallen seguidas de actos preparatorios.

#### **4.1.1.4.3 En el Código Penal de 1881.**

Este código, el tercero en la historia de El Salvador que se ubica ya en el Periodo del Derecho Nuevo, no deja de basarse en normativa Española, así este *corpus iuris civilis* (recopilación de Constituciones imperiales y jurisprudencia romana), se hallaba basado en el Español de 1870, y respecto de las figuras objeto de nuestro estudio no ofrece mayores variantes excepto



porque aquí ya dejó de utilizarse la denominación de conjura para referirse a la conspiración.

#### **4.1.1.4.4 En el Código Penal de 1904.**

En este cuerpo normativo que es de los llamados “Códigos Clásicos” vemos que se habla propiamente de estas figuras, de allí que en este Código se establecía en su artículo 461 La Proposición y Conspiración, pero en este se sancionaba únicamente para determinados delitos que se encontraban en la parte especial. Así este código sancionaba los delitos siguientes los Atentados Contra las Autoridades comprendidas en los artículos 120, 124, en relación con los artículos 121 y 122; la Rebelión en el artículo 132; La Sedición en el artículo 138; y La Traición en el artículo 101 segundo inciso.

La proposición se verifica cuando el que ha resuelto cometer un delito propone su ejecución a otro u otras personas. Así hay proposición cuando habiendo, previa resolución se expone a otro u otros concretamente el delito que se ha decidido cometer, invitando y esperando cooperación y ayuda hay conspiración cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo”.

#### **4.1.1.4.5 En el Código Penal Vigente.**

Ya dentro del Período del Derecho Contemporáneo o Actual, encontramos el Código Penal Vigente, el que se encuentra orientado a un sistema garantista y de respeto a la persona humana, según lo expresan la exposición de motivos del anteproyecto y los considerandos del mismo.

Manteniendo, por ello, la punición excepcional de estas figuras y reservando la misma solo al ámbito de los delitos contra el Orden Constitucional. No obstante esto producto de las reformas –o contra-reformas mejor dicho – del mes de febrero de 2001 es que se marca una ruptura con esa tendencia al criminalizar y extender la punibilidad de dichas conductas o

figuras respecto de los delitos comunes, esto da un giro a la idea que se había mantenido, y se concretaba en el Proyecto de Código Penal Salvadoreño y luego en el mismo texto del Código Penal Vigente, de no sancionar dichas figuras respecto de los delitos comunes y es entonces con la citada reforma del año dos mil uno que se modifican las figuras de proposición y conspiración extendiéndose a determinados delitos comunes.

## **4.2 MARCO DOCTRINARIO.**

### **4.1.1.6. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.**

Hablar de doctrina es referirse a la opinión o corrientes de aquellos autores más reconocidos en el ámbito doctrinario, es decir aquellos que se conocen como jurisconsultos por haber escrito sobre determinada materia o área del derecho, en este caso sobre derecho penal y más específicamente sobre la Proposición y Conspiración para cometer delitos y como estas figuras contrastan con principios que de forma ardua han sido rubricados en los cuerpos normativos, para convertirse en un sistema con una tendencia garantista, y cuyas opiniones son respetadas en la comunidad jurídica.

En este marco, conviene aquí el establecer las siguientes bases, puesto que la investigación deberá enmarcarse y/o basarse en aquellos conceptos o términos – jurídicos primordialmente – que constituyen el eje central sobre el cual, ha de girar la misma, tales términos son: primeramente aquellos que se hayan implícitos – los que no se mencionan pero deben incorporarse – y luego aquellos que se hayan explícitos – los que se encuentran en el mismo texto del tema –, ambos constituyen el marco doctrinario o conceptual que limitara la futura investigación.

Para el caso en particular, resultan importantes los siguientes:  
Dogmática Penal: que no es sino la disciplina que se ocupa de la

interpretación, sistematización, elaboración y desarrollo de las disposiciones legales y opiniones de la doctrina científica en el campo del Derecho Penal.<sup>39</sup>

Debe aquí definirse imperiosamente lo que es el Delito, que según las más modernas concepciones doctrinarias es aquella “Acción Típica Antijurídica Culpable y Punible”; de igual modo esto alude al termino Delito Común, termino de difícil definición y que habrá de entenderse por exclusión como aquellos que no son delitos políticos ni delitos oficiales.

El análisis de la problemática en comento exige no solo el auxilio de la Dogmática Penal (como ciencia jurídica) y único método sino que además conlleva el estudio de la Teoría del *Iter Criminis*: que en palabras sencillas, son las etapas o fases de la realización típico-formal de una conducta delictiva, que van desde la ideación del hacer delictivo, su exteriorización, hasta su consumación, pasando por los actos preparatorios de excepcional punición en nuestro ordenamiento, o como lo dice el maestro Arrieta Gallegos:

Se conoce con el nombre de *iter criminis* o vida del delito, a la continuidad de momentos o situaciones diversas perfectamente definidas en las que la acción delictiva va manifestándose en forma sucesiva, desde su origen o ideación (fase interna) hasta su consumación objetiva (fase externa) pasando en algunos casos por la fase intermedia punible dentro de estas fases de desarrollo de la conducta delictiva es necesario el comento de la fase interna – según el Doctor Arrieta Gallegos – El Primer ciclo psicológico en la gestación del delito lo constituye la ideación seguida de la concepción, a la que se le llama idea criminal concebida, estas constituyen la llamada fase interna del delito.

---

<sup>39</sup> ROXIN, CLAUS. (1997). “*Derecho Penal (Parte General)*”, tomo I, traducción de la segunda edición alemana y notas de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, pág. 192. De acuerdo al citado autor, Dogma es un vocablo griego que significa algo así como opinión, disposición, proposición doctrinal, así la Dogmática es la ciencia de los dogmas.

Luego encontramos lo que se denomina la fase externa, que es aquella en la que superando la fase interna y la de resolución manifiesta por el contacto de ideas, se materializa tal resolución y por ende la voluntad criminal, sea en una forma objetivamente equívoca, mediante actos preparatorios que pueden preceder a la ejecución del hecho criminal o en forma objetivamente inequívoca con un principio de ejecución o con la ejecución misma del acto delictivo. Debiendo entonces distinguirse los actos de preparación de los actos de ejecución, como grados de realización del hecho punible.<sup>40</sup>

Aquí conviene diferenciar la tentativa de la proposición y de la conspiración;<sup>41</sup> así a efectos del presente trabajo la Tentativa dentro de las etapas del *Iter Criminis*, es aquella que es penada por no haber obtención del resultado, pero por haber puesto en peligro un determinado bien jurídico protegido penalmente por lo que su autor debe ser sancionado, por existir en el resolución criminal.

Además de lo anterior se debe estudiar ciertos Principios Penales que se ven afectados con las figuras antes mencionadas, que en términos sencillos dichos principios se definen como las directrices que guían todo el ordenamiento jurídico-penal-sustantivo, amparado en una base científica, encaminadas a alcanzar el deber ser del Derecho. Entre estos sobresalen por su importancia y por la forma en que son afectados por las figuras de Proposición y Conspiración los siguientes principios:

- ✓ Principio de Lesividad del bien Jurídico,
- ✓ Principio de Necesidad de la Pena y
- ✓ Principio de Proporcionalidad de la Pena.

---

<sup>40</sup> ARRIETA GALLEGOS, MANUEL, (1972). "*Lecciones de Derecho Penal*". s/p, s/e, Lección Duodécima pág. 329.

<sup>41</sup> ARRIETA GALLEGOS, MANUEL, (1972). s/p, s/e, "*Lecciones de Derecho Penal*". Pág.331 y 336.

Ahora continuando con la fundamentación doctrinal de la investigación diremos en palabras de Juan Carlos Campo Moreno: “es preciso el establecer que si hay algo no se puede desdeñar, es que, el Derecho Penal moderno basa su existencia en la protección de bienes jurídicos, por ello, no es extraño que la lesión o puesta en peligro de los mismos sea sancionada con una pena”.

Lo que ya resulta más excepcional es que conductas ajenas a la realización de un tipo penal, es decir, la correlativa adecuación entre conducta y descripción fáctica normativa, puedan resultar punibles, como son los actos preparatorios, los que están íntimamente relacionados con las figuras que se discuten; concebida en tales términos es unánime la consideración doctrinal que reputa la conspiración como una fase inicial de delito que implica la preparación de una coautoría delictiva.

En cuanto a la proposición, la cual ha de establecerse “que esta existe cuando el que ha resuelto cometer un delito solicita de otra u otras personas que lo ejecuten o le presten ayuda para ejecutarlo”, y esta es parte de la resolución firme de un sujeto para cometer un delito o lo que es lo mismo, para consumarlo y tras ello la invitación, a otro u otros, a ejecutarlo, resolución que exige el propósito firme y decidido de llevar cabo una infracción punible. De tal modo que comisión y ejecución van al unísono siendo la base de la comprensión de la proposición. Por ello un amplio sector doctrinal entiende que solo el restringido concepto de autor es apto para la proposición, excluyéndose la posibilidad de la punición de la proposición a una cooperación necesaria.<sup>42</sup>

---

<sup>42</sup> Véase... BUSTOS RAMÍREZ, J. (1989). *“Manual de Derecho Penal, Parte General”*. 3ª edición aumentada, corregida y puesta al día, Ariel, Barcelona, Pág. 269.

La proposición aceptada y ejecutada no se convierte en inducción, pues el inductor no quiere ser autor a diferencia del proponente,<sup>43</sup> lo anterior en palabras de Juan Campo:<sup>44</sup> otro aspecto importante e imposible de no incluir de la doctrina, es como el llamado *iter criminis* o etapas del delito se encuentra de forma indisoluble relacionadas con las figuras que se discuten por cuanto estas forman una etapa del delito cuando son más de un autor, entendiéndose como parte de los actos preparatorios punibles y que en la legislación actual son sancionados para delitos comunes.

Así las figuras descritas en la parte especial del código penal no se realizan de un modo inmediato, sino a través de un proceso, los diferentes hechos constitutivos de delito no pasan, sin momento intermedios o fases, atraviesan en definitiva un camino. Dogmáticamente se conoce con el nombre como se mencionó de *iter criminis*, es decir la serie de etapas sucesivas que va desde el alumbramiento de la idea criminal hasta su completa realización, la teoría del *iter criminis* tiene por objeto precisamente, no la abstracta figura del delito, sino su concreta realización.

Se vuelve menester el referirnos al Principio de Lesividad del Bien Jurídico: de acuerdo a este principio no podrán imponerse sanciones penales (pena o medida de seguridad), si la acción omisión no lesiona o pone en peligro un bien jurídico protegido por la ley penal.

Para referirse al Principio de Lesividad se puede iniciar indicando, que el modelo que antecede al delito como lesión de derechos de terceros, es la preeminencia de los regímenes teocráticos, para los cuales, la punición descansaba sobre la injuria al orden divino, mediante la agresión al poder monárquico que lo representaba vicarialmente; de allí que el derecho penal estuviese impregnado de un sincretismo entre moral, religión y derecho, el

---

<sup>43</sup> Así lo expone... CAMPO MORENO JUAN CARLOS. "*Actos Preparatorios Punibles*", Pág. 51.

<sup>44</sup> Art. 23 inc. 2 Código Penal de El Salvador vigente.

delito en esa concepción, también era un pecado, de allí que la pena reparase la transgresión a ese orden social, mediante una sanción que tenía una función con carácter expiatorio. En ese contexto la ideología del Liberalismo clásico se va a erigir sobre la base de la separación de moral y derecho, distinguiendo que infracciones corresponderían al ámbito secular del derecho penal y cuales quedarían relegadas a otros órdenes.

Dentro de la formulación de la política penal, el principio de lesividad es un límite real a la expansión del poder punitivo del Estado. Acuñado bajo el tradicional aforismo del “nullum crimen nulla poena sine iniuria” permite establecer una doble garantía: la primera responde a la exigencia de que, la criminalización de las conductas delictivas en cuanto tipificaciones, solo resulta legítima si la norma penal está dirigida a la tutela de un bien jurídico relevante desde el ámbito del derecho penal.<sup>45</sup>

Así, las construcciones típicas que no tutelén bienes jurídicos afectan el principio de lesividad, puesto que fincan la punición sobre conductas que sustancialmente no afectan un bien jurídico; esto también debe llevarnos al estudio del aforismo “Cogitatione nemo partitur” (nadie puede ser penado por sus pensamientos) que implica que con el pensamiento no se delinque, aun si este pensamiento sea en contra de alguien o de algo.<sup>46</sup>

A ello se debe agregar, que la opción por la protección de los intereses vitales, se ve permeada por el Principio de intervención mínima, que así también se manifiesta en el sentido que aunque sea necesaria la tutela de un bien jurídico este resguardo puede ser no necesariamente dispensado desde el entorno del Derecho Penal que ciertamente no es el más eficaz salvo que

---

<sup>45</sup> Confrontar con: HORMAZABAL MALAREE, HERNÁN. (1991). *“Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. El Objeto protegido por la norma penal”*. Primera Edición. PPU. Barcelona. España. Pág. 14.

<sup>46</sup> SÁNCHEZ ESCOBAR, CARLOS ERNESTO. (2003). *“Fundamentos de Derecho Penal (Político Criminal y Principialismo, Una Perspectiva desde los Principios de Legalidad, Dignidad, Lesividad y Culpabilidad). Ensayos para la Capacitación Penal”*. Primera edición, CNJ, San Salvador, El Salvador. Pág. 68.

se quiera exultar su contenido simbólico de una manera desproporcionada lo cual ya es inadmisibile.

La otra dimensión del Principio de lesividad se dirige ya a la fase punitiva en el sentido que, no obstante que una conducta este reprimida como delictiva, no es viable imponer ninguna consecuencia jurídica del delito, si la acción u omisión, no ha puesto en peligro al objeto jurídico de protección. Ello porque para un derecho penal correctamente orientado, en todo estado democrático el desvalor de la acción no es suficiente para determinar en concreto la punibilidad, sino que debe concurrir además el desvalor del resultado que mesure la reacción penal. De allí que la mera desobediencia normativa como infidelidad del sujeto hacia la norma no justifica una pena o medida de seguridad si la conducta no lesiono o puso en riesgo inminente a un concreto bien jurídico protegido penalmente.

Conviene en este punto el referirnos al Principio de Proporcionalidad de la Pena:<sup>47</sup> y así diremos:<sup>48</sup> que en virtud de este principio la pena que halla de imponerse deberá ser acorde al daño o puesta en peligro de un bien jurídico, protegido penalmente, o en términos legales, en respuesta a la gravedad del hecho realizado.

Así, también es preciso el hacer alusión a la importancia del Principio de Proporcionalidad de la Pena, la cual es,<sup>49</sup> sin duda alguna, innegable para el Derecho Penal moderno, sobre todo se debe tener presente como regulador de la política criminal, para la cual es una restricción de los excesos en que pudiera incurrir las actuaciones de los poderes públicos sobre la esfera de los derechos e intereses del individuo.

---

<sup>47</sup> Ver... SÁNCHEZ ESCOBAR, CARLOS ERNESTO, Fundamentos...ibídem. Pág. 68.

<sup>48</sup> Art. 5 Código Penal de El Salvador vigente.

<sup>49</sup> Así... véase la Exposición de Motivos del Código Penal: "...Dentro de este principio (se hace alusión al Principio de Necesidad de la Pena), se hace referencia también al Principio de Proporcionalidad de la Pena, de acuerdo al cual, la Pena debe ser proporcional a la gravedad del hecho, tanto por su jerarquía respecto al bien jurídico afectado, como por la intensidad del ataque al mismo."



Este Principio guarda una innegable relación con el principio de necesidad de la pena: sobre el cual podemos decir que este es una directriz según la cual solo se pueden imponer penas y medidas de seguridad según el caso cuando sean imperiosas para restablecer el orden jurídico-social, lo que se denomina armonía o paz social.<sup>50</sup>

Así pues, deberá analizarse el Principio de Proporcionalidad desde un punto de vista diverso de su relación con el Principio de Culpabilidad,<sup>51</sup> en la cual es la concreción o manifestación de la garantía de culpabilidad. Así la Proporcionalidad, ha de examinarse en una dimensión desde la doctrina que debe guardar entre el injusto culpable y la dosimetría de la pena. Para ello deben tomarse en cuenta dos grandes aspectos; a saber:<sup>52</sup>

- a. La Proporcionalidad de la pena en sentido Abstracto, y
- b. La Proporcionalidad de la Pena en concreto.

Es en el primero de los cuales que más interesa y conviene el análisis, para efectos de la investigación, pues en este sentido está vinculado a la proporcionalidad que debe existir, en la configuración del tipo penal, en cuanto a la dosimetría de la pena en abstracto, es decir, que no puede permitirse que el legisferante cree tipos penales y les sancione sin la debida relación entre la gravedad del hecho y la de la pena, es decir sin tener en cuenta la lesividad de la acción u omisión, ya sea por su resultado lesivo o

---

<sup>50</sup> Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, número 23, Inconstitucionalidad de la Ley de Emergencia Nacional contra la Delincuencia y el Crimen Organizado, publicaciones especiales, San Salvador 1997, Pág. 94 a 95.

<sup>51</sup> Art. 5 Código Penal de El Salvador vigente.

<sup>52</sup> En tal sentido confrontar: QUINTERO OLIVARES, GONZALO, "**Derecho Penal (Parte General)**", segunda Edición Corregida, pág.70; MAURACH REINHART, ZIPF Heinz, "**Derecho Penal (Parte General)**", Tomo I "**Teoría General del Hecho Punible**", (1994), Traducción de la Séptima Edición por JORGE BOFILL GENZCH Y ENRIQUE AIMONE GIBSON, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, pág. 594; VELASQUEZ V. FERNANDO, "**Derecho Penal**", (1997), tercera Edición, Santa Fe de Bogotá, Colombia, pág. 28; COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTON, Tomas S., "**Derecho Penal (Parte General)**", conforme al código Penal de (1995),Cuarta Edición, Tirant lo Blach, Valencia, España.

por la inminencia del peligro que represente la conducta, a la hora de establecer el marco penal.

#### **4.1.1.6.1. CONTENIDO Y ALCANCES DE LOS PRINCIPIOS PENALES.**

##### **INTRODUCCION:**

Es importante partir de la base de que El Código Penal vigente recoge una visión antropocéntrica del hombre es decir tiene como fundamento filosófico el respeto a la dignidad de la persona humana, su orientación responde a un “derecho penal de acto”<sup>53</sup>, en el cual se sancionan la exteriorización de conductas consideradas lesivas o que representan un peligro efectivo a bienes jurídicos, penalmente protegidos; por ello se destaca la importancia en este capítulo de conocer y comprender el contenido del Principio de Lesividad y sus alcances. Con lo expresado se vuelve necesario dedicar este apartado, a realizar un estudio sobre dicho Principio, en los términos ya acotados, finalizando este acápite, estableciendo cual es la relación que tiene el Principio de lesividad con las figuras de Proposición y Conspiración.

#### **4.1.1.6.2 PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL:**

##### **4.1.1.6.2.1 DEFINICION:**

Debemos, en un primer momento, exponer: ¿que son los principios del Derecho Penal?, para lo cual debe establecerse el contenido de los

---

<sup>53</sup> Así lo expresa la exposición de motivos al decir: “El principio de responsabilidad desarrolla el de culpabilidad contenido en el Art. 12 Cn. Y sirve para potenciar un derecho “penal de acto”, con lo cual destierra de la legislación penal salvadoreña LA PRETERINTENCIONALIDAD COMO FORMA DE COMISION DEL HECHO PUNIBLE Y LA PELIGROSIDAD DEL INDIVIDUO (Derecho Penal de Autor), proviene del principio elemental de la dignidad de la persona humana, la cual dentro de un sistema democrático, es un ente autónomo respecto del Estado, con capacidad propia y por tanto no sometido a la tutela de este. Sólo hay personas responsables, no hay personas irresponsables sobre las cuales el Estado ejerza derechos sobre ellos.”

conceptos abstractos que lo conforman, es decir el concepto principios, como el concepto Derecho penal.

Así el concepto PRINCIPIO viene del latín “**principium**”, que significa fundamento, punto de partida, idea rectora, regla fundamental de conducta. En su sentido lógico, el principio se convierte en un concepto central, en el fundamento de un sistema que constituyen una generalización y la aplicación de algún principio a todos los fenómenos que se producen en la esfera (así para el caso la esfera del Derecho Penal) de la que ha sido abstraído el principio dado<sup>54</sup>.

La configuración de principios en todo orden de las ciencias del espíritu, alude a la necesidad de estructurar el conocimiento sobre la base de enunciados principales o rectores, con carácter de veracidad y certeza, por lo que son, como se ha dicho “**verdades fundantes**”.<sup>55</sup>

El concepto Derecho Penal, debe entenderse en este caso como aquel conjunto de normas jurídicas de carácter sustantivo, dirigidas a la protección de bienes jurídicos contra ataques que representen un daño o peligro de una intensidad tal, que no pudiesen ser protegidos mediante otras formas de protección que posea el Estado, sino mediante el instrumento más violento que posee este, como es el Derecho Penal.

Así de la unión de los conceptos aludidos, se extrae la idea de “Principios del Derecho Penal”, y para el cual puede sugerirse la siguiente definición: ***“son aquellas directrices o fundamentos filosóficos cimentados en normas jurídico-penales de la parte general del código penal y que como tales se convierten en rectoras de todas las demás normas penal sustantivas que surgen, es decir tanto las normas contenidas en el***

---

<sup>54</sup> M. M. ROSENTAL y P. F. LUDIN, (1965), Ediciones Pueblos Unidos publica la tercera versión en español, Diccionario Filosófico.

<sup>55</sup> REALE, MIGUEL. (1989). ***“Introducción al Derecho”***. Traducción de Jaime Brufan Prats. Novena Edición. Editorial Pirámide. Madrid. España. pág.139.

***código Penal en su parte especial, como leyes especiales de naturaleza penal.”***

La anterior definición, trae aparejada como consecuencia el irrestricto, respeto por parte del legislador en la producción de las normas jurídico-penales, a los principios consagrados en nuestro código penal, los que a su vez surgen de acuerdo al sistema de valores que posea cada país, el que por supuesto dependerá de la ideología y principios que posea cada sociedad, valores que encuentran su máxima consagración al encontrarse plasmados en la Constitución, e incluso el reconocimiento internacional de estos por medio de Tratados y Declaraciones Internacionales, los que a su vez en nuestro caso la Constitución les da supremacía sobre la ley secundaria pero no sobre ella, así cabe citar los artículos 144 inc. 2, 145, 146 todos de la Constitución, de lo anterior deriva que la creación de normas jurídico-penales contrarias a los principios concretados en el Código.

No por haber llevado el proceso formal de formación de ley establecido en la constitución y el reglamento interno de la Asamblea Legislativa se convierten en normas positivas vigentes, o en leyes en sentido material, pues estas por la razón expuesta, no deben ser aplicadas por parte del juzgador, vale decir por ser contrarias a principios penales, a normas incrustadas en Tratados o Declaraciones Internacionales o a la misma Constitución.

Es por lo antes dicho que en materia penal se dice que los principios generales son aquellos “axiomas fundamentales forjados por el hombre desde tiempos inmemoriales que convertidos en patrimonio común de los pueblos civilizados permiten orientar y encausar el Derecho represivo por senderos de justicia y seguridad jurídica; posibilitando, además a un nutrido cuerpo de doctrina llevar este sistema de conocimiento al elevado grado de

racionalización y sistematización teórica y práctica, con el cual cuenta en la actualidad”<sup>56</sup>.

#### **4.1.1.6.2 PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES PARA UNA POLÍTICA CRIMINAL DEL ESTADO CONSTITUCIONAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO.**

En el marco de la historia los principios constitucionales se han venido desarrollando desde un ámbito legal que están basados y contemplados para un buen desarrollo democrático para que toda persona sepa que tiene sus principios fundamentales que garantizan su derechos y deberes. Se ha establecido con anterioridad que los postulados que configuran el programa penal de la constitución se traducen en los denominados “principios constitucionales de Derecho penal”.<sup>57</sup>

Ellos se informan y constituyen el modelo constitucional de la responsabilidad penal, esto es, las reglas del juego fundamentales tanto para la estructuración normativa de los delitos y las penas en sede legislativa, como en la aplicación judicial.

En este apartado, es preciso aclarar que en la dogmática penal, no existe un planteamiento amplio y detallado sobre la teoría de los principios que responda con claridad a las diferentes preguntas que se plantean en la teoría general del Derecho acerca de si son o no normas; de donde procede su validez, de si tiene alguna peculiaridad respecto a otros tipos de normas, etc., lo que no obsta para que se reconozca su existencia.

No obstante, al margen de las diferencias y de las confusiones terminológicas usual caracterizar los principios en la doctrina penal como líneas orientadoras, como fundamento de las normas jurídicas penales, pero

---

<sup>56</sup> VELASQUEZ V, FERNANDO. (1997). **“Derecho Penal. Parte General”**. Tercera edición. Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá. Colombia, Pág.33.

<sup>57</sup> MCZREYES. RUBIO LLORENTE, F. (1997). **“La forma del poder. Estudios sobre la constitución”**, pág 51.

también como límites jurídicos teniendo en cuenta el extraordinario poder de castigar en manos del Estado.

#### **4.1.1.6.2.1 El Principio De Legalidad**

El principio de legalidad es la principal expresión de un límite a la arbitrariedad del poder punitivo, a la vez el fundador de éste. Se expresa en la máxima *nulla poena, nullum crimen sine lege*. Esto quiere decir que sin una ley que lo haya declarado previamente punible ningún hecho merece una pena. En sus primeras formulaciones, este principio estuvo vinculado a la teoría de la pena como acción psicológica – prevención general – representada por ANSELM VON FEUERACH a quien se le atribuye haber formulado la aplicación de la legalidad del poder penal. Sin embargo, previamente BECCARIA había fundamentado el derecho a sancionar el contrato social.

El límite alcanza a toda la política criminal, ya sea en el punto de la creación del delito y la pena, en el momento de su aplicación en su caso concreto por el juez ordinario determinado por la ley previa y en su caso frente a la ejecución de la pena, pues comporta cuatro garantías:

- ❖ la garantía criminal, como seguridad que nadie será sancionado por hechos que no haya sido previamente justificados como hechos punibles por la ley penal.
- ❖ la garantía penal como certeza de que a nadie se le impondrá otra pena que la prevista en la ley penal para el respectivo delito.
- ❖ la garantía jurisdiccional, es decir la seguridad que a nadie se le impondrá la pena prevista por la ley para el hecho punible atribuido, si no como consecuencia de su proceso jurisdiccional que tenga por objeto la comprobación de la existencia del delito tal, y la averiguación de quien lo haya cometido, a fin de sancionar al culpable;

- ❖ la garantía ejecutiva, en el sentido de que nadie se le aplicara la pena en grado diverso de modo diferente a la regulación específica para el efecto se haya hecho previamente en la ley.

La Constitución nuestra establece este principio limitador en el artículo 86, pero con mayor expresión en materia penal se le mencionara en el artículo 15. La Sala de lo Constitucional ha interpretado que el denominado principio de legalidad es una derivación conceptual de la seguridad jurídica, y consiste en la sujeción del ejercicio de las potestades públicas al ordenamiento jurídico, todo ello como un pilar fundamental que da vida al Estado de Derecho.

En la teoría y en la práctica existe un amplio consenso respecto de las consecuencias que se derivan del principio de legalidad. En particular se reconocen cuatro prohibiciones como consecuencia de ello: de la aplicación de otro derecho que no sea el escrito (*lex scripta*); de aplicación retroactiva de la ley (*lex praevia*); de extracción de derecho escrito a situaciones analógicas (*lex scripta*); de cláusulas legales indeterminadas (*lex certa*). Cada una de estas prohibiciones tiene destinatarios precisos, la *lex praevia* se dirige al legislador, al juez; la *lex scripta* y la *lex stricta* al juez; por último, la *lex certa* tiene como destinatarios básicamente al legislador y, subsidiariamente al juez; los aspectos anteriores serán desarrollados en los subsecuentes párrafos.

a- *Nullum crimen, nulla poena sine lege praevia.*

Concebido como una garantía normativa detente a tutelar derechos fundamentales, este enunciado hace referencia a la irretroactividad de la ley penal desfavorable al reo.<sup>58</sup> El núcleo de la prohibición de retroactividad es la protección de la confianza de todos en que los límites de la libertad estén

---

<sup>58</sup> BERNAL PULIDO, C., "**El derecho de los derechos**", pág.117. En el ámbito jurisdiccional el control puede realizarse el plano del control concentrado de la constitucionalidad como el denominado control difuso. Cfr. SANCHEZ ESCOBAR, C., pág. 31.

marcados de antemano de un modo vinculante y pueda ser leídos en cualquier momento de las leyes. La prohibición de retroactividad procura que la persecución y castigos de comportamiento lesivos de bienes jurídicos sea un proceso parsimonioso y que se enuncia anteriormente, con el tiempo suficiente, para que las personas puedan conocer bajo el presupuesto se considera un comportamiento antijurídico y que es lo que se puede esperar.

La prohibición de la retro actividad no solo se dirige al órgano jurisdiccional, `prohibiéndole la aplicación retroactiva de las leyes penales, luego a hechos anteriores a su vigencia, en relación tanto a los delitos, las penas y medidas de seguridad, sino también al legislador, prohibiéndose la creación de leyes penales retroactivas. La anterior regla general tiene una excepción de los presupuestos en que la ley penal que se pretenda aplicar retroactivamente sea más favorable al reo que la vigencia en el momento de cometer el delito.

Al respecto, BACIGALUPO afirma que la retroactividad de la ley penal trata de una excepción “fundamento político-social, dado que carece de sentido dictar o mantener la ejecución de penas por los hechos que se consideran delitos o cuando la gravedad de aquellas parece desproporcionada”, añadiendo que la prohibición de retroactividad de la ley penal tiene por finalidad “proteger el acusado frente al endurecimiento de las penas, pero no para impedir que se beneficie con una nueva situación legal más favorable”.

Ahora bien, en la Constitución de El Salvador el principio de irretroactividad se encuentra consagrado en los arts. 15 y 21 de la Constitución. Sobre el particular, la Sala de lo Constitucional ha sostenido en su jurisprudencia que la retroactividad significa una traslación de la vigencia de una norma jurídica creada en un determinado momento histórico, a un supuesto que la Constitución autoriza y cuando ciertas necesidades



sociales lo justifican- por el legislador, es decir en materia de orden público y en materia penal cuando la ley sea favorable al delincuente.

*Nullum crimen, nulla poena sine lege escrita.*

En los sistemas jurídicos que no están vinculados al common law, sino al civil law, como es el caso de El Salvador, la ley escrita constituye la única fuente válida del poder criminalizante – la ley debe ser comprendida en sentido formal, es decir aquella sancionada por el órgano con competencia legislativa.<sup>59</sup>

Ello implica la absoluta imposibilidad de aplicar este poder por la vía de la costumbre, la jurisprudencia o los principios generales del derecho como fuentes directas del derecho penal. Y obviamente impide la creación de delitos por parte de los jueces. Están proscritas de esta forma, las fuentes extralegales. Así las costumbres y la tradición no pueden crear delitos ni penas. Son útiles para la interpretación de la ley, pero no constituyen fuentes formales del ius poenalis.

JESCHECK indica que – quizás – la mayor consecuencia del principio de legalidad, en el orden concreto que nos ocupa ahora, sea la de la exclusión

---

<sup>59</sup>Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, número 52-2003, de fecha I-IV- 2004 en el proceso de inconstitucionalidad acumulada, considerando III.1.

Vale la pena señalar que aunque no todos los principios a los que se ha hecho referencia aparecen expresamente consagrados en nuestra constitución, algunos de ellos aparecen expresamente consagrados en nuestra constitución, algunos de ellos aparecen implícitamente reconocidos en el texto constitucional. En estos últimos se percibe con mayor énfasis la realidad inmanente de ese programa penal de la constitución. En estos últimos se percibe con mayor énfasis la realidad inmanente de ese programa penal de la constitución, pues su origen se vincula directamente a ese sistema de valores que ella proclama. Vid. GARCIA RIVAS, N OP. Cit., págs. 45-46 En ese sentido, la constitucionalización de los principios más fundamentales lleva a la consecuencia de que cualquiera otros principios no positivados hallan de conformarse en congruencia con aquellos pues se encuentran implícitos e inspirados en los principios consagrados de forma expresa en el texto de la constitución, pues la constitución tiene una gran capacidad de evolucionar o adaptarse a nuevas circunstancias de convertirse en una living constitution sin requerir, por ello, de reforma constitucional explícita.

del derecho consecutivo, en el sentido que no pueda crearse nuevos delitos ni agravarse la pena de los ya existentes a través suya. De esta manera la reserva de ley se formaliza mucho más tangente que no las demás ramas del ordenamiento jurídico. El derecho consuetudinario, admitido en otros sectores del ordenamiento jurídico. Como derecho civil, mercantil y laboral, no obstante puede tener un efecto reflejo del derecho penal, cuando este se remita a él. MARQUEZ PIÑERO sostiene que la razón auténtica de la exclusión de derecho consuetudinario del Derecho penal se fundamenta en el principio de que las normas penales no pueden ser promulgadas si no atravesó de los órganos que representan la voluntad popular y por un procedimiento legalmente establecido –basamento democrático-representativo del principio de legalidad-.<sup>60</sup>

b- *Nullum crimen, nulla poena sine lege stricta.*

La ley penal debe interpretarse restrictivamente. Este principio significa un rechazo de la analogía como fuente creadora de delitos y penas, el cual tiene como finalidad esencial, desterrar del ámbito del derecho penal la aplicación analógica de la ley penal, en el sentido de la configuración normativa por vía judicial, pues significara la creación del derecho, lo cual vulnera el principio de separación de poderes. La prohibición de extender la ley penal por analogía, en perjuicio del afectado, ya sea a la hora de fijar los presupuestos de la penalidad, ya sea en la determinación de la pena, es la existencia central que le impone el principio de legalidad al juez penal.

Tales aseveraciones evidencian la íntima relación entre el principio de legalidad y el valor de seguridad jurídica, pues, el primero, es una concreción del segundo.

---

<sup>60</sup>SÁNCHEZ MARTINEZ, O., (2003). *“Los principios en el Derecho y la Dogmática Penal”*, pág. 108. La discusión en torno a la distinción entre reglas y principios no es nueva.

Cabe aclarar que la interpretación extensiva no está prohibida y es precisamente la causa generadora del problema del límite de la extensión permitida. BAGACILUPO señala que no es totalmente claro que el término “interpretación extensiva” quiere significar que es cierto la experiencia permite comprobar que los textos legales pueden entenderse en un sentido más amplio o más restringido.<sup>61</sup> De esta manera cabría afirmar que los tipos penales pondrían un contenido mínimo y un contenido máximo de casos.

*c- Nullum crimen, nulla poena sine lex certa.*

La ley penal debe establecer con precisión y certeza las diversas conductas punibles y las sanciones respectivas, o sea prescribe al legislador la obligación de delimitar rigurosamente el tipo penal, de forma que evite cualquier actividad creativa del juez. En consecuencia se viola dicho principio en el caso de figuras delictivas cuyos elementos constitutivos están formulados en términos cuya interpretación no permite una verificación precisa, incentivando ciertas opciones interpretativas de carácter subjetivo en el juzgador. La exigencia de este principio se opone a los tipos penales abiertos y a la ley en blanco. Ellos se justifica: a) en razón de separación de poderes; b) porque la norma penal representa también una garantía y una seguridad para la libertad; c) por motivación normativa individual –que es fundamento de la culpabilidad y del juicio de reprobación personal- y la prevención general exige preceptualizaciones indiscutibles; d) porque define con claridad los límites de la intervención estatal en el desarrollo de la *persecutio criminis*, así como el ejercicio de la defensa.

---

<sup>61</sup> Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, número 52-2003, de fecha I-IV-2004 en el proceso de inconstitucionalidad, acumulada considerando III.1

vale la pena señalar que aunque no todos los principios a los se ha hecho referencia aparecen expresamente consagrados en nuestra constitución, algunos de ellos aparecen implícitamente reconocidos en el texto constitucional, siendo objeto de una labor de definición progresiva por parte de la doctrina y la Sala de lo Constitucional.

Estamos en presencia de un tipo penal abierto, cuando la prescripción efectuada en el tipo penal no es suficientemente precisa y deja un margen significativo para la interpretación acerca de cuáles conductas quedan atrapadas en él, por otra parte, esta presencia de una ley penal en blanco cuando el tipo penal se remite a otra norma para precisar algunos de sus elementos. La remisión puede ser a una disposición diferente a la penal del mismo rango normativo –normas penales en blanco impropias- o de uno inferior –normas penales en blanco propias-. En cuanto a las segundas estas se caracterizan por requerir el reenvío a disposiciones creadas por órganos distintos al legislativo y de inferior jerarquía. Igualmente se distingue entre otras leyes lo penales en blanco en sentido estricto y leyes penales en blanco al revés. Las primeras establecen la sanción a imponer, siendo necesario complementar el supuesto de hecho; de forma distinta a conocer en la ley en blanco “al revés”, cuya conducta prohibida está plenamente descrita, mas no la consecuencia jurídica cuya determinación requiere de otra norma.

#### **4.1.1.6.2.2 El principio de responsabilidad o culpabilidad.**

El principio de culpabilidad manifestó en el axioma *nullum crimen, nulla poena sine culpa* también fue reconocido por los penalistas ilustrados.<sup>62</sup> Y no es extraño, por ello, sobre el giro del Derecho penal del Estado de derecho, ya que este es la característica distintiva de un orden jurídico que considera al hombre como un ser libre y responsable a la hora de tomar decisiones. La consecuencia principal del principio es que nadie puede ser penado sin que haya podido motivarse en la norma, para decidir libremente

---

<sup>62</sup> SÁNCHEZ MARTINEZ, O., (2003). “*Los principios en el derecho y la Dogmática Penal*”, pág. 108. La discusión en torno a la distinción entre reglas y principios no es nueva a pesar de su antigüedad y de su frecuente utilización, sobre la distinción aun existente confusión en torno a la distinción entre reglas y principios no es nueva a pesar de su antigüedad y de su frecuente utilización sobre esta distinción aún existe con función y polémica

entre cumplirla o quebrantarla, lo que recaudo mínimo, presupone la existencia de una conexión subjetiva.

Entre el autor y el hecho –no es admisible la responsabilidad subjetiva-, y su libertad de actuar al momento de la comisión – no se puede castigar al que no tuvo la libertad para motivarse en la norma, sea que no pudo conocerla por inmadurez, enfermedad u error, sea porque conociéndola, se vio compelido a no respetarla-. En palabras de JESCHECK: el principio de culpabilidad significa que la pena (...) solo puede fundamentarse en la comprobación de que el hecho puede serle reprochado al autor.

La constitución salvadoreña consagra el principio de culpabilidad en el inciso 1<sup>o</sup> del artículo 12. La jurisprudencia constitucional ha interpretado que de este principio se derivan las siguientes garantías: en primer lugar, que no se consiga como responsable un sujeto por hechos ajenos –principio de responsabilidad de penas-; en segundo lugar no pueden calificarse por delito las formas de ser, personalidades o apariencias, puesto que la configuración de su responsabilidad es difícil determinación, distintitos los hechos o conductas plenamente verificables –principio de responsabilidad del hecho-, y la consecuente proscripción de un derecho penal de autor; además es preciso que el hecho consecutivo del delito sea doloso, es decir, que haya sido querido por su autor o cuando se haya debido a la imprudencia – exigencia de dolo o culpa-; así también para que una persona pueda ser considerada como culpable de un hecho doloso o culposo, este ha de ser atribuible a su autor.

#### **A. Principio de personalidad.**

El fundamento esencial del principio de personalidad es que la culpabilidad es personalísima, es decir, la misma no es trasladable a ninguna otra persona –que no sea el culpable-, por lo tanto, las consecuencias jurídicas del delito –penas o medidas de seguridad- no deben transferirse

más Allá de la persona declarada culpable y sujeta a pena o medida de seguridad. Superando con ello la fase hesprivalista del derecho penal, cuando la pena era considerada “venganza de sangre encomendada como derecho-deber a la parte ofendida y la responsabilidad penal equiparaba solidariamente al ofensor y a sus parientes, como consecuencia casi exclusiva del elemento objetivo de la lesión y no de la imputación directa a su autor, ni mucho menos de sus intenciones”.

### **B. Principio de responsabilidad por el hecho.**

El principio de responsabilidad por el hecho pretende garantizar que sólo se exija responsabilidad por conductas externas y concretas, excluyendo el derecho penal de autor. Se descompone en dos subprincipios, ambos formulados negativamente, el de impunidad del mero pensamiento y el de impunidad del plan de vida. El primero determina que las actitudes o decisiones que no se plasmen en una conducta externa han de quedar libres de cualquier responsabilidad penal.

Lo cual conlleva la punibilidad de solo actos intencionales, reputándose como bárbara e injusto cualquier forma de responsabilidad objetiva o sin culpa. Por esa razón, la existencia de dolo o culpa respecto a la realización del suceso subjetivamente descrito en los tipos penales, pues de lo contrario no se podría realizar un juicio de reprochabilidad al sujeto; el segundo, previene que se deba responder por la práctica de determinadas formas de vida, actitudes existenciales, personalidades o apariencias, reduciendo el objeto de responsabilidad criminal a conductas aisladas y su singular proceso motivacional.

Este principio constituye un límite para el ejercicio del poder penal basado en el peligrosismo –visión de la persona humana como ser especialmente peligroso según sus características fisonómicas- pilar fundamental de los modelos positivistas que se impulsan mediante el defensismo social propio

de los Estados autoritarios. La personalidad del sujeto, es el fundamento esencial para determinar la sanción a imponer; desde esta percepción lo que el sujeto ha hecho es sólo un elemento sintomático de su personalidad criminal, siendo ésta última lo que realmente importa para determinar su responsabilidad y el grado de esta.

La tipificación de la reincidencia –recepción del comportamiento delictivo- como circunstancia que agrave la responsabilidad penal no resulta explicada por una mayor culpabilidad, puesto que tiene un significado de sintomatología caracterológico. Es indicativa de la tendencia del autor y, por lo tanto, de su peligrosidad. Al ampararse en la noción de peligrosidad cabe calificarse como derecho penal de autor, lo cual, tal y como lo ha expresado la Sala de lo Constitucional, es contrario al principio de culpabilidad y, además a la prohibición constitucional del *ne bis in ídem* –art. 11 inc. 1° de la Cn.- en razón de que el incremento de la sanción penal tiene como base una anterior conducta delictiva ya castigada.<sup>63</sup>

B. El principio de imputabilidad o culpabilidad en sentido estricto. El principio de imputabilidad o culpabilidad en sentido estricto significa que para exigir responsabilidad no baste con que se pueda atribuir subjetivamente a una persona el hecho por ella materialmente realizado o producido, sino que además es preciso que esta tenga una capacidad racional normal de resultar motivado por la norma. Así concebida, la culpabilidad opera como presupuesto y límite de la necesidad de la pena. Ciertamente, no se puede configurar una política criminal que exija la misma responsabilidad en aquellos que se mueven en un mundo de códigos diferentes a los homogéneos. Como es el caso de los indígenas, de los niños, de los enfermos mentales, de aquellos que sufren defectos de delincuencia o percepción, o trastorno mental

---

<sup>63</sup> BACIGALUPO, E., (2004). “*Derecho Penal parte general*”, pág. 10.

transitorio. DIEZ RIPOLLES sostiene que este principio, expresa que la sociedad está dispuesta a renunciar a hacer responsable a una persona de comportamientos a ella punibles si, en alguna medida socialmente asumibles, se puede afirmar que no puede evitar tomar la decisión, o le resulto especialmente difícil evitarla.

Este principio se apoya en la necesidad de que el hecho punible pertenezca a su autor no solo material y subjetivamente, sino también como producto de una racionalidad normal que permita verlo como obra de un ser suficientemente responsable. El principio de igualdad real de los ciudadanos confirma esta existencia de imputación personal como presupuesto de la pena.

#### **4.1.1.6.2.3 El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos**

Para limitar la arbitrariedad del poder penal de los soberanos el pensamiento ilustrado -que va de thomasius a Feuerbach y humbolt, de Bentham a Codorcet, de Genoveri y Filangieri a Romagnosi, Pagano y Carmignasi-, basado en la idea del contrato social, sostuvo que el objeto del delito tenía que ser necesariamente un derecho subjetivo natural de la persona declarando la prohibición de establecer penas que no tuvieran su fundamento en la existencia de un bien jurídico afectado. La protección de derechos de terceros será el límite racionalizador señalando por la ilustración. Para impedir la criminalización por motivos morales o religiosos se estipula, primero dogmáticamente y luego en las constituciones liberales, que no se puede crear un delito si la conducta perseguida no produce una lesión a un jurídico.

SILVA Señala que la finalidad garantista fundamental del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos puede haberse visto frustrada por las diversas vicisitudes que han afectado a la historia del concepto del bien jurídico, producto de más de dos siglos de discusión, el que se encuentra



desde el siglo pasado en crisis.<sup>64</sup> No libre de polémica, a nuestro juicio un concepto coherente con la Constitución salvadoreña es el que formulada el citado autor: (solo pueden ser bienes jurídicos aquellos objeto que el ser humano precisa para su libre autorrealización – la cual obviamente tiene lugar en la vida social-, determinados objetos se convierten en bienes jurídicos, en la medida que están dotados de un contenido de valor para el desarrollo personal del hombre en sociedad).

En relación con su aspecto político criminal, los bienes jurídicos y su protección penal se pretenden construir como un límite externo al legislador cuando este decide tipificar una conducta como delito, condicionando de esa manera su decisión. En ese sentido, el bien jurídico aparece como un criterio negativo para la criminalización en la medida que determina que el legislador secundario: a) únicamente puede tipificar como infracciones penales aquellas acciones y omisiones que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos; y b) no cualquier entidad o bien puede ser elevada a tal categoría merecedora de protección penal, sino solamente aquellos que son valiosos para la comunidad y que tenga como referencia esencial a la persona humana, y de forma refractaria a la Constitución.

El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos no aparece consagrado de forma expresa en la constitución salvadoreña. Sin embargo, por precedente jurisprudencial -sentencias dictada el 1-IV-2004 en el proceso de inconstitucionalidad 52-2003, considerando IV.B.-, se reconoce que este principio goza de rango constitucional, y se encuentra implícito en el preámbulo y los arts. 1 inc., 1° y 2 inc 1° de la Constitución. Al respecto, la Sala de lo Constitucional, en la sentencia antes anotada, ha expresado: el derecho penal desarrolla su finalidad última atrases de la tutela de los bienes jurídicos.

---

<sup>64</sup> FEUERBACH, P.J.A.R.V., (2004). “*Tratando de derecho penal común*”, vigente en Alemania, pág. 60.

En la citada sentencia el tribunal no se arriesgó a brindar un concepto de bien jurídico, no obstante, de lo enunciado se deduce que en el Estado salvadoreño solo deberán ampararse como bienes jurídicos condiciones de la vida social, en la medida que afecten la participación de los individuos en el sistema social. Así, solo aquellas funciones sociales que posibiliten la plena autorrealización individual dentro de un orden democrático y respetuoso de los derechos fundamentales, merece el interés del legislador a efectos de la elaboración de la norma penal.

Ahora bien, con este concepto creeríamos que lo que el tribunal constitucional pretende es delimitar fronteras mínimas de lo que puede ser objeto de protección penal, ya que les dice al legislador que, según la constitución, no puede considerarse un bien jurídico y por lo tanto no puede ser objeto de protección. Y es que, como se ha referido con anterioridad, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos conlleva a que el legislador secundario tenga en cuenta:

(a) que no cualquier entidad o bien pueda ser elevada a la categoría merecedora de protección penal, sino solamente aquellos que son valiosos para la comunidad y que tengan como referencia esencial a la persona humana, ya que se pretende lograr una adecuada distinción entre derecho y moral, evitando con ello la tipificación de conductas con finalidades eminentemente ideológicas, como las meras inmoralidades que no lesionan a terceros; y (b) únicamente pueden considerarse infracciones penales aquellas acciones y omisiones que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos.

Por lo tanto, este principio supone que, en un proceso por el que la política legislativa criminaliza conductas, la protección penal de bienes jurídicos solo se produzca a determinar gravedad o formal de ataque, a una

conducta humana exteriorizada, que implique lesión o puesta en peligro de un bien jurídico-penal.

Por ello, dentro de un modelo racional de legislación penal, se han de considerar elemento esencial del ilícito penal el desvalor de acción y el desvalor del resultado; pues estos han de determinar la medida de pena que ha de imponerse de forma abstracta en la ley o de forma concreta en la condena por ejemplo: la consumación, sin duda, ha de merecer una mayor sanción que la tentativa, y esta ha de suponer también una respuesta penal ms intensa que en los actos de preparación –si estos últimos resultan castigados-.

#### **4.1.1.6.2.4. El principio de proporcionalidad.**

El principio de proporcionalidad expresado en la antigua máxima *poene debet commensuari delicto* se remonta a la antigüedad, pero solo pudo afirmarse en la época a la Ilustración cuando llegaron a madurar todos los demás presupuestos del derecho penal moderno: la legalidad, la certeza, la igualdad y, sobre todo la mensurabilidad y la calculabilidad de las penas<sup>65</sup>. Los ilustrados hacían hincapié en el principio de proporcionalidad entre los delitos y las penas como consecuencia del principio de culpabilidad<sup>66</sup>. Aunque se trata de una exigencia que no nació para las penas, sino para las medidas de seguridad. Al no encontrar éstas el límite en el principio de culpabilidad se hizo evidente la idea de acudir al principio de proporcionalidad, para evitar que las medidas pudiese resultar un medio desproporcionalmente grave en comparación con su utilidad preventiva.

---

<sup>65</sup> FERRAJOLI, Luigi, (1999). *Derechos y Garantías. “La Ley del Más Débil”*, traducido al español por Perfecto Andrés Ibáñez, Ediciones Trotta, Madrid, Pág. 398.

<sup>66</sup> Vid. ANITUA, G. I..., Pág. 299.

- **Concepto.**

Este principio reclama la realización de un juicio de ponderación entre la carga coactiva de la pena y el fin perseguido por la conminación penal, comparación que debe atender a la gravedad del delito cometido (contenido del injusto), al mal causado y a la mayor o menor reprochabilidad de su autor.

“Existe un estrecho vínculo entre el principio de proporcionalidad y el fin de prevención general de la pena”<sup>67</sup>, situación que ha de tenerse presente por cuanto se relaciona directamente con los fines político criminales que motivaron la penalización de los Arts. 129-A, Proposición y Conspiración en el Delito de Homicidio Agravado; 149-A Proposición y Conspiración en los delitos de Privación de Libertad y Secuestro; 214-C Proposición y Conspiración en los delitos contra el patrimonio, exceptuando la Receptación; y 251, Proposición o Conspiración, todos del Código Penal.

Su fundamento se encuentra en el artículo 12 de la Declaración de derechos y deberes del hombre y del ciudadano de 1975, al establecer que: “La ley no debe señalar sino las penas estrictamente necesarias y proporcionales al delito”.

Es fundamental distinguir entre lo que suele denominarse una concepción estricta del principio de proporcionalidad, referida tan sólo a la exigencia de adecuación entre la gravedad de la pena y del delito, y una concepción amplia que, bajo la influencia de jurisprudencia constitucional, entiende el principio de proporcionalidad como un examen más global de los costes y los beneficios de toda intervención punitiva, orientando a verificar su idoneidad, necesidad y estricta proporcionalidad.

---

<sup>67</sup> *Ibíd.* Pág., 180.

- **Características.**

Las notas esenciales que caracterizan el principio en estudio son: se trata de un principio valorativo, ponderativo y de contenido material, no meramente formal. A continuación se detallan cada uno de ellos.

- *Proporcionalidad como principio valorativo.*

Dentro del ámbito de colisión de derechos, se ha de tomar en cuenta que los más elementales derechos del hombre han de subsistir ante la intervención del Estado, en los términos que se han mencionado con respecto al principio de mínima intervención, donde lo relevante es el establecimiento de medios a utilizar conforme al carácter de *ultima ratio* de la norma penal; en el principio de proporcionalidad lo relevante se determina en el terreno de los valores. Si se decide por la conminación penal de una conducta determinada, porque los medios de control extra penal resultan ineficaces, ha de considerarse la magnitud de la sanción a imponer, de tal forma que el valor libertad ha de afectarse en última instancia, sobre todo si se trata de delitos de peligro abstracto. Ello requiere que se considere el catálogo de penas que regula el Código Penal, estableciendo la sanción de acuerdo a los fines que persigue el tipo.

- *Proporcionalidad como principio ponderativo.*

Ante la necesidad de imponer una determinada sanción por la comisión de actos desaprobados socialmente, debe realizarse una ponderación de valores e intereses involucrados en el caso concreto, y es a través de esta operación de comparación, que podrá determinarse si el medio empleado, en este caso la pena, se encuentra en razonable proporción con el fin perseguido. La relación que ha de valorarse es entonces entre fines y medios, entre prevención y pena.

- *Proporcionalidad como principio de contenido material.*

Para contar con un principio útil para garantizar la observancia de los valores constitucionales, es necesario reconocerle un sentido propio y un contenido jurídico, para evitar la consideración formal del principio de proporcionalidad que algunos autores han establecido. El contenido de este principio se identifica en los derechos fundamentales y en los principios generales del Derecho Penal, con los cuales ha de establecerse la relación de proporcionalidad en el caso concreto.

El principio de proporcionalidad en sentido estricto, en todo su contenido, opera en dos ámbitos: 1) Proporcionalidad en la fase legislativa proporcionalidad de la pena en sentido abstracto – tiene como destinatario al Poder Legislativo, que en el ámbito penal ha de prever la sanción para determinados comportamientos atendiendo los requisitos del principio, está vinculado a la proporcionalidad que debe existir en la configuración del tipo penal, en cuanto a la dosimetría de la pena abstracta; y 2) Proporcionalidad en la fase judicial de la determinación de la pena – proporcionalidad en sentido concreto -, destinatario al Poder Judicial que ha de imponer cada concreta sanción en función de los parámetros de este.

La exigencia del principio de proporcionalidad en el marco penal abstracto plantea el problema de determinar cuál es el criterio respecto del cual la pena debe ser proporcional, pues al tener un carácter referencial y valorativo, puede obedecer a diferentes parámetros. Entre las principales orientaciones podemos señalar las siguientes:

*A. La pena proporcionada vinculada a los fines de la pena.*

Un sector de la doctrina sostiene que para dotar de contenido este principio es necesario remitirse a las teorías de los fines de la pena. Entre ellos, la mayor parte de autores insiste hoy explícitamente en la necesidad de atender criterios de prevención a la hora de establecer la que ha de

corresponder a un determinado comportamiento<sup>68</sup>. Y así, bien se afirma que el principio de proporcionalidad es un principio informador del Derecho penal, que impide configurar e imponer sanciones más allá de lo necesario para alcanzar los fines preventivos que le son propios, bien, simplemente, que en el momento de conminación legal de la pena han de atenderse planteamientos preventivos generales y especiales<sup>69</sup>.

*B. La pena proporcionada a la gravedad de la infracción cometida.*

En abstracto la pena adecuada a la finalidad de la tutela prevista penalmente será aquella que sea proporcionada a la gravedad del delito del que es consecuencia<sup>70</sup>. En términos comparativos, se dice, si dos delitos no son considerados de la misma gravedad y se sancionan con la misma pena, o el más grave con pena menor, se estará vulnerando el principio de proporcionalidad. Sin embargo, como señala FERRAJOLI el problema de la elección por el legislador de la entidad de la pena en relación con la gravedad del delito corresponde a la noción de “gravedad” del delito es que obliga a recurrir a una orientación objetivista – mide la gravedad del delito con la entidad del daño – o subjetivista de gravedad – por el grado de culpabilidad-<sup>71</sup>

*C. La pena proporcionada a la entidad del bien jurídico a tutelar y al grado de lesividad del mismo.*

Si desde la perspectiva de la minimización de violencia la finalidad prioritaria del derecho penal es, en síntesis, la tutela de bienes jurídicos –

<sup>68</sup> MIR PUIG, (1990). “**Derecho Penal**”. Pág. 128; MAPELLI CAFFARENA, B., “**Consecuencias Jurídicas del Delito**”, Pág. 59; GARCÍA PÉREZ, O., “**La racionalidad de la proporcionalidad en sistemas orientados a la prevención especial**” en RECPC, 2007, Págs. 13-16.

<sup>69</sup> DE LA MATA BARRANCO, N. J., *Op. Cit.*, Pág. 179.

<sup>70</sup> BACIGALUPO, E., (2004). *Derecho Penal, Op. Cit.*, Pág. 125; CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español. Parte General, Tomo I*, Pág. 26.; MIR PUIG, (1990). *Derecho Penal, Op. Cit.*, Pág. 128.

<sup>71</sup> FERRAJOLI, L., (1999). *Derechos y Garantías. “La Ley del Más Débil”*, traducido al español por Perfecto Andrés Ibáñez, Ediciones Trotta, Madrid, Pág.399.

entendidos como condiciones indispensables de desarrollo personal – cuanto más valor se le otorgue a cada uno de ellos mayor será el esfuerzo que habrá de desplegarse en garantizar su incolumidad. Es decir, que en cuanto más importancia o relevancia constitucional y social tenga el bien tutelado, así será amenazado con mayor o menor castigo penal. De tal forma que se infringiría el principio de proporcionalidad tanto si se amenaza con mayor pena el ataque a un bien de menor importancia que la agresión a uno de mayor relieve como si se castiga con penas distintas al acontecimiento a bienes de igual valor<sup>72</sup>.

*D. La pena proporcionada a la gravedad de lo injusto: de su desvalor de acción y de resultado.*

La necesidad de tener en cuenta el modo en que se afecta el bien tutelado para concretar la gravedad de la pena a imponer remite al análisis del desvalor del hecho típico en cuanto al resultado producido. La mayor parte de la doctrina ha entendido, no obstante – no podía ser de otro modo - , que precisamente en un Derecho preventivo dicha gravedad ha de ser proporcionada lógicamente al contenido global de injusto de hecho cometido, esto es, tanto al desvalor de resultado como también al desvalor de acción. Para varios actores esto implica la obligación de valorar la existencia de dolo o imprudencia, la diferente participación o ejecución delictiva, la peligrosidad de la acción o el desvalor de la intención.

*E. La pena proporcionada a las consideraciones sobre la atribución de un hecho a su autor.*

Varios autores, sin concretar el alcance del término, señalan expresamente que junto al injusto también ha de atenderse la mayor o menor reprochabilidad del autor para concretar la gravedad de la pena prevista para un comportamiento. Este principio también se asocia al concepto de

---

<sup>72</sup> DE LA MATA BARRANCO, N. J., *Op. Cit.*, Pág. 211.



culpabilidad por el hecho en cuanto a lo que significa atribuibilidad o responsabilidad personal.

En otro orden de ideas, es preciso señalar que, si bien la Constitución salvadoreña no hace mención expresa al principio de proporcionalidad, la Sala de lo Constitucional ha interpretado que este se encuentra implícito en el artículo 246 de la Constitución y, en el ámbito penal – como un límite frente al legislador penal y otras instancias penales – en los artículos 2, 12 y 27<sup>73</sup>. También cabe hacer notar que en la jurisprudencia emanada de dicho Tribunal se puede apreciar que este ha utilizado todos los criterios antes señalados para determinar cuándo la pena se adecua al principio de proporcionalidad.

Ello resulta lógico, porque al margen de los criterios y modos en que se dota de contenido al principio de proporcionalidad, existe un consenso que estamos ante un principio regulativo general, consustancial a la misma esencia del Estado de Derecho y aplicable a todo el ordenamiento jurídico. Su significado ha de estar presente especialmente en todo tipo de intervención estatal que implique la restricción de derechos, por ello despliega todo su potencial en el Derecho Penal.

- ***Clases de proporcionalidad.***

Uno de los principales problemas al momento de configurar un tipo penal, es la determinación de la pena a imponer, de manera que resulte proporcional al hecho. Los debates durante la discusión de reformas penales en el seno de la Asamblea Legislativa, constituyen claros ejemplos de ello, asimismo los resultados obtenidos en muchos casos han legado una serie de

---

<sup>73</sup> Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, número 11-2004, de fecha de 21- III- 2006, se acotó que el artículo 246 Cn. establece como límite a la intervención legislativa en el desarrollo de las disposiciones constitucionales la prohibición de alterar los derechos y principios que en ellas se consagran.

delitos con penas excesivas, perpetuas e inconstitucionales, producto del desconocimiento de los alcances del principio de proporcionalidad.

Para elegir la clase y el grado de la pena a imponer habría que considerar las siguientes clases de proporcionalidad.

➤ Proporcionalidad legislativa y judicial (Abstracta y concreta).

“La denominada proporcionalidad abstracta o legislativa es aquella que actúa en el momento de configuración del tipo penal, estableciéndose penas entre un máximo y un mínimo, disponiendo penas alternativas, pero siempre guardando la necesaria equivalencia entre antijuricidad, culpabilidad y penalidad. Es aquí donde se realiza la comparación entre la efectividad de la norma penal y los otros medios sancionatorios estatales.

La proporcionalidad Concreta o judicial, opera en la fase de individualización de la pena, procediendo a establecer a partir de la pena en abstracto, una pena en concreto.

De esta clasificación se extraen las consecuencias siguientes:

- a) La proporcionalidad abstracta está dirigida a todos los ciudadanos, porque a estos se dirige la función motivadora; la proporcionalidad concreta se dirige a los jueces quienes determinan la pena a imponer.
- b) La proporcionalidad abstracta cumple fines de prevención general, mientras que la concreta conlleva fines de prevención especial.

➤ Proporcionalidad Cualitativa y Proporcionalidad Cuantitativa.

La proporcionalidad cualitativa es aquella que determina la clase de bien o bienes jurídicos de los que va a ser privado o limitado el ciudadano, y suele denominarse también heterogénea, por imponerse penas de distinta naturaleza, como las privativas de libertad, restrictivas de derechos, pecuniarias, etc.; asimismo se le llama proporcionalidad de primer grado

porque en ella intervienen la política criminal del Estado, fija la clase de penas imponibles, la exclusión de penas perpetuas, de muerte, sustitución de penas de prisión, la determinación de cumplir penas conjuntas o alternativamente impuestas, etc.

La proporcionalidad cuantitativa se refiere a la cantidad de pena a imponer con respecto a la mayor o menor gravedad de un hecho, y se llama homogénea porque el legislador para su fijación se basa en la pena misma, es decir en los márgenes. Esta clase de proporcionalidad actúa con posterioridad a la cualitativa, puesto que el legislador debe elegir la clase de pena a imponer, y la forma de imponerla, para luego establecer los parámetros mínimos y máximos. La política criminal, en este caso actúa de manera diferente, un tanto menos intensa o decisiva, por lo que también se le denomina proporcionalidad de segundo grado.

#### **4.1.1.6.2.5 El principio de mínima intervención.**

El origen del principio de intervención mínima como límite al legislador para tipificar cualquier conducta coincide con el nacimiento del liberalismo doctrina política nacida en la segunda mitad del siglo XVII, principalmente en Francia e Inglaterra, caracterizado por la reivindicación de un importante espacio de libertad en el ámbito personal, político, económico, religioso, etc. y el comienzo del desarrollo del Estado de derecho.

Este principio expresa la idea de que si el derecho penal es un mal, este ha de reducir su intervención y no intervenir de cara a la regulación de todos los comportamientos del hombre en sociedad, sino a aquello que sea estrictamente necesario – en orden a evitar los atentados más graves que se dirijan contra importantes bienes jurídicos -.

Para MUÑOZ CONDE este principio se plasma en tres momentos: primero, en el de la decisión de recurrir a la norma penal: debe ser la *última*

*ratio* en el sistema de protección social, y tan sólo para proteger los intereses sociales más esenciales, frente a los ataques más graves; segundo, el carácter fragmentario del Derecho penal, en el momento de selección legislativa del concreto instrumento punitivo: la clase de pena y el grado de esta. Desde este plano se pueden derivar consecuencias para un tercer momento: el de la concreta aplicación de la pena. Se requiere además, que la imposición y ejecución de la misma resulte necesaria para la protección social<sup>74</sup>.

Por otra parte, SILVA opina que el principio de mínima intervención tiene dos grandes manifestaciones. Una, externa: debe prescindir de la conminación y sanción penal, siempre que, en el caso de que se trate, quepa esperar similares o superiores efectos preventivos de la intervención de medios menos lesivos, como, por ejemplo, medidas estatales de política social, sanciones propias del Derecho civil, del derecho administrativo, o incluso medios no jurídicos de control social – soluciones privadas o sociales del conflicto – diríamos métodos alternos de solución de conflictos.<sup>75</sup>

A partir de lo anterior, desde la perspectiva político – criminal, es posible afirmar que el principio en mención confina al legislador a respetar dos exigencias: (a) el “principio de subsidiariedad”, según el cual el Derecho penal ha de ser la *última ratio*, el último recurso a utilizar a falta de otros menos lesivos; y (b) el “carácter fragmentario del derecho penal” significa que ni siquiera debe proponerse pena para todas las conductas que lesionen bienes jurídicos sino sólo frente a las más graves o modalidades más peligrosas.

El principio de subsidiariedad implica que el Estado debe agotar los medios menos gravosos que el Derecho penal antes de acudir a este, en tal

---

<sup>74</sup> MUÑOZ CONDE, F.- GARCÍA ARÁN, M., (1996). **“Derecho Penal”**. Segunda Edición, Tirant. 1º Blanch, s/e, España, Págs. 79-81.

<sup>75</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., Págs. 393-395.

sentido debe constituir un arma subsidiaria, *una última ratio*. Debe preferirse ante todo la utilización de medios desprovistos de sanción, como una adecuada política social. Seguirán a continuación sanciones no penales: así civiles por ejemplo, impugnabilidad y nulidad de los negocios jurídicos, repetición por enriquecimiento injusto, reparación de daños y perjuicios -y administrativas – multas, sanciones disciplinarias, privación de concesiones, etc.<sup>76</sup>.- Sólo cuando ninguno de los medios anteriores sea suficiente estará legitimado el recurso de la pena o medida de seguridad.

El segundo principio derivado de la limitación al derecho penal es el postulado del (carácter fragmentario del Derecho penal). Consiste en limitar la actuación del Derecho penal a los ataques más violentos o graves contra los bienes jurídicos considerados socialmente más relevantes. Se encuentra vinculado al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos – concretamente en la lesión de bienes jurídicos – y al principio de proporcionalidad. Y es que no toda lesión a un bien jurídico debe ser reprochada por el Derecho penal. Se impone la presencia de dos elementos para que el Derecho penal actúe: que el bien jurídico posea importancia y que la lesión a este sea violenta. Para justificar la intervención penal es necesario un plus: la existencia de desvalor de acción y del desvalor de resultado.

El principio de mínima intervención no aparece consagrado de forma expresa en la Constitución, pese a ello la jurisprudencia constitucional ya se ha pronunciado sobre su jerarquía constitucional con basamento en el art. 2 de la Cn., conectándolo al principio de lesividad del bien jurídico. En la sentencia dictada el 1-IV-2004 en el proceso de inconstitucionalidad 52-2003, considerando IV. B. a., el Tribunal retoma el pensamiento de FERRAJOLI y utiliza el término “principio de necesidad o economía de las prohibiciones

---

<sup>76</sup> Un sector importante de la doctrina coincide en señalar que la política social es una de las principales herramientas para evitar la intervención penal. MIR PUIG, “*Derecho Penal*”..., Págs. 117-119.

penales”, el cual sostiene que, *si la intervención punitiva es la técnica de control social más gravosamente lesiva de la libertad y dignidad de los ciudadanos, debe exigirse que se recurra a ella como remedio extremo.*<sup>77</sup>

En la sentencia dictada el 23-12-2010 en el proceso de inconstitucionalidad 5-2001 la Sala de lo Constitucional utiliza el concepto principio de mínima intervención” en conexión con el principio de lesividad del bien jurídico, realizando un control de la norma penal desde los parámetros de subsidiariedad y fragmentariedad que conforman el principio en mención<sup>78</sup>.

#### **4.1.1.6.6 Principio de resocialización.**

El principio de resocialización es un principio orientador de las penas – derivado de la dignidad humana – que cobra sentido en un Estado democrático, pues la exigencia de que sea posible la participación de todos los ciudadanos en la vida social conduce a reclamar que el Derecho penal evite la marginación indebida del condenado a una pena o sometido a una medida de seguridad. Ello hace preferibles – en la medida de lo posible – las penas que no entrañen separación de la sociedad. Sin embargo, cuando la privación de libertad sea inevitable habrá de configurar su ejecución de forma tal que evite en lo posible sus efectos desocializadores, fomente cierta comunicación con el exterior y la reincorporación del recluso a la vida en la libertad<sup>79</sup>.

Tradicionalmente la idea de resocialización o de reinserción alude al logro de que el delincuente no cometa en el futuro nuevos delitos. Sin

---

<sup>77</sup> FERRAJOLI, L., Págs. 465-466.

<sup>78</sup> En el caso concreto la Sala expuso: “Es entonces, palpable la inobservancia del principio de “prohibición de exceso” a elevar comportamientos que puedan ser satisfactoriamente evitados por medio de la normativa disciplinaria pertinente”; “Es así, que no es posible constitucionalmente castigar una inasistencia sin justa causa, con igual o mayor intensidad que un ataque a la vida o la integridad física de una persona”.

<sup>79</sup> MIR PUIG, S., “*Derecho Penal*”. Pág. 129.

embargo, el principio de resocialización es más amplio y debe comprenderse no como sustitución coactiva de los valores del sujeto que ha delinquido, ni como manipulación de su personalidad, sino como un intento de ampliar las posibilidades de participación en la vida social, una oferta de alternativas al comportamiento criminal. Ello ha de suponer la libre aceptación por parte del recluso, puesto que ha de ser tratado como mero objeto de la acción resocializadora de un Estado intervencionista, sino como un sujeto no privado de su dignidad con el cual se dialoga. La resocialización trata de “imitar sus pretensiones y aumentar sus medios”, es decir, evita a toda costa que el Derecho penal, por medio de la pena de prisión, intervenga abusivamente en el ámbito de conciencia interna de la persona que ha delinquido, al mismo tiempo que se fomente en ésta última una actitud básica de respeto a los bienes sociales fundamentales<sup>80</sup>.

En términos claramente garantísticos la resocialización no puede ser comprendida como la imposición de un determinado esquema de valores, sino como la creación de las bases de un autodesarrollo libre o, al menos, como disposición de las condiciones que impidan que el sujeto vea empeorado, a consecuencia de la intervención penal, su estado de socialización. Asimismo, al constituir una finalidad a la que el Derecho penal debe tender, en esa medida, puede verse en ella una expresión del derecho al libre desarrollo de la personalidad, desde el cual deben interpretarse todas las medidas con vocación resocializadora.<sup>81</sup>

La Constitución salvadoreña coge el principio de resocialización - como un criterio político criminal - en el artículo 27 párrafo 3º: “El Estado organizará los centros penitenciarios con el objeto de corregir a los

---

<sup>80</sup> MIR PUIG, S., *“Estado, Pena y Delito”*, Págs. 65-94; Vid. HASSEMER, W., *“Fundamentos del Derecho Penal”*, s/p, s/e, Págs. 335-359; QUINTERO OLIVARES, G., *“Manual de Derecho Penal”*. Págs. 104-105.

<sup>81</sup> En lo positivo, como tal garantía, debe tenderse reducida a la disposición de medios y carente de toda referencia a fin: el fin debe permanecer como una cuestión de la autonomía individual. SILVA SÁNCHEZ, J. M., Págs. 419- 421.

delincuentes, educarlos y formarles hábitos de trabajo, procurando su readaptación y prevención de los delitos”.

Al respecto, la Sala de lo Constitucional ha interpretado que si bien el constituyente prefirió utilizar los términos “corrección” y “readaptación” en la redacción del mencionado artículo, tales vocablos no pueden ser entendidos en un sentido gramatical puro; sino que se encuentran sujetos a una interpretación dinámica conforme al desarrollo científico de las ciencias penales, como también del grado de racionalidad y humanidad alcanzado por la sociedad moderna. “Por ello, en la actualidad, es adecuado hablar de la resocialización como *un proceso que comprende tanto la reeducación como la reinserción social del infractor de la norma penal*, al cual subyace también la finalidad de proteger a la sociedad y a las víctimas de los comportamientos criminales”<sup>82</sup>.

Aunque la norma constitucional antes citada parecería estar referida a un ámbito determinado: el del incumplimiento de la pena. La Sala de lo Constitucional ha interpretado que el principio de resocialización se dirige tanto al legislador como a la jurisdicción y la administración penitenciaria. Así, con relación al legislador, dicho Tribunal ha expresado que “el ideal resocializador es un principio que el legislador debe conjugar en su política penal y penitenciaria, a fin de evitar toda sanción penal con tendencia a producir sufrimiento físico o moral o que pueda contribuir a la degradación ético – espiritual de la persona”.<sup>83</sup>

Por tanto, el legislador se encuentra limitado a establecer, por ejemplo, normas que establezcan penas extremadamente largas o perpetuas, puesto que chocan frontalmente con la función de la pena privativa de libertad propia

---

<sup>82</sup> Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Número 32-2006, de fecha 25-III-2008, considerando IV.2.

<sup>83</sup> URÍAS MARTÍNEZ, J., “**El valor constitucional del mandato de resocialización**” (2001), s/e, en Revista Española de Derecho Constitucional, Número 63, Septiembre-Diciembre, Pág. 51.



de una concepción humanista del Estado democrático de derecho, en la medida que no permiten la reeducación y reinserción del condenado o que haga ilusoria cualquier perspectiva de reintegración de la persona en su entorno social. Por otra parte, los órganos jurisdiccionales han de aplicar los criterios legalmente establecidos para dar lugar a la evitación de penas que, por su duración desmesurada, puedan determinar el fracaso de la finalidad de recuperación social constitucionalmente auspiciada.

Ahora bien, para la administración penitenciaria el mandato constitucional de resocialización se erige como un principio de actuación del Derecho penal, en la fase de ejecución de la pena, que pretende evitar que la persona sufra más daño que el derivado de su privación de libertad y que desatienda a las necesidades del interno; está dirigido a que la administración diseñe una política penitenciaria que tenga en cuenta que el interno deberá retornar a la libertad y no deberá ser aislado del contexto social, lo que satisfaría la reinserción, y que durante la ejecución de la pena se atienda a las carencias educacionales del interno, precisamente sobre aquéllas que más inciden en la comisión de los delitos<sup>84</sup>.

#### **4.1.1.6.7 Principio de Humanidad.**

Todos los principios antes enumerados serían impensables sin un reconocimiento a la esencia del concepto de persona humana, por ello, fundamento y principio rector de la política criminal democrática ha de ser el principio de humanidad<sup>85</sup>, el cual proviene del principio de dignidad de la persona y su autonomía ética. Tradicionalmente suele vincularse este principio a la evolución histórica del Derecho penal con sus consecuencias en el ámbito de las sanciones penales, traducidas en la eliminación de las

---

<sup>84</sup> DELGADO DEL RINCÓN, L. E., Págs. 363.

<sup>85</sup> ***“El principio de humanidad correctamente entendido debería ser el principio rector de la política criminal”***. HASSEMER, W.-MUÑOZ CONDE, F., ***“Introducción a la Criminología y al Derecho Penal”***, Pág. 172.

penas corporales, la constante reducción de la duración de la privativa de libertad y la mejora de las condiciones de su ejecución<sup>86</sup>.

El principio germinó a partir del siglo XVIII de la mano de la reivindicación de una “humanización” del rigor de las penas previstas en el Derecho del Antiguo Régimen<sup>87</sup>. Fue un punto central del programa de la Ilustración – el respeto al concepto de persona humana fue la característica compartida por el movimiento ilustrado – que concretó especialmente BECCARIA y que no ha dejado de inspirar la evolución doctrinal posterior.

Con el principio de humanidad se pretende excluir del sistema penal aquellas sanciones que por su contenido resulten especialmente crueles o denigrantes para el sometido a ellas más allá del sufrimiento que suele llevar aparejada la simple imposición de una condena. Aparece como una doble condición: por un lado, entonces, es impuesta como un límite a la legislación represiva desde la sensibilidad de los propios seres humanos; pero por el otro, es un límite del programa político criminal constitucional a las posibles demandas punitivas de los individuos, incluso si son mayoría.

Aunque al Estado y hasta la colectividad en general pudieran convenir penas crueles para defenderse, a ello se opone el respeto a la dignidad de todo hombre – también del delincuente -, que debe asegurarse en un Estado para todos<sup>88</sup>.

En la Constitución salvadoreña este principio se encuentra contemplado en el artículo 1 inciso 1º: “El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado” La persona debe ser para el Estado un fin antes que un medio o cosa, por tanto, el valor de la persona concreta los niveles de afección personal que no deben superarse en ningún

---

<sup>86</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Op. Cit.*, Pág. 663; Sobre las penas feroces: pena de muerte y penas corporales Vid. FERRAJOLI, L., *Op. Cit.*, Pág. 385-387.

<sup>87</sup> ANITUA, G. I., *Op. Cit.*, Pág. 301.

<sup>88</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho Penal*, Pág. 95.

caso a través de la sanción penal, impone una limitación fundamental a la calidad y cantidad de la pena. Tres son las líneas principales en que se manifiesta el contenido específico de este principio:

(a) la prohibición de la tortura y de toda pena y trato inhumano o degradante, con sus importantes reflejos en la parte especial del Derecho penal y las consecuencias jurídicas del delito; (b) la orientación resocializadora de la pena, en particular, si es privativa de libertad; (c) la atención a las víctimas de toda infracción penal<sup>89</sup>.

La consecuencia del principio de humanidad para la vida penitenciaria no se agota en la prohibición de tratos inhumanos o degradantes. Por el contrario, se acepta ampliamente, como corolario del principio de humanidad, la orientación resocializadora de la pena privativa de libertad<sup>90</sup>.

Si el principio de humanidad obliga a la corresponsabilización social con el delincuente – el cual no deja de formar parte de la sociedad -, la institución penitenciaria ha de procurar, en primer término, reducir el contenido estigmatizador y separador propio de la decisión de internamiento en prisión, así como aprovechar la ejecución para abrir oportunidades de superación de la desocialización, asimilando en lo posible la vida de dentro a la de fuera, fomentando la comunicación del interno con el exterior y facilitando la progresiva incorporación del penado a la vida en libertad<sup>91</sup>.

Aunque este principio tiene especial peso en la fase de ejecución también tiene trascendencia en la fase de determinación legal de las penas. Así la prohibición de penas inhumanas o degradantes implica que el legislador penal no puede conminar ningún delito, por grave que se considere, con una pena incoizadora de carácter definitivo, es decir,

---

<sup>89</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., (2009). *“El principio de humanidad en el Derecho Penal”*, en Revista *EGUZKILORE*, Número 23, San Sebastián, Diciembre, Pág. 211.

<sup>90</sup> QUINTERO OLIVARES, G., *“Manual de Derecho Penal”*. Op. Cit., Pág. 104.

<sup>91</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., Op. Cit., Pág. 222.

destinada a destruir física o moralmente al sometido a ellas como la pena de muerte, penas corporales – por ejemplo, mutilaciones de parte del cuerpo – o de la cadena perpetua sin posibilidad alguna de reinserción social.

En ese sentido, la Sala de lo Constitucional ha señalado que: “si bien constituye una atribución del legislador secundario el establecimiento de las cuantías de las penas privativas de libertad, su determinación abstracta debe relacionarse con criterios de razonabilidad, proporcionalidad y humanidad”<sup>92</sup>.

Finalmente, conviene señalar que, aunque tradicionalmente el principio de humanidad ha centrado su foco en el sujeto activo del delito, planteándose como uno de los postulados limitadores del poder punitivo del Estado, a partir de la enseñanza de la Victimología a nadie se le escapa que una política criminal inspirada por el principio de humanidad no sólo no puede ignorar las necesidades de las víctimas, sino que debe asumir con una de sus funciones más básicas el esfuerzo por su atención y satisfacción<sup>93</sup>.

Superando la limitada perspectiva de la víctima como sujeto pasivo de la acción o del delito, el respeto del principio de humanidad en Derecho penal exige, en este sentido, hacer pasar a la víctima “del olvido al reconocimiento” garantizándole todos sus derechos, otorgándole pleno protagonismo en el sistema penal y colocando la protección de la víctima al mismo nivel que la proscripción de las penas y tratamientos inhumanos y degradantes y la orientación resocializadora de la pena<sup>94</sup>.

---

<sup>92</sup> Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, número 5-2001, de fecha 23-XII-2010, considerando V.1.B.

<sup>93</sup> Vid. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., *Op. Cit.*, Págs. 224-225.

<sup>94</sup> Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., *Op. Cit.*, Pág. 224. Además, Vid. FERREIRO BAAMONDE, X., *La víctima en el proceso penal*, Pág. 99.

#### 4.1.1.2.7. CONCEPTUALIZACIÓN Y DEFINICIÓN DE LAS FIGURAS DE LA PROPOSICIÓN Y CONSPIRACIÓN.

Debe iniciarse, este estudio conceptualizando, definiendo y delimitando los términos de Proposición y Conspiración, en tal sentido nos remitiremos en primer momento a la definición legal preceptuada en el art. 23 del Código Penal, que expone lo que se ha de entender por estos términos, así:

##### 4.1.1.2.7.1 PROPOSICIÓN.

“Existe Proposición cuando el que ha resuelto cometer un delito solicita de otra u otras personas que lo ejecuten o le presten ayuda para ejecutarlo. Es decir, que la Proposición consiste en la manifestación de delinquir que realiza una persona, y en cuya manifestación se halla contenida una solicitud o invitación a otra u otras para que le colaboren en la ejecución del ilícito o lo realicen.”

Esta figura parte, por tanto, de la firme decisión de cometer el delito, de aquel que lo propone, el cual (el proponente) – según la redacción del artículo 23 Cod. Pn. debe necesariamente tener la intención de integrarse en la empresa delictiva, de ahí que el precepto recoja dos posibilidades: su integración en la misma, simplemente coadyuvándole los otros,<sup>95</sup> o sean estos quienes exclusivamente lleven a cabo la conducta, sin dejar de lado, que el proponente no pierde el curso causal del hecho delictivo, sino que este siempre participa en la comisión del mismo, como un autor mediato, conservando el dominio de la acción.

Por otro lado, es importante recalcar que de acuerdo a un sector de la Doctrina resulta intrascendente que el destinatario acepte la invitación que se le hace, para que se consume la figura delictiva descrita; y, de hecho, tal

---

<sup>95</sup> En ese sentido véase sobre esto... CAMPO MORENO, JUAN CARLOS, (1995). “*Actos Preparatorios Punibles*”, en la Obra, “*Problemas de Autoría; Ed. Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial*”, Págs. 275-332.

aceptación daría lugar, muchas veces, a la aparición de la figura de la Conspiración. La Proposición no puede ser genérica o equívoca, sino claramente consistente en la invitación a ejecutar un delito, específico y determinado. De ello – y de la forma limitada en la que el Código quiere su punición – se deriva, que deba postularse una interpretación restrictiva de los supuestos que deben entenderse incluidos en el ámbito penal de la Proposición delictiva.

En conclusión: “La Proposición consiste en la exteriorización de la propia decisión para cometer un delito y de la solicitud a una o más personas para que participen en la ejecución futura del mismo; de ahí que, el sujeto realice una actividad de convencimiento a otro para que cometa un delito, sin que el delito se cometa”.<sup>96</sup> Por ello se ha estimado por la doctrina, que la Proposición es una especie de instigación frustrada.<sup>97</sup>

Para que exista Proposición debe de cumplirse con los siguientes requisitos:

- a) La resolución manifestada, por el provocador, para cometer un delito determinado.
- b) Solicitud expresa a persona o personas determinadas para que ejecuten el delito.
- c) La conducta tiene que ser dolosa.<sup>98</sup>
- d) La no ejecución del delito, por cuanto si se inicia la ejecución, la Proposición es absorbida por la tentativa o en su caso por la consumación”.
- e) Aspecto psíquico de relación del proponente y a quien o quienes va dirigido

---

<sup>96</sup> véase...MORENO CARRASCO, Francisco; RUEDA GARCÍA, Luis, “Código Penal de El Salvador Comentado” Tomo 1, Art. 1 al 164. AECL –CNJ. Pág. 126 párrafo 5.

<sup>97</sup> Ídem... Op. Cit. Pág.128

<sup>98</sup> Ídem... Op. Cit. Pág.128

#### 4.1.1.2.7.2 CONSPIRACIÓN.

“Existe Conspiración cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo”. Quedando desprovistas de importancia si se realizan actos tendientes a su ejecución, siendo punibles únicamente cuando se quedan en el plano de simple concierto de voluntades, en primer lugar porque, como es lógico suponer si quienes en ella intervienen pasan a la ejecución del delito estas conductas quedaran subsumidas en aquel, como figura consumada o tentada, según el caso. La Conspiración requiere del cumplimiento de varias condiciones, – o prerrequisitos – para que sea posible su viabilidad, en ese sentido deben concurrir los siguientes requisitos:<sup>99</sup>

- ❖ La unión de voluntades de dos o más personas.
- ❖ La orientación de todas al mismo fin.
- ❖ La firme decisión en cada sujeto de ejecutarlo como coautor, lo que se plasma en un plan en concreto.
- ❖ La actuación dolosa de los concertados, lo que se traduce en una actuación inequívoca, precisa y concreta que vaya más allá de las meras suposiciones, con una realidad material que evidencie la voluntad de todos los sujetos intervinientes.
- ❖ La viabilidad del proyecto criminal, de modo que se excluyen proyectos que carecen de cualquier posibilidad de ser llevados a cabo.
- ❖ No debe mediar inicio de la ejecución del delito, porque si este ocurre absorbe a la Conspiración.

---

<sup>99</sup> Ídem Op. Cit. Pág.128.

- ❖ Puede percibirse con facilidad que no todas las figuras delictivas admiten esta forma de aparición, sino sólo aquellos en los que sea posible la actuación grupal de los conspiradores.

De igual modo, no cualquier persona puede considerarse conspirador, sino únicamente quien reúna los requisitos o condiciones necesarias para ser autor del delito proyectado. En conclusión “La Conspiración, se constituye por el acuerdo de dos o más personas, para ejecutar un delito. El acuerdo para delinquir, requiere que se haga a nivel de coautoría, no puede estar referido a que uno o algunos de los concertadores intervengan en el delito como cómplices.

Se ha señalado que la conspiración en su estructura, es asimilable a una coautoría anticipada, en el sentido que hay una concertación y posterior resolución para delinquir, por lo que siendo una figura análoga debe regirse también por los parámetros de que el conspirador debe reunir las calidades especiales que tendría el coautor anticipado; y de igual manera rigen las normas del desistimiento, por lo que, si los concertados deciden por su propia voluntad ya no seguir con el plan criminal, el hecho se deviene en impune”.

Conviene, en este punto, definir lo que son los Delitos Comunes –para ello seguiremos lo expresado por el autor Claus Roxin, citado tal cual, a continuación –: “Los delitos comunes pueden ser cometidos por cualquier persona; y en la mayoría de los casos comienzan, aunque no necesariamente con el término “quien o el que”. Eso significa que cualquiera tenga que poder cometer todas las acciones típicas.”

En cambio, en los Delitos Especiales sólo puede ser autor quien reúna una determinada cualidad (“calificación de autor”). Por regla esa cualidad



consiste en un deber extrapenal, por lo que en estos casos es mejor hablar de “delitos de infracción de deber”. Así por ejemplo son “delitos de infracción de deber” los delitos de funcionarios en el ejercicio de su cargo, en los que solo puede ser autor el que infrinja su deber especial derivado de una posición oficial, o el caso de la infracción del deber de secreto profesional opera fundamentando la autoría. También es un delito de infracción de deber (a pesar del término “el que”) el tipo de la gestión desleal (párrafo o artículo según el Código Penal Alemán) 266 de la Legislación penal alemana citado por Claus Roxin), ya que en el mismo es presupuesto de la autoría la vulneración de un deber especial de cuidar el patrimonio.”

En la misma línea se expresa, Serrano Piedecasas nos dice: “Que según la conformación típica (descripción) del sujeto activo, se distingue entre delitos comunes y especiales, diciendo que en estos últimos el sujeto activo a de reunir una serie de características, específicamente exigidas al tipo, su estructura típica requiere del sujeto activo una cualidad específica para que la conducta sea típica”. Es de la misma opinión Santiago Mir Puig que en los delitos comunes puede ser sujeto activo cualquier, persona, sin requerir calidad especial, pues sus características vienen ordinariamente impuestas por la realidad.

#### **4.1.1.3.7. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA PENA Y SU RELACIÓN CON LAS FIGURAS DE PROPOSICIÓN Y CONSPIRACIÓN**

##### **INTRODUCCION.**

Luego que se ha analizado lo referente a los Principios que limitan la facultad de Prohibir conductas, que posee el Estado como Poder-Deber para lograr la armonía y la Paz social, es viable y necesario el estudio de los que limitan la Facultad de Sancionar Conductas, y entre ellos destacan el Principio de Proporcionalidad de la Pena y el Principio de Necesidad de la Pena.

Analizar esto nos lleva inevitablemente a referirnos a la Pena, que como sabemos, es sin duda la más concreta aplicación del Poder del Estado y del Derecho Penal, y por supuesto al análisis de las “Garantías Penales Mínimas”<sup>100</sup> que vienen a constituirse en una barrera y en un freno para evitar los abusos del Poder Estatal, es así que al mismo tiempo estas se constituyen en un lineamiento o directriz a seguir para todo el aparataje del Estado. Es precisamente esto lo que genera la imperiosa necesidad de que este apartado verse sobre los límites del Poder de Sancionar conductas por parte del Estado, es decir los Principios Jurídico Penales de: Necesidad de la Pena, Responsabilidad y Proporcionalidad de la Pena, y su relación con la Proposición y Conspiración.-

#### 4.1.1.3.7.1. GENERALIDADES.

Para realizar un adecuado estudio y análisis de las figuras de Proposición y Conspiración, también es preciso el hacer alusión a la importancia del Principio de Proporcionalidad de la Pena<sup>101</sup>, que sin duda alguna, resulta innegable para el Derecho Penal moderno, sobre todo se debe tener presente como regulador de la política, tanto Criminal como Penal, convirtiéndose en una restricción de los excesos en que pudieran incurrir las actuaciones de los poderes públicos sobre la esfera de los derechos e intereses del individuo.<sup>102</sup>

Este Principio guarda una innegable relación con el **Principio de Necesidad o Utilidad de la Pena**, así diremos: ***“Que este es una directriz***

---

<sup>100</sup> Las garantías penales mínimas son definidas a nivel doctrinal como los límites y fundamentos del “Poder Sancionador” del Estado y de su facultad de “Prohibir Conductas”, entre ellos ocupan un lugar preponderante los Principios del Derecho Penal.

<sup>101</sup> Así... véase la Exposición de Motivos del Código Penal: **“...Dentro de este principio (se hace alusión al Principio de Necesidad de la Pena), se hace referencia también al Principio de Proporcionalidad de la Pena, de acuerdo al cual, la Pena debe ser proporcional a la gravedad del hecho, tanto por su jerarquía respecto al bien jurídico afectado, como por la intensidad del ataque al mismo.”**

<sup>102</sup> Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley de Emergencia Nacional contra la Delincuencia y el Crimen Organizado, publicaciones especiales N° 23 de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador 1997, Pág. 94 a 95.

***según la cual sólo se pueden imponer penas y medidas de seguridad según el caso, cuando sean imperiosas para restablecer el orden jurídico-social, lo que se denomina armonía o paz social***<sup>103</sup>.

Así pues, deberá analizarse el Principio de Proporcionalidad desde un punto de vista diverso de su relación con el Principio de Culpabilidad, desde donde es la concreción o manifestación de la garantía de culpabilidad.<sup>104</sup>

Así la Proporcionalidad, ha de examinarse en la dimensión de la proporción que debe guardarse entre el injusto culpable y la dosimetría de la pena. Para ello deben tomarse en cuenta dos grandes aspectos:

**a. La Proporcionalidad de la pena en sentido Abstracto, y**

**b. La Proporcionalidad de la Pena en concreto.**

Es el primero, el que más interesa y conviene analizar, para efectos de la investigación, pues en este sentido está vinculado a la proporcionalidad que debe existir, en la configuración del tipo penal, en cuanto a la dosimetría de la pena abstracta, es decir, que no puede permitirse que el legisferante cree tipos penales y les sancione sin la debida relación entre la gravedad del hecho y la de la pena, es decir sin tener en cuenta la lesividad de la acción u omisión, ya sea por su resultado lesivo o por la inminencia del peligro que represente la conducta, a la hora de establecer el marco penal.

Conviene para la comprensión del citado Principio de Proporcionalidad de la Pena, el revisar lo referente a la definición doctrinal de este Principio

---

<sup>103</sup> Art. 5 Código Penal de El Salvador vigente.

<sup>104</sup> En tal sentido confrontar: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, Derecho Penal (Parte General) segunda Edición Corregida, pp.70; MAURACH REINHART, Zipf Heinz, Derecho Penal (Parte General) Tomo I Teoría General del Hecho Punible, Traducción de la Séptima Edición por Jorge BOFILL GENZCH y Enrique AIMONE GIBSON, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1994, pp. 594; VELASQUEZ V. Fernando, Derecho Penal, tercera Edición, Santa Fe de Bogota, Colombia, 1997pp. 28; COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTON, Tomas S., Derecho Penal (Parte General), Cuarta Edición, conforme al código Penal de 1995, Tirant lo Blach, Valencia, España.

Jurídico Penal y su alcance en los ya citados momentos de la Determinación de la pena, pues es en estos en los que ha de manifestarse, tanto en sentido Abstracto como en Concreto.-

#### 4.1.1.3.7.2 DEFINICIÓN.

Para la mejor comprensión de este Principio conviene Delimitarlo Conceptualmente, tarea nada fácil pues la mayoría de autores, al referirse a este Principio, parte de la base de su importancia y necesidad como límite del poder penal y no definen lo que es la **Proporcionalidad**.

En tal sentido, es fácil decir que la graduación de la Penalidad está sustentada en la necesidad de que exista una relación de proporcionalidad entre el hecho y la pena, desde la premisa de que ni la sociedad genera el mismo desvalor ante las diferentes formas que puede adoptar el ataque frente a los Bienes Jurídicos protegidos por el Derecho Penal, ni incluso los ataques posibles a un mismo tipo de bien protegido penalmente tienen la misma importancia social.

Por ello, afirma la doctrina, ***la Medida de la Pena se establece en atención a los criterios siguientes***, si es que ha de existir Proporcionalidad:

**a) La Trascendencia del hecho conceptuado como delito**, que es un valor cambiante a lo largo de la historia, por lo que el Derecho Penal y el Sistema Penal deben de adaptarse a la mutabilidad de tales valores.

**b) La Relevancia del Bien Jurídico Afectado**, que idénticamente puede ser cambiante en virtud de la naturaleza variable de las Sociedades Humanas.

**c) La Naturaleza y Alcance del Ataque**, y es que debe considerarse de forma muy especial, si se trata de una acción lesiva consumada, tentada o de un acto de preparación, lo que implica por sí diversos problemas de prueba pues estamos ante discordancias entre el ánimo del sujeto y sus

acciones objetivas, así puede ser una destrucción o lesión del Bien Jurídico Penal, una puesta en riesgo efectivo o un principio de ejecución equivoco.

**d) Grado de Culpabilidad del infractor de la Norma penal (autor del delito o falta),** Quizás el aspecto más complejo y sobre el cual bien podría escribirse una obra completa; pues el contenido de la Culpabilidad es algo que la Doctrina aun discute. Pero en términos generales se acepta que se refiere al Grado de Comprensión del Ilícito Penal, la Posibilidad de Exigir un Actuar diferente y al Juicio de disvalor o Reproche que realiza la Sociedad sobre el autor o Delincuente.-

Lo anterior aun no nos resuelve la duda:

### **¿QUÉ ES LA PROPORCIONALIDAD?**

Para dar respuesta a esta interrogante, debemos primero definirlo para lo cual citamos la definición que brinda el Diccionario de la Real Academia Española, así: ***“La Proporcionalidad, es la existencia de una equivalencia entre las partes de un todo” o “la adecuada equivalencia en el uso de medios, instrumentos y mecanismos entre los elementos intervinientes en una relación de causa y efecto (acción y reacción), así entre cualesquiera A y B, para lograr los fines presupuestados en la relación”.***<sup>105</sup>

A la luz de esta idea, muy simple en realidad, es posible extraer algunos puntos que nos serán muy útiles para elaborar una definición del Principio de Proporcionalidad de la Pena, y exponer los requisitos de la Proporcionalidad:

La Presente definición es de propia de los Autores de esta Obra.

---

<sup>105</sup> La Presente definición es de propia de los Autores de esta Obra.

**1. La existencia de una Relación**, en este caso la relación es la que existe entre el acto ilícito (Delito o falta) y la Sanción Penal (ya sea la Pena o la Medida de Seguridad).

**2. La equivalencia entre la acción y la reacción**, es decir, que si el delito es la acción y la pena la lógica reacción por parte del Estado, esta respuesta ha de ser equiparable o equivalente a aquella. En tal sentido siendo el delito un ataque contra un bien jurídico ajeno al agresor, la pena ha de conllevar una restricción a uno o más bienes jurídicos del mismo.

**3. La búsqueda de fines con la respuesta**, es decir que desde que se crea la relación esta ha de tener una finalidad y es en atención a esta que se orienta la respuesta y por ende ha de guardarse un irrestricto respeto a esa equivalencia que permita lograr la prefijada finalidad.

Desde esta perspectiva, es posible definir al **Principio de Proporcionalidad de la Pena**, como:

**“La directriz Jurídico Penal que informa al Sistema Penal en su conjunto, según la cual la Pena ha de ser una retribución directamente equivalente a la Gravedad del delito, la Relevancia del Bien Jurídico, la Naturaleza y el Alcance del Ataque, y el Grado de Culpabilidad del Autor del mismo”.**<sup>106</sup>

Con esta base es posible que se establezca cuáles son los Fundamentos del Principio de Proporcionalidad de la Pena: La definición es una idea propia de los autores de esta obra.

**1° La Idoneidad de los medios utilizados**, los cuales deben razonablemente garantizar el fin propuesto.

---

<sup>106</sup> La definición es una idea propia de los autores de esta obra.

**2° La Necesidad de los medios elegidos;** lo que indica la ponderación entre el medio que restringirá los derechos fundamentales, el cual debe alcanzar la finalidad con el menor grado de lesividad de los deberes y libertades personales; y la conducta que se pretende sancionar.

**3° La Ponderación de intereses o Proporcionalidad en sentido estricto,** que determina una relación equitativa de la medida a tomar con respecto al bien jurídico que se tutela.

Con estas ideas en mente pasaremos a analizar los Alcances de este Principio en cuanto a su papel de Limitar el Poder Sancionatorio del Estado.

#### **4.1.1.3.7.3 ALCANCES.**

Ya se ha dicho, que la actividad del Estado en lo que al ejercicio del Ius Puniendi (Derecho Penal) tiene dos grandes fases la primera que se refiere a la Prohibición de Conductas Lesivas o Atentatorias para los Bienes Jurídicos (y constituyó el objeto de estudio del Capítulo Precedente) y la segunda que es la que se refiere a la Sanción de las Conductas Lesivas o Atentatorias para los Bienes Jurídicos, ambas limitadas por una serie de Dogmas Jurídicos (Principios, Derechos y Garantías, entre los cuales sobresalen los aquí estudiados).

Así, respecto a las Conductas Lesivas o Atentatorias para los Bienes Jurídicos es que se vuelve necesario delimitar como opera el Principio de Proporcionalidad de la Pena, para ello es conveniente tener en cuenta la Idea que el Derecho Penal actúa en diferentes momentos<sup>107</sup> y que es la forma en que se Determina o actúa la Pena, en estas lo que las estipula.

---

<sup>107</sup> La idea es una concepción expuesta por Francisco Muñoz Conde, Mercedes García Aran y Juan Bustos Ramírez entre otros al referirse a la Teoría de la Pena, y se fundamenta en las Teorías de Jescheck. Conviene aquí citar así mismo lo dicho por Jescheck, quien considera imposible la armonización de las fases y de las teorías que justifican la Pena, es por ello que habla de las “Antinomias de los Fines de la Pena” : “Los fines de la Pena son diversos y resultan incompatibles entre sí, además aun cuando de lege ferenda se aceptan

En ese orden de ideas, la Fases o Momentos de la Determinación de la Pena serían:

**a. Determinación Constitucional.-**

**b. Determinación Legal o de Amenaza.-**

**c. Determinación Judicial o de Aplicación.-**

Así los Alcances del Principio de Proporcionalidad de la Pena, tanto en sentido abstracto como concreto, ha de verse vinculado a estos momentos de la Pena, a los que se denomina doctrinariamente: **“Fases de la Determinación de la Pena”**, y que han de ser estudiados separadamente para determinar en qué consisten y cuáles son las distintas exigencias y finalidades que persigue cada una de ellas, y como se hallan indisolublemente ligadas al **“Principio de Proporcionalidad de la Pena”**, así:

#### **4.1.1.3.7.1.2 LOS ALCANCES DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA PENA EN LA DETERMINACIÓN CONSTITUCIONAL.-**

En el seno de la normativa constitucional encontramos el primer nivel del proceso de Determinación de la Pena, y en ella se ve el aspecto abstracto de la Proporcionalidad de la Pena. Así, desde aquí se establece un marco que limita la actuación de todos los Poderes Estatales, sus funcionarios, empleados, agentes de autoridad, etc.

De tal suerte que es esta, como Norma Jurídica “Supra Lex”, la que crea el marco en que han de moverse las actuaciones de los mismos; así es requisito para la validez de sus actuaciones el apego a los preceptos,

---

únicamente los fines preventivos especiales, esto no implica que de lege lata no se acepten los demás y aun que en la praxis, no se utilice a la pena en la búsqueda de fines diversos a estos...”, JESCHECK, H. H. “Lehrburch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 4º edición, 1988, Pág. 784 y ss.



principios y valores que establece la Constitución como “Piedra Fundante” del Sistema Jurídico.

La función limitadora del poder Estatal y del Poder Penal - el *ius Puniendi* Estatal – en particular, que realiza la Constitución de la Republica, mediante el correcto uso de los Principios que emanan de la Carta Política, ya ha sido reconocida por el máximo Tribunal Constitucional, La Sala de lo Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia. Quien ha indicado que la preeminencia en el orden jurídico de los Principios que gobiernan la organización del Estado de El Salvador, es de imperativo e irrestricto cumplimiento.

A tal efecto, se ha expresado, por la Sala de lo Constitucional, que la Constitución es más que una Ley Superior, y que en consecuencia es la Base y Marco de todo el ordenamiento Jurídico a través de los Principios rectores o “**Verdades Fundantes**”<sup>108</sup> que informan al Constitucionalismo, teniendo como centro y fin de toda la actividad Estatal al ser humano – La Persona Humana en palabras del Constituyente-.<sup>109</sup>

---

<sup>108</sup> REALE, Miguel “*Introducción al Estudio del Derecho*”, (1989), Traducción de Jaime Brufan Prats, Novena Edición, Editorial Pirámide, Madrid, España, Pág. 139.

<sup>109</sup> Literalmente lo expresado por el Legislador, y cito tal cual en lo pertinente: “(...) Aunado a lo anterior es imperativo reconocer que la Constitución no es una mera Ley fundante o Ley Superior sino que además se trata de un conjunto normativo que ha optado por una serie de principios propios de las tradiciones del Constitucionalismo; constituyendo, en consecuencia, un orden normativo que si bien es ideológicamente neutral, no es neutral ante tales principios. Ello significa que la Constitución no es la mera codificación de la estructura política superior del Estado Salvadoreño; sino que lo hace a partir de un determinado supuesto y con un determinado contenido. Ese supuesto radica en la Soberanía Popular o poder constituyente del Pueblo – art. 83 Cn. – y su contenido está integrado esencial y básicamente por el reconocimiento de la persona humana como origen y fin de la actividad del Estado – Art. 1 Cn. –, lo que conlleva la búsqueda por la efectiva y real vigencia de los Derechos fundamentales de la Persona.” CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE LO CONSTITUCIONAL, “Sentencia de Inconstitucionalidad de los Arts. 2 Inc. 2° y 4°, 4, 6, 12, 14 Inc. 1°, 15 y 22 de la Ley Transitoria de Emergencia contra la Delincuencia y el Crimen Organizado”. Publicaciones Especiales N° 23 de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, El Salvador, 1997. Pág. 72; en lo sucesivo citase como Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley de Emergencia.

Para reafirmar su postura la Sala de lo Constitucional, en su momento recurrió a la célebre argumentación del Juez Marshall – celebre juez norteamericano, quien hace ver el Carácter de Supremacía de la Norma Jurídica Constitucional al resolver el famoso caso Madison vrs. Madburi, dejando en claro que la Constitución es la base de todo el ordenamiento jurídico, y, que por tanto, debe someterse a ella, todas las actuaciones de los entes Estatales.

Así mismo, que se halla a su vez, por sobre todas las otras normas, siendo imperativa su aplicación con preferencia a otra norma jurídica si entrasen en conflicto (recuérdese la pirámide de Kelsen, donde la Constitución es el asiento y el vértice) – en el sentido de que la norma suprema subyuga a todo el ordenamiento jurídico y por ende a todos los poderes u órganos del Estado.<sup>110</sup>

Con respecto a la pena, esto reviste especial importancia, así es la Norma Constitucional la que define ciertos límites – que configuran la Proporcionalidad de la Pena en sentido abstracto, pues en ella se contiene la Idoneidad de Medios, que se seleccionan para la sanción de los delitos y las faltas – que no pueden excederse en los momentos o fases posteriores de la determinación de la Pena.

La Jurisprudencia Constitucional, a tal efecto, ha señalado que la actividad estatal en su conjunto – y principalmente en el ámbito penal – ha de someterse a los dictados que impone la Constitución en materia de Principios Fundamentales, y en tal sentido descendiendo al ámbito penal se ha

---

<sup>110</sup> La cita literal de lo expuesto por el Juez Chief Justice Marshall, en el caso Madison vrs. Madburi reza: ***“La Constitución es o bien una ley suprema, inmodificable por medios ordinarios, o bien esta al mismo nivel de los actos legislativos ordinarios y, al igual que otras leyes, es modificable cuando la legislatura quiera modificarla (...). Si la Primera parte de la alternativa es exacta, entonces un acto legislativo contrario a la constitución no es ley; si la última parte es exacta, entonces las constituciones escritas son tentativas absurdas, por parte de los pueblos, de limitar un poder que es ilimitado por su propia naturaleza.”*** CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley de Emergencia, Ob.Cit. Pág. 71.

señalado la vinculación de control limitativo de los Principios Constitucionales en esta esfera, indicando como axiomas rectores a ser observados:

1. El de Configuración de un Estado Constitucional de Derecho y Citando a Pérez Luño ha indicado como presupuestos del mismo: “La Limitación de la actividad de los órganos del poder por la Constitucionalidad y la Legalidad; la Garantía por parte de esta de los Derechos Fundamentales; y la Teoría del Control Jurisdiccional de toda actividad del Estado.”

2. El Principio de respeto a la dignidad humana, como idea central de la Constitución, del cual citando a Legaz Lacambra se dice que: “significa dos cosas: una que el derecho. Es obra del hombre; y otra, que el Derecho está al servicio del Hombre.”

3. El Principio de Bien Común, el cual se entiende en palabras del alto Tribunal citando un Precepto de inconstitucionalidad: “radica en el justo equilibrio entre interés individual e interés social, sin que ninguno de ellos sea desproporcionado no importando los fines que se pretendan alcanzar.”

4. La vigencia del **Principio de Proporcionalidad en materia sancionatoria** – no limitándose esto al Derecho Penal, sino abarcando al derecho. Administrativo Sancionador – el cual se traduce en materia penal – con cita de González Cuellar – en:

“La restricción de los excesos en que pudieran incurrir las actuaciones de los Poderes Públicos sobre la esfera de Derechos e intereses del individuo”.<sup>111</sup>

Fija en tal sentido, nuestra **Carta Magna** una directriz clara al establecer en su artículo 1, que **“la Persona Humana es el Origen y Fin de la**

---

<sup>111</sup> Las comillas y el subrayado son de los autores y responden a las citas literales realizadas por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en el marco de la Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley de Emergencia... Ob.Cit. pp. 94 a 95.

**Actividad del Estado”<sup>112</sup>** lo que implica que el Estado Salvadoreño se perfila como un Estado de corte humanista y personalista. Es decir, que su actividad se orienta a permitir la superación del individuo, en todos los aspectos de la actividad humana. Esta orientación humanista y Personalista es la que genera la adopción de una Finalidad de Prevención en el texto mismo de nuestra Constitución, el Art. 27, estipula que la ejecución de la Pena ha de buscar: **“la corrección, reeducación y formación de hábitos de trabajo en el condenado, procurando su readaptación y la prevención de delitos”**.

De allí, se parte para afirmar que si bien es cierto que en la búsqueda de la Armonía y la Paz Social, se deben emplear por parte del Estado las medidas más eficaces y eficientes – entre ellas, como **Última Ratio**, el Derecho Penal, y por lógica la Pena – para la Prevención de Conflictos y/o su adecuada solución, no es menos cierta la afirmación de que tales metas se circunscriben a que la actividad estatal se someta al cumplimiento exacto de la Constitución, por ende al respeto de la dignidad del ser humano y su natural desarrollo, y a la estricta legalidad. Así, en nuestra área de estudio, la Prevención del Delito, su Persecución y Sanción (evitando la impunidad), así como la Rehabilitación, Reeducación y Reinserción Social posterior del delincuente (condenado) a la Sociedad.

Por tanto, resulta lógico el concluir que la actividad del Poder Constituyente, incluye, o afecta mejor dicho, la determinación de la Pena. Al establecer criterios de medición de la Proporción de la Pena, la cual ha de

---

<sup>112</sup> En tal sentido ... **“(…) de modo figurado la Constitución habla de los fines del Estado (...), ya que estos “fines” solo pueden tener como último objetivo la realización de los fines éticos de la persona humana; por tanto, los órganos estatales no deben perder de vista que su actividad siempre debe orientarse a la realización de la Persona Humana, tanto en su dimensión individual como social, sin anteponer a este objetivo supremo, supuestos “fines” de la colectividad, como conjunto orgánico, o del estado como ente superior a aquella, pues en este caso su actuación devendría en inconstitucional por vulnerar el Art. 1.”** CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de 19-VII-96, Inc. 1-92.

consistir en una “fuerza” o coacción necesaria para lograr los fines propuestos, sin desestimar a la persona.

Ya que es la Normativa Constitucional la que contiene la **“Prima Facie”** de la Determinación de la Pena, ya que establece un marco concreto al fijar prohibiciones, expresas, para los Poderes u Órganos del Estado, en tal sentido, las mismas son lo que la doctrina considera como el primer aspecto de la Proporcionalidad de la Pena, encontramos en el artículo 27 de la Constitución, la finalidad de la Pena – en general – , la cual se orienta a la **“Corrección, educación, formación de hábitos de trabajo y especialmente a la readaptación del condenado.” Además debe buscar la “Prevención del Delito”.**

Es decir, que la Constitución lo que busca es la Prevención, tanto General como Especial,<sup>113</sup> tanto en sentido positivo – que se interiorice la norma jurídica para que las personas vivan sin violentar la ley (Prevención Especial) o reinsertar al sujeto a la sociedad una vez que se haya corregido, reeducado y habituado al trabajo (Prevención Especial)–; como negativo – evitar la comisión de actos delictivos neutralizando al delincuente, ya sea a través de la intimidación por medio de la ley, en general (Prevención Especial); o a través de la aplicación de la pena al condenado, en particular, para que ya no delinca (Prevención Especial).

De allí que lo que se regula en este artículo es la Proporcionalidad de la Pena en Abstracto, pues ya se ha delimitado los medios idóneos, al desterrar del Sistema Jurídico Penal las Penas Perpetuas, Proscriptivas, Infamantes, el

---

<sup>113</sup> En este punto la Sala de lo Constitucional ha dicho: **“(...) la pena en nuestro marco constitucional ejerce una función su carácter principalmente utilitario, pues busca en primer lugar la resocialización del delincuente. Tal es el fin determinante al servicio del cual se ubica la Pena, entendida la resocialización (...) no como sustitución coactiva de los valores del sujeto, no como manipulación de su personalidad, sino como un intento de ampliar la posibilidad de la Participación en la vida social, una oferta de alternativas al comportamiento criminal.”** Corte Suprema de Justicia de la Sala de lo Constitucional, de fecha 14- II -97, Inc. 15-96.

uso indiscriminado de la Pena de Muerte y la Aplicación de Tormentos o Torturas de cualquier índole.

#### **4.1.1.3.7.3.1 LOS ALCANCES DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA PENA EN LA DETERMINACIÓN LEGAL.-**

Desde esta óptica la Proporcionalidad de la Pena en abstracto se manifiesta así mismo en la fase de la Determinación legal o **“Amenaza”**, que es el momento legislativo, en que se “crea” el Delito y se establece una **“Poena Spei”** (esperanza de Pena), persigue un fin Preventivo General, ya que a través de la Amenaza, Abstracta e Impersonal, de una Pena Concreta se trata de intimidar a los sujetos destinatarios de la norma Jurídica para que se abstengan de delinquir.

En tal sentido, las exigencias preventivo generales se satisfacen por medio del establecimiento de una **“Poena Spei”** – Esperanza de Pena –, ya que se está prefijando la respuesta que podría tener de parte del Estado por la conducta realizada, con miras a intimidar a la población para que **“no delinca”**. Esta respuesta, que podría variar en su contenido según estemos ante un Sistema de Determinación de la Pena, de carácter Absolutamente Pre-determinado o Sistema de Pena Fija<sup>114</sup> o ante un Sistema de Pena Indeterminada.

Total o Relativamente – no puede establecerse de manera antojadiza de parte del Legislador – que es el único al que se le franquea este poder-deber – sino que debe, o debiera, obedecer a una valoración de Política

---

<sup>114</sup> En este punto, es conveniente valorar si no se aplica en realidad una Pena Fija con la existencia de disposiciones como la que establece la Penalidad en caso de la Penalidad del Delito Masa y del Delito Continuado, así como en los casos que señala la legislación militar en que procede la aplicación de la pena de muerte; figuras que reducen la función del juez a un mero aplicar de la Ley imposibilitándolo de valorar la Pena a imponer en el caso en concreto. Véase para mejor comprensión los arts. 72 Penalidad del Delito Continuado y 73 Penalidad del Delito Masa y los Arts. Pertinentes del Código de Justicia Militar.

Criminal Científica y Criminológica sobre los siguientes aspectos, cuando menos:

1. **LA RELEVANCIA DEL BIEN JURÍDICO A TUTELAR**, de más está el explicar que el Código Penal se halla sistematizado en su parte especial en atención precisamente a la importancia que se le da a cada uno de los bienes objeto de tutela jurídico-penal, de allí que su tratamiento sea desigual;
2. **LA NECESARIEDAD DE LA CRIMINALIZACIÓN**, es decir, que ya se halla probado que no es posible darle solución al conflicto por medio de otra rama del ordenamiento jurídico, esto que obedece al carácter fragmentario del Derecho Penal y su carácter de “Ultima Ratio” no debe obviarse por el legisferante no obstante, en la actualidad se han dado una serie de contrarreformas al Código Penal tendiente a la criminalización y sanción de conductas que bien podrían ser tratadas – y quizás de mejor manera - por el Derecho Administrativo Sancionador;
3. **LA LESIVIDAD DE LA CONDUCTA**, aplicación obligatoria del Principio que dice que solamente pueden ser delito aquellas conductas lesivas<sup>115</sup> – Principio de Lesividad, art. 3 CPn.-;
4. **LA APLICACIÓN INCONDICIONAL DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD**, esto habría que valorarlo en casos como el del Art. 149 en relación al 150 (Secuestro y Agravación de los Delitos de Privación de Libertad) y si el Marco Penal que establece la reforma<sup>116</sup>, que incrementa la pena entre treinta a cuarenta y cinco años de prisión,

---

<sup>115</sup> Recordemos que en el marco del Derecho Penal de Actor, solo son punibles los Actos - acciones u omisiones – Lesivas o Atentatorias para un bien Jurídico, excluyendo el pensamiento, como ya se ha señalado previamente en esta obra. Ver capítulos 1 y 3.

<sup>116</sup> La reforma del artículo 149 del Código Penal está incluida en un paquete de contrarreformas, emitidas mediante el Decreto Legislativo de fecha dieciocho de julio de dos mil uno, publicado en el Diario Oficial número ciento cuarenta y cuatro, tomo 352, del treinta y uno de julio de dos mil uno.

la cual puede agravarse de cuarenta y cinco a sesenta años de prisión y prohíbe la libertad condicional, imponiendo el cumplimiento total de la pena, habiendo que valorar se cumple los requisitos del principio de Proporcionalidad anteriormente mencionados.

En este momento también deben establecerse la penalidad abstracta de los amplificadores del tipo, es decir la diferenciación de la Penalidad según se trate de un Autor o un Participe, o si se trata de un delito consumado o una tentativa, pues estas diferencias forjarán una clara diferencia en la **Penalidad Concreta a imponer**, estamos ante una manifestación del Principio de Proporcionalidad de la Pena en el Plano Abstracto, entendemos que la citada reforma es, además de excesiva, contraria a los fines de la pena que estatuye el artículo 27 Cn.

Cabe preguntarse ¿Cuál es la oportunidad de resocialización de los condenados a sesenta o setenta años?, y además, es una manifestación implícita de una pena perpetua, al negar la posibilidad de subrogados Penales, siendo que la prisión perpetua, formal o material, esta proscrita de nuestra Constitución.

Esta idea nos permite establecer que en este momento de la determinación de la Pena encontramos dos sub-fases, fruto de la **Proporcionalidad de la Pena**, en su fase abstracta: La “Determinación Legal Abstracta del Marco Penal”, que vendría a ser la pena señalada en el artículo para cada delito, lo que se conoce como “**Marco Penal**” o “**Ámbito de Juego**”, y, la “Determinación Legal Concreta del Marco Penal”, que es la adecuación legal más apropiada para el caso en concreto, la cual puede suponer varias posibilidades:

**a. Según la relación con el fin del autor (el grado de desarrollo del delito):**



1. Penalidad del delito consumado, que sería la que fija cada tipo penal,
2. Penalidad del delito tentado (art. 24) art.68 C.Pn.

**b. Según el dominio de la acción por parte del actor (del delito) (el grado de participación):**

1. Penalidad del Autor, Directo (Inmediato art. 33 C.Pn.) o Indirecto (Mediato art. 34 C.Pn.); Coautor (art. 33 C.Pn.) o Instigador, (art. 35 C.Pn.) art. 66 C. Pn.
2. Penalidad del Cómplice (art. 36):
  - 2.1. Necesario, art. 66, en relación al numeral 1 del art. 36.
  - 2.2 Accidental, art. 66, en relación al numeral 2 del art. 36.

**c. Según su comprensión del carácter ilícito:**

1. Error Vencible de Prohibición (art. 28 inc. 2º) art. 69.

Es posible advertir con facilidad que es en relación a los ya citados aspectos que implica la Proporcionalidad de la Pena, que se da esta redefinición del Marco Penal, pues no sería equivalente la cuantía de la pena si fuese igual en todos estos casos. Aclarando, por supuesto, que esta labor la realiza el legislador en el plano de las posibilidades abstractas en atención a los criterios ya mencionados, pero será labor del Juzgador el realizar el juicio de Subsunción, para decidir: ¿Cuáles de dichas reglas deben aplicarse, para concretizar este marco penal al caso en concreto que se juzgue?

**4.1.1.3.7.4.1 LOS ALCANCES DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA PENA EN LA DETERMINACIÓN JUDICIAL.-**

Es en tal sentido que llegamos al análisis de esta fase, que también podemos denominar: **“De la Concreción o Aplicación”** – siguiendo a Schmidhäuser –, tiene lugar en el marco del Proceso Penal y es lo que

llamamos **“Individualización Judicial de la Pena”** o **“Individualización de la Pena”**, tarea que recae sobre el **Tribunal de Sentencia**. Se concretiza en la Sentencia cuando el Juzgador decide y fija la pena en función de las características concretas y particulares del caso.

No puede negarse, entonces, que es en este momento más claramente se aplica el Principio de Proporcionalidad de la Pena, a la hora de seleccionar la Clase, Especie y por supuesto la Cuantía de la Pena que se va a imponer, es la **Proporcionalidad en Concreto**. Pero como ya se dejó en claro anteriormente la indisoluble relación que deben guardar los fines de la pena y la Proporcionalidad de la misma, antes de entrar al análisis de **¿Cómo se aplica la misma en esta Fase?**, debemos establecer cuál es la Finalidad que ella persigue.

Y con respecto a este punto existe aún – al menos en el plano doctrinal – una discusión acerca de **¿Cuál es la finalidad que se persigue en ella?**

Se discute, en tal sentido, si es la Prevención Especial – que algunos autores como García Aran, le atribuyen – o la Retribución – que otros como Gómez de la Torre, le asignan –. La discusión se puede sintetizar en las posturas de quienes la consideran una retribución, pues en ella se le devuelve al condenado el mal –ilegitimo- causado con un mal – legítimo e institucionalizado –; mientras otros le atribuyen un fin preventivo especial, algunos en sentido negativo – inocular al delincuente para que ya no delinca – y otros en sentido preventivo general, dado que el sometimiento coactivo a un proceso penal lleva implícito un efecto intimidatorio derivado de sus negativas implicaciones sociales – Rechazo o marginación, Estereotipo. Etiquetamiento, entre otras –. No obstante, lo válidos – adecuados a la realidad – que son los argumentos esgrimidos por los autores, en cada una de estas posiciones doctrinales, lo importante es establecer, que no es lo

mismo el fin que se pretende con la sanción que la esencia o naturaleza o esencia de esta.

En tal sentido, es innegable que desde el momento en que tenemos a la culpabilidad del sujeto por un lado y a la pena por el otro como respuesta proporcionalmente graduada con base a ella, estamos ante una retribución en esencia, es decir que la Individualización de la pena, es eminentemente retributiva en su naturaleza – en ello consiste en realidad la Proporcionalidad de la Pena –, pero ello por sí mismo no implica que este sea el fin buscado por el juzgador, pues el intenta – o por lo menos “debería hacerlo” – corregir al condenado, imponiéndole la pena (clase, especie y cuantía) que logre reeducarlo y luego readaptarlo a la sociedad.

Por tanto, considerar que la individualización de la pena por parte del juzgador es una tarea encaminada a un fin retribucionista sería – en opinión de los autores de esta obra – admitir un retroceso en el avance del Derecho Penal, así que resulta más adecuada aceptar una Finalidad Preventivo-Especial, tanto negativa como positiva, en esta fase Determinativa de la Pena. No menos errado sería que se aceptasen las ideas que propugnan una finalidad Preventivo General, pues se amparan en circunstancias sociales, ajenas al proceso Penal y fuera del control del Juez.

Así, retomaremos para reafirmar esta posición lo dicho por el Maestro Jiménez de Asúa: ***“El que la aplicación de la pena produzca efectos preventivos generales no quiere decir que estos deban ser buscados por el Juez”***. Y según García Aran: ***“La búsqueda de la Prevención General no es tarea del Juez, esta opción podría desnaturalizar la Función del Juez, ya que mientras la prevención general es una***

***finalidad del Legisferante, la del Juez es una actividad guiada a la Prevención Especial, a través de la Retribución.***<sup>117</sup>

Ahora bien, independientemente de cual sea – la finalidad – que aceptemos, se persigue en esta fase – cuya decisión diferiremos por ahora –, lo cierto es que para que se cumpla, se exigen dos requisitos o condiciones:

**1. La fundamentación de la Sentencia y de la Proporcionalidad de la Pena.**

**2. La justificación de la Necesidad (utilidad) o de la Innecesaridad o inconveniencia de la ejecución de la Pena, principalmente en los casos de Penas cortas o demasiado largas.**

Veamos, estos aspectos separadamente:

**1. La fundamentación de la Sentencia**, comprende el detalle o exposición clara – de más está el hacer ver que en muchos juzgados esta tarea se reduce a la mera cita o mención de artículos – de las razones que llevan a tener por comprobadas los siguientes aspectos:

**a. La Existencia del Delito:**

Aceptar la existencia del delito, conlleva un análisis Dogmático-Jurídico del Sustrato Factico-jurídico expuesto, lo que se denomina proceso de calificación jurídica, que implica la comprobación de la existencia de las características dogmáticas del Delito: Acción Humana Típica, Antijurídica y Culpable, y por ende la ausencia de la faz negativa de las mismas,

**b. La Autoría del Imputado:**

Afirmar que él, hasta aquí, imputado ha participado en la comisión de la Acción típicamente antijurídica y culpable que se atribuye –ya sea como

---

<sup>117</sup> MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, GARCÍA ARAN, MERCEDES, (1996). ***“Derecho Penal Parte General”***, 2º Edición, Tirant lo Blanch, España.

Autor o participe – requiere la previa destrucción de la Presunción de Inocencia, art. 12 Cn.; pues esta es una garantía de rango Constitucional que lo protege del Arbitrio Estatal, además recuérdese, que la efectiva destrucción de la *Iuris Tantum* de Inocencia es el requisito *sine qua non* de la Sentencia Condenatoria.

### **c. Las Consideraciones sobre la Dosimetría de la Pena:**

Finalmente, el Juzgador realiza y - debe exponerlas en la Sentencia - las reflexiones acerca de la Dosimetría de la Pena, que justifican el **Quantum** que va a imponer al, desde allí, condenado. A tal efecto resultaran de gran importancia, para la labor de Individualización de la Pena, dos aspectos primordialmente:

- a) El Desvalor del Hecho, y
- b) La Culpabilidad del Sujeto.

Los cuales se han de determinar con base a la prueba que se ha presentado en juicio y conllevan el análisis de lo dispuesto en el artículo 62 y 63 del Código Penal.

Es aquí, donde se aplica lo que se conoce como la “**Facultad o Potestad Discrecional Jurídicamente Vinculada del Juez**” que evita la actuación arbitraria del Juzgador, cuyos límites los constituyen precisamente la Determinación Constitucional y la Determinación Legal de la Pena. En tal sentido, los criterios, que la Constitución y la ley establecen, en nuestro caso particular son: el art. 27 Inc. 2º y 3º de la Cn. y los arts. 4, 5, 62 y 63 del Código Penal.

Aspectos como el Principio de Culpabilidad, principalmente en lo referente a la Responsabilidad por el Hecho<sup>118</sup>, que se constituye en un límite y fundamento de la Pena, han de ser analizados con sumo cuidado. Es durante esta fase que el Juzgador debe adecuar las reglas abstractas que fija el legislador a la realidad concreta del delincuente, este proceso – como ya se ha indicado previamente- se realizaría en tres momentos:

**1°. Determinando la Clase de Pena**, es decir determinar si se aplica una Pena Privativa de libertad, Restrictiva de esta o bien Restrictiva de otro Derecho – Libertad Laboral o Pecuniaria, por ejemplo – (esto solamente cuando sea posible que lo decida el juez); y

**2°. Determinar cuál es la Especie de Pena que es procedente aplicar**, ya sea una pena de Prisión o de Arresto Domiciliar (especies de penas privativas de libertad) o una pena de Arresto de Fin de Semana (especie de pena restrictiva de libertad) o bien Multa o Trabajo de Utilidad pública (especies de penas restrictivas de otros derechos), siempre en los casos en que tal decisión quede en la voluntad del juez, como en los casos en que se reemplaza la pena (art. 74 Pn.), o si se trata de una pena alternativa.

**3°. Y por último fijar el Quantum de la Pena**, es decir cuánto será su Duración Temporal o Cuantía (en el caso de la Pena Pecuniaria) lo que debe hacerse con irrestricto respeto del Principio de Proporcionalidad de la Pena.

**2. La justificación de la Necesidad (utilidad) o de la Innecesidad o inconveniencia de la ejecución de la Pena, principalmente en los casos de Penas cortas o demasiado largas**, comprende la exposición de las razones por las cuales el juzgador si es o no necesario hacer uso de la pena y/o de su ejecución, es decir, en palabras de Hassemmer: "...La necesidad de la Pena es la reflexión de si esta es útil para reestablecer el orden y la

---

<sup>118</sup> Sobre este punto resulta interesante lo Expuesto por ZIFFER, Patricia S. "Consideraciones acerca de la Problemática de la Individualización de la Pena", en la obra colectiva la Determinación de la Pena, Pág. 89 y ss.

armonía social y para reinsertar al condenado a la sociedad, una vez que ha entendido su “error” y ha interiorizado los valores de la “colectividad”.

En el caso de que lo anterior no sea posible, es que el Juez deberá aplicar el artículo 5 “Principio de Necesidad de la Pena” y buscar otra salida distinta a la ejecución de la pena o aun distinta a la imposición de la misma, será en este momento que el Juzgador se pronuncia sobre la aplicación de alguna de las instituciones del Capítulo IV, libro Primero del Código Penal, Formas Sustitutivas de la Pena de Prisión, ya sea a través del Reemplazo de la misma – art. 74-76 C. Pn.-, la Suspensión Condicional de la Ejecución de la misma, en cualquiera de sus dos variantes –art. 77-78 Código Penal- o bien concediendo la Gracia del Perdón Judicial –art. 82 y 372-; debiendo el fundamentar clara y precisamente las razones de tal decisión.

#### **4.1.1.4.7.2 EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA PENA Y SU RELACIÓN CON LOS DELITOS DE PROPOSICIÓN Y CONSPIRACIÓN.**

En este punto, es necesario antes de establecer si se da la Proporcionalidad de la Pena en estos casos es necesario analizar una sola de estas figuras para ejemplificar mejor la idea, que se adecua a todos los casos en que se sancione la Proposición y la Conspiración para delinquir.

Así, se analiza la figura de Proposición y Conspiración en el caso de Homicidio Agravado, artículo 129-A, ya analizado específicamente en el capítulo II de esta obra. Partimos, lógicamente de la conducta que en palabras simples es ***“el que solicitase ayuda para matar a alguien en cualquiera de las circunstancias del artículo 129 (Proposición) o quienes acordaran y planificaran la muerte de otra persona en cualquiera de las circunstancias del art. 129 (Conspiración) será sancionado con la misma pena que si hubiese consumado el homicidio agravado (con una “poena spei” de 30 a 50 años)”***.

La anterior cita, no literal por supuesto, es la definición de la conducta prohibida y de la Pena en abstracto que tiene regulada.

Para determinar si ésta es o no proporcional, es decir si se halla acorde o no con el **Principio de Proporcionalidad de la Pena**, lo primero que debe hacerse es retomar la definición de dicho Principio:

***“El Principio de Proporcionalidad es la directriz Jurídico Penal que informa al Sistema Penal en su conjunto, según la cual la Pena ha de ser una retribución directamente equivalente a la Gravedad del delito, la Relevancia del Bien Jurídico, la Naturaleza y el Alcance del Ataque, y el Grado de Culpabilidad del Autor del mismo”.***

Por ello, afirma la doctrina, ***la Medida de la Pena se establece en atención a los criterios siguientes***, si es que ha de existir Proporcionalidad:

- ***La Trascendencia del hecho conceptuado como delito***, es decir, el interés de la sociedad en el hecho delictual, para el caso en concreto se refiere a cuanto interés tiene la sociedad en evitar que la gente “proponga” delinquir o “conspire” en delinquir, esto en realidad es algo absurdo, pues la mera Proposición o Conspiración (sin futuros resultados) no puede ser del conocimiento de muchos sino únicamente de los involucrados, por lo que no puede tener relevancia social.
- ***La Relevancia del Bien Jurídico Afectado***, lo que se refiere a la valoración socio cultural que se hace del bien jurídico que protege el delito. En este caso es la Vida, no puede dudarse de la importancia de tal bien jurídico, ni de la necesidad de su protección, pero si del exceso en la intromisión penal en la vida de los ciudadanos.
- ***La Naturaleza del Ataque***, este punto es uno de los más discutidos, ya que algunos autores, los consideran delitos de peligro, lo que prácticamente justificaría su existencia. Y otros, no aceptan su autonomía



delictual sino que los consideran semejantes a los amplificadores del tipo, siendo formas imperfectas de comisión del delito, por lo que su legítima punición requiere una puesta en peligro del bien jurídico.

Como ya se indicó, en el capítulo anterior, la Proposición y Conspiración no poseen autonomía, como para considerárseles delitos de Peligro, sino que son una fase del Iter Criminis que se ha elevado a la categoría de delito y que se sancionan excepcionalmente, en tal sentido requieren para su punición **ser lesivas para el bien jurídico**, es decir deben implicar un atentado al bien jurídico que se está tutelando, en el caso en comento la vida, lo que no sucede en caso de la mera propuesta o conspiración (y en caso de que hubiesen hechos posteriores – tentativa o consumación del homicidio – la Proposición y la Conspiración se subsumirían en aquellas, quedando fuera del interés del Derecho Penal), pues estas no implican – como ya se explicó en el capítulo I de esta obra – **Actos Ejecutivos** sino meros **Actos Preparatorios**.

De allí, que podemos concluir que no puede hablarse de la Naturaleza del ataque pues no es predicable en estos casos.

- **El Alcance del Ataque**, otro punto, por demás importante en cuanto a la Proporcionalidad de la Pena es que a la hora de la Creación, Selección y Cuantificación de la Pena se debe tomar en cuenta el grado de daño o peligro que implico la conducta para el bien jurídico penal, de nuevo debe retomarse lo desarrollado en el capítulo precedente, donde se determinó el contenido de la lesividad y desde esa óptica es posible el decir, con seguridad que no existiendo ningún ataque no es posible determinar el alcance del mismo. Lo que puede hacerse y es el argumento para la existencia de estas figuras es deducir o hipotetizar el “**probable alcance**” de la Proposición o Conspiración.

Es decir, que se “**extrapola la conducta**” o lo que es lo mismo se “**presuponer que “habría” pasado...**” y por tanto, se rompe con las reglas del derecho penal de acto.

Es posible concluir, en este orden de ideas, que no se cumple con este criterio para determinar la pena. Lo que nos lleva a que se está sancionando una conducta que no es lesiva (como se explicó en el capítulo anterior) y por tanto, no existe en este punto una base para ponderar la penalidad, por tanto no es posible hablar de que exista **Proporcionalidad de la Pena**.

***El Grado de Culpabilidad del infractor de la Norma penal (autor del delito o falta,*** hacer alusión a este punto requiere realizar un breve recordatorio sobre el contenido de la culpabilidad para evaluar la presencia o no de esta conducta (proponer y/o conspirar) y es aquí donde debemos tener en cuenta que para considerar la culpabilidad se requerirá que el Grado de Comprensión del Ilícito Penal, la Posibilidad de Exigir un Actuar diferente y al Juicio de disvalor o Reproche que realiza la Sociedad sobre el autor o Delincuente. Es válido preguntarse existe proporcionalidad en la sanción de estas conductas?

***¡No existe Proporcionalidad en la penalización de las figuras de Proposición y Conspiración!***

Esta afirmación, se sustenta porque “**La ilicitud de una conducta** no radica en su contradicción con la ley escrita sino en su oposición a las ideas imperantes en la sociedad, en su oposición a lo que es valioso, y ha sido aceptado por la misma. Es decir, en su carácter de dañino, o por lo menos atentatorio para los bienes jurídicos tutelados penalmente”<sup>119</sup>.

En tal sentido **no existe ilicitud**, y sin esta sería arbitrario, por parte del Estado, el exigir que las personas se abstengan de pensar y expresar su

---

<sup>119</sup> Arrieta Gallegos, Manuel, Lecciones de Derecho Penal, 1972, Pág. 412.

pensamiento – aún si este fuere sobre un hecho delictual – ya que ello violenta el Principio – ya mencionado en esta obra – “**Cogitationis nemo Patitur**” (el Pensamiento no Delinque y no se Penaliza).

De tal forma que **no podría existir un reproche** por una conducta que aún no se ha intentado hacer, es decir que solamente se planeó y luego se exteriorizo dicho plan, (recuérdese las conclusiones del Capítulo uno de esta obra acerca de la ubicación de la Proposición y Conspiración en el Iter Criminis dentro de los Actos Preparatorios, es decir antes de que se lleve a cabo cualquier Acto Ejecutivos y aun mas de lograr la Consumación).

Realizado lo anterior, es posible y necesario el pasar al análisis sobre si las penas reguladas actualmente para las figuras de Proposición y Conspiración no obstante haber sido determinadas sin fundamento, cumplen con lo que se considera en doctrina como los **Requisitos de la Proporcionalidad:**

**1. La existencia de una Relación,** No puede negarse que formalmente existe un delito (la ley lo regula) pero como ya se ha dicho materialmente no es así pues los tipos penales en comento no presentan lesividad, ya que no son dañinas ni atentatorias. Carecen por ende de reprochabilidad (Imposición de una Sanción) y relevancia penal.

**2. La equivalencia entre la acción y la reacción,** Dentro de este punto es donde puede verse con mayor claridad la desproporcionalidad pues no podemos hablar de equivalencia entre manifestar la intención y deseo de delinquir pidiendo ayuda y/o planeando como delinquir pero sin llegar más allá y la respuesta del Estado (la Pena que efectivamente se va a imponer a

la persona) que es igual a si la conducta se hubiese consumado<sup>120</sup> por lo que no guarda la relación de equivalencia entre acción y reacción.

**3. La búsqueda de fines con la respuesta,** Desde el Punto de vista Jurídico-Constitucional el artículo 27 Cn. regula que la finalidad de la Pena es la Prevención de Delitos y la Reeducación, la Enseñanza de hábitos de trabajo, todo con la finalidad de lograr la resocialización del condenado y su ulterior reinserción a la Sociedad.

Es claro que esto no es posible con penas como las que se regulan para la Proposición y Conspiración, de igual modo resulta absurdo pensar en resocializar a una persona por un mero pensamiento que no ha generado ningún conflicto social, es claro que la finalidad que la Constitución consagra no es la que se logra con la penalización de las figuras en comento, por lo que también se incumple dicho requisito de la Proporcionalidad.

Aunque en algunos casos la pena de la Proposición y Conspiración es igual a la de la Tentativa, sigue siendo demasiado porque la conducta no es un Acto Ejecutivo, como ya se expresó ni siquiera es un Acto Preparatorio.

Pero para poder concluir que la regulación actual de las figuras de Proposición y Conspiración vulnera el Principio de Proporcionalidad de la Pena, es necesario analizar los **Fundamentos del Principio de Proporcionalidad de la Pena:**

**1° La Idoneidad de los medios utilizados,** Ya hemos determinado que las condiciones actuales no son el medio idóneo para lograr la finalidad constitucionalmente determinada para la pena.

Así, si se aceptase que las figuras, aquí estudiadas, son verdaderamente un peligro – aunque lejano – para los bienes jurídicos

---

<sup>120</sup> Aunque en algunos casos la pena de la Proposición y Conspiración es igual a la de la Tentativa, sigue siendo demasiado porque la conducta no es un **Acto Ejecutivo**, como ya se expresó ni siquiera es un **Acto Preparatorio**.

tutelados penalmente, esto no justifica la aplicación de la Pena de Prisión (la forma más violenta y aflictiva de control penal que tiene el Estado) ni la Cuantía de la misma.

**2° La Necesidad de los medios elegidos;** En igual orden de ideas, además de no ser idóneos los medios, estos son innecesarios ya que no sirven para reestablecer el orden y la armonía social – porque esta nunca se vio atacada o dañada, pues la conducta regulada (proponer y/o conspirar) no reúne los requisitos para ser lesiva<sup>121</sup>. De allí que no sea necesaria la Pena y sobre todo en la forma y cuantía en que está regulada actualmente.

**3° La Ponderación de intereses o Proporcionalidad en sentido estricto,** La ponderación de intereses hace alusión a la relevancia del bien jurídico (en el caso la vida o la libertad) y la necesidad de la tutela jurídico penal y la adecuada medida de la respuesta estatal ante un atentado o daño efectivo del mismo. En este caso, si bien es cierto que el bien jurídico es muy importante y requiere protección.

Esto no significa que pueda permitirse que el Estado se vuelva un **“Estado Ético Policial** – en palabras de Jiménez de Asúa – **que se entrometa en el pensamiento de la población, controlando toda la actividad psíquica de las personas ya que ello sería permitir el Autoritarismo“**, además la relevancia del bien jurídico debe también estar en relación como ya se dijo con la Entidad del Ataque o Daño. De tal forma que este punto también es vulnerado, por tanto no puede hablarse de que exista ponderación entre la medida (las penas de Prisión) y el bien jurídico tutelado.

Con estas ideas en mente es claro que las figuras de Proposición y Conspiración vulneran el Principio de Proporcionalidad de la Pena, pues su regulación es excesiva y tiene como único fundamento, la mayor Sanción de

---

<sup>121</sup> Véase el Capítulo anterior.

la criminalidad, a partir de infligir el mayor mal posible por el delito cometido, sin otro propósito que la exacerbación punitiva.

Lo anterior se podría justificar en un Estado autoritario, pero no en uno que se precie de ser Democrático y en el cual impera la Constitución, porque la pena, en el orden Constitucional no se vislumbra como un instrumento atormentador del ser humano, capaz de infringirle todo el mal que sea posible mediante la privación de sus derechos. Al contrario, la pena, desde la Constitución – y así, lo ha entendido la Sala de lo Constitucional – es un instrumento que se justifica esencialmente por ser una opción de rehabilitación, no pretende hacer sufrir al condenado como un acto de venganza, ni confinarlo por largo tiempo para inocularlo y apartarlo de la sociedad; la pena en suma, no es – aunque tenga por naturaleza un carácter aflictivo – un mecanismo de exclusión social, sino que aspira a ser un mecanismo integrador de la persona que ha delinquido.

En tal sentido, las penas drásticas que únicamente tienen como fundamento, generar un mayor rigor en la privación de los derechos fundamentales, desnaturalizan la misión resocializadora que la Constitución le otorga a la pena, al señalar su finalidad de readaptar a las personas y la misma protección de bienes jurídicos que tienen sentido intrínseco y extrínseco; y al alterarse esa finalidad ante penas excesivas, se transgreden los principios de dignidad humana de las penas y su función rehabilitadora, así como los principios de culpabilidad y de proporcionalidad;.

En este último caso, en su variante de prohibición de exceso que exige que las penas que se adopten sean ponderadas de acuerdo al desvalor del hecho, pero también a la culpabilidad del autor, y una pena desproporcionada rebasa la culpabilidad del justiciable la cual no es ilimitada, es por ello que penas con fines perpetuos transgreden a su vez los últimos principios citados por que el reproche por la culpabilidad queda desmedido,

contrariando la garantía de que la culpabilidad debe ser proporcionada a la pena que se imponga.

Con ello, al final se afecta también la dignidad humana, puesto que el ser humano –aunque culpable– no puede ser sometido a sanciones desproporcionadas, ello afecta la centralidad de la persona, fin primordial del Estado, por lo que la finalidad principal de la pena está centrada en el rescate de la persona, para reinsertarlo a la sociedad, cuestión que no es posible con penas severas que lo confinan en la cárcel por mucho tiempo.

## **MARCO LEGAL**

### **4.3 Base Jurídica**

#### **4.1.1.4.8 ANÁLISIS DEL MARCO DOGMÁTICO-JURÍDICO DE LAS FIGURAS DE LA PROPOSICIÓN Y CONSPIRACIÓN EN RELACIÓN A LOS DELITOS COMUNES:**

### **INTRODUCCIÓN**

El Estudio de la Proposición y Conspiración conlleva delimitarlo de forma doctrinaria, sustantiva y normativamente, al conjunto de preceptos en nuestro código penal que sancionan estas formas de manifestación del actuar humano, entendiendo por tal el conjunto de normas penales de carácter material, por medio de las cuales se regulan y se sancionan las Figuras de la Proposición y Conspiración. Conveniente se hace además, el indagar como estas figuras son reguladas en las legislaciones de otros países, tanto en su aplicación como en sus consecuencias, es decir, no solo en la existencia de la Proposición y Conspiración sino, en qué clase de delitos, las clases de penas y la proporcionalidad de las mismas.

### 3.1. MARCO DOCTRINARIO.

La consumación de un hecho punible conlleva el tránsito de diferentes estadios en la realización del comportamiento criminal; en tal sentido se expresa actualmente el inicio de realización del delito en la ideación en el sujeto activo, esto es un proceso intelectual que transita hasta la deliberación y resolución de realizar una acción, esta fase es conocida como fase interna del delito, la selección de los medios para realizar este, constituyen parte de la fase externa y a partir de los cuales se incluyen como actos preparatorios, a continuación inicia la ejecución del delito, donde se incluyen las formas imperfectas, verbigracia, Tentativa; finalmente con la producción del resultado se produce la consumación del delito al concurrir los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal y en ausencia de causas de justificación e inculpación.

Los anteriores grados constituyen lo que se conoce como *Iter Criminis* o Etapas del Delito, su importancia comienza a vislumbrarse a partir de las consecuencias jurídicas derivadas de cada una de las etapas; así para el caso, los actos internos están exentos de responsabilidad penal, la exteriorización o la realización de actos de preparación constituyen actos externos, son exentos de responsabilidad penal por regla general, por vía de excepción son sancionados.

En las denominadas formas imperfectas de realización del delito la penalidad debe ser mayor que en los actos preparatorios, pero en cuantía (esto es en cuanto pena a imponer), estos comportan una penalidad menor que los delitos consumados, el criterio que se utiliza para determinar la punición de cada uno de los diferentes estadios se explica en la menor o mayor posibilidad de lesión del bien jurídico, así en los actos preparatorios y la tentativa, que con la efectiva puesta en peligro y la consumación.



#### **4.1.1.4.8.1 NATURALEZA JURÍDICA DE LA PROPOSICIÓN Y CONSPIRACIÓN.**

El tratamiento penal de estas formas de actuar humano, ha generado diferentes posiciones en la doctrina, en relación a determinar su naturaleza, ya que al respecto existen tres posiciones, las que se desarrollan a continuación:

##### **4.1.1.4.8.1.2 MODALIDADES DE COMISIÓN DEL DELITO EN RELACIÓN AL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.**

Un sector de la doctrina que considera, que con independencia del tratamiento que el legislador establezca para sancionar o excluir penalmente una conducta, siempre se consideraran como modalidades de aparición o más aun de comisión del delito, así véase los siguientes ejemplos: 1), X, propone a Y matar a Z; 2) X, compra un arma y alista un arma para matar a Z; 3) X dispara a Z pero no impacta ningún disparo por la falta de pericia de X; 4) X dispara a Z logrando matarlo; en los ejemplos citados anteriores nos encontramos con formas diferentes en que se puede poner en peligro o lesionar el bien jurídico VIDA, en los cuales la única diferencia que se puede establecer es en relación a la mayor o menor gradualidad de afección de un bien jurídico, a los cuales el legislador sanciona, en el caso de la tentativa generalmente se establece una cláusula de carácter general, en nuestro medio el artículo 24 del Cpn.

En el caso del artículo 23 sanciona la Proposición y Conspiración para cometer delito, nótese en la redacción que no se sancionan de forma genérica si no que en los casos expresamente determinados en la ley con lo cual hace una remisión a cada tipo en la parte especial del Código Penal, ahora bien cuando se habla de Proposición para cometer Homicidio Agravado, (art.128-A Cpn.); Homicidio Agravado en grado de Tentativa, (Art.129 Cpn, en relación con el Art.24 Cpn.) u Homicidio en grado de

Tentativa, ( Art. 129 Cpn) siempre se hace una vinculación a lo que en este análisis llamaremos un tipo básico así para el caso, el delito de homicidio simple.

Todas constituyen acciones que son punibles en nuestro código penal pero que en esencia constituyen modalidades en que se puede cometer un delito en contra de la vida del ser humano; su relación se explica como la existente entre los partícipes en relación al autor principal de un delito, la tentativa en relación al delito de homicidio. Las consecuencias prácticas derivadas de dicha posición explican el tratamiento de cada forma de aparición del delito, así en la Proposición y Conspiración no es posible hablar de tentativa, la graduación de la penalidad en cada uno de ellos es diferente en cada caso.

#### **4.1.1.4.8.1.3 DELITOS DEPENDIENTES DE UN TIPO BÁSICO:**

Una segunda postura establece que no puede negarse que la Proposición y la Conspiración al encontrarse en la parte especial del Código Penal revisten el carácter de delitos, pero no puede dejarse de lado que estas figuras por mas carácter autónomo que quiera dárseles, no se les puede aplicar todas las disposiciones de la parte General del Código Penal, debido a que sería imposible, e inevitablemente dependen de un tipo básico, si fuese de esa forma llegaríamos al extremo de sancionar a estas figuras en su grado de tentativa, cuando ello es imposible puesto que para haber tentativa deben mediar actos de ejecución y siendo que las figuras en comento son simples actos preparatorios no puede mediar ningún acto de ejecución.

Ya Mir Puig dice que ha de considerárseles delitos no autónomos, del mismo modo tanto a la Conspiración como a la Proposición y Provocación, así dice que son en sí mismos, “delitos” distintos al hecho consumado al que se dirigen; pero en la medida que son formas precedentes de codelincuencia,

son solo “delitos dependientes no autónomos”, como analógicamente son los tipos de participación respecto de los hechos del autor. De otro lado puesto que constituyen “delitos” son susceptibles de incidir, en ellos la valoración de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal; pero como nos hallamos ante “delitos no autónomos” no cabe en ellos la participación ni la punición de formas imperfectas de ejecución<sup>122</sup>, siendo este el último criterio el adoptado en la presente obra.

Habiendo establecido lo anterior conviene comenzar indicar en un primer momento, que aquellos países que ostentan poseer una Legislación Penal Moderna, respetuosa de los derechos y principios constitucionales, deben orientar su sistema penal en la protección de bienes jurídicos, por ello no causa extrañeza que se sancione no solo la lesión o ataque a estos, sino también conductas que conlleven una puesta en peligro de los mismos.

El Derecho Penal, es el instrumento legal más violento que posee el Estado, por lo que causa extrañeza el adelantamiento de las barreras de protección a situaciones que aunque estén reguladas en la parte especial de cualquier Código Penal, no por ello se conviertan en conductas que siquiera pongan en peligro bienes jurídicos protegidos penalmente.

A lo que se hace referencia en este apartado es a la punición de los actos preparatorios, entendiendo que la Proposición y Conspiración temática abordada, forman parte de estos, los que no deben ser sancionados sino excepcionalmente. La impunidad de estos es regla general lo que obedece a la misma naturaleza del Derecho Penal que solamente sanciona acciones u omisiones constitutivas de delitos.

Es el caso que actos preparatorios, y actos de ejecución de un delito aparecen en una línea temporal y excluyente, de tal manera que los primeros

---

<sup>122</sup> MIR PUIG, SANTIAGO, (1990). *“Derecho Penal, Parte General”*, Tercera Edición, PPU, Barcelona, Pág.360.

como se pudo apreciar en el cuadro sinóptico del *Iter Criminis* en el primer capítulo, preceden a los actos de ejecución, ya estos últimos con motivo punibles por llegar a un grado avanzado de la realización del delito, ya sea en grado de tentativa o de consumación de este.

Surge entonces la interrogante, que siendo que la impunidad de los actos Preparatorios es la regla general ¿Por qué motivo existen excepciones a esta regla? Como es el caso de la Proposición y Conspiración.

Al respecto Mir Puig, este señala “La razón del castigo de los actos preparatorios punibles, es la especial peligrosidad que encierra la implicación de otras personas en el proyecto criminal. Tanto en la Conspiración como en la Proposición y en la Provocación, la resolución criminal trasciende del sujeto aislado para comunicarse a otros. Actualmente ello solo se tiene en cuenta en determinados delitos, cuya naturaleza y gravedad contribuyen, pues, a explicar la punición de tales actos preparatorios<sup>123</sup>.”

Y es que también debe tomarse en cuenta el carácter extraordinario de la criminalización de la Proposición y Conspiración, su punibilidad le viene marcada únicamente cuando se configuren como tipos penales, es decir cuando de forma expresa dicha figura sea sancionada en determinados delitos para el caso salvadoreño, pero la criminalización de estas conductas debe ser excepcionalísima, puesto que en relación a ellas se encuentran los límites de los principios de intervención mínima y de lesividad del bien jurídico<sup>124</sup>, entre otros principios que inevitablemente se ven afectados de una forma negativa.

Sin el ánimo de darles validez a la existencia de las figuras en estudio, puede decirse que los delitos de Proposición y Conspiración tienen su fundamento en la denominada “criminalización en un estadio anterior”, o en

---

<sup>123</sup> Ídem. Santiago Mir Puig.

<sup>124</sup> Moreno Carrasco, Francisco; Rueda García, Luís, Código Penal de El Salvador Comentado, Tomo I, Pág. 127.

las avanzadas de la lesión de un bien jurídico, el fundamento de dichas opciones de criminalización, es extender la tutela reforzada para determinados bienes jurídicos que por su misma importancia deben ser reforzados en su protección, así por ejemplo el bien jurídico vida, sin embargo debe considerarse ello como extraordinario y debe también colegirse que la punición debe estar acorde al peligro lejano para el objeto de tutela.

Precisamente, este aspecto es esencial para considerar, que de acuerdo al Principio de Proporcionalidad de la Pena, Necesidad de la Pena, al Principio de Lesividad del bien Jurídico y el Principio de Mínima Intervención, la sanción penal que se señale para estas, debe ser mínima y debe respetar, no solo por sistemática sino por la primacía de los principio anteriores, al cual se vincula además el Principio de Culpabilidad y los límites de otros institutos penales como la tentativa y el delito consumado<sup>125</sup>.

El mayor problema para aprehender su significación radica en determinar el grado de proximidad a la perturbación de los intereses subyacentes que se requieren en cada caso por el legislador pues, solamente, en tal caso podremos decir, atendiendo a la naturaleza y gravedad de ciertas figuras, que es lícito castigar determinadas formas que aunque no dañen concretamente un bien jurídico por no existir principio de ejecución alguno, deben ser reguladas y sancionadas.

Pero sin perder de vista que en caso de ser sancionadas que lo sean de forma excepcionalísima y con una pena menor, así para el caso cuando dichas figuras son aplicadas a delitos que atentan contra el sistema constitucional y no para delitos comunes, como se ha concretado en El

---

<sup>125</sup> Ob. Cit. Pág. 128-129, puede apreciarse como los autores a los comentarios realizados al código penal comentado, comparten la misma opinión de ubicarlos como actos de resolución manifiesta, por ende todavía debería ser más excepcionalísima su punición.

Salvador, en donde se sanciona esta figura no solo en los delitos que atentan contra el Sistema Constitucional.

Sino en una cantidad muy variada de delitos comunes y con penas que exceden de lo necesario y de los límites que establecen tanto los institutos penales mencionados anteriormente como los principios aludidos, estos forman parte de las reglas de la pena para la Proposición y Conspiración, en el sentido que siendo Actos Preparatorios, su sanción debe ser menor que la de la tentativa, y con más razón que la de la consumación. Dicha simetría en determinados tipos penales en los que se sancionan las figuras que se discuten para el caso Salvadoreño son violentadas.

Existe una amplia discusión no acabada en la cuestión de si deben o no ser sancionadas la Proposición y Conspiración; debate que se nutre de una serie de tensiones entre necesidades político criminales, por un lado, y garantías constitucionales, principios dogmáticos y criterios valorativos rectores, por otro<sup>126</sup>.

#### **4.1.1.4.8.1.3.1 DELITO AUTÓNOMO:**

Una segunda postura en la doctrina expone que cada una de estas formas constituyen figuras autónomas, entendiéndose con ello que la tipificación que el legislador hace de cada una implica un tratamiento penal distinto sin que sea necesario vincularlo a un tipo orientador; lo que sanciona el legislador en la Proposición para cometer Homicidio Agravado, es la acción de proponer a otra persona la comisión de un delito no importando que este llegue a consumarse, en la tentativa para cometer homicidio se sanciona la acción ejecutiva que no llega a producir un resultado muerte.

---

<sup>126</sup> En tales términos se opinaba ya en 1968, RODRIGUEZ MOURULLO, G., en <<La Punición de los actos preparatorios>>, ADPCP, 1968, Pág. 284, tomando en cuenta que este autor parte de establecer que tanto la Proposición como la Conspiración forman parte de los actos preparatorios.

También hay que distinguirlas de las cualificaciones y tipos privilegiados las figuras en comento, denominados delitos autónomos (o independientes), que contienen ciertamente todos los elementos de otro delito, pero no son casos agravados o atenuados de ese otro delito, sino tipos autónomos con su propio tipo de injusto. Por eso también induce a confusión el que en estos casos se hable a veces de derivaciones típicas autónomas en contraposición a las derivaciones típicas no autónomas en casos de tipos cualificados y privilegiados.

Así la Proposición y Conspiración aplicada a un delito se convierte en un injusto autónomo en relación con los delitos a los cuales se aplica, pues aunque contiene en su seno los elementos de ambos tipos, sin embargo mediante su combinación se convierte en un nuevo tipo de injusto independiente. Pues bien, dado que en los delitos autónomos no se puede recurrir a un tipo básico, así también tampoco pueden regir para ellos las cualificaciones o privilegios de otro tipo contenido en los mismos, siendo esta postura la tomada en la presente obra<sup>127</sup>.

#### **4.2.1.4.8.4 MARCO JURÍDICO:**

##### **4.2.1.4.8.4 .1 CÓDIGO PENAL SALVADOREÑO EN LOS QUE SANCIONAN LA PROPOSICIÓN Y CONSPIRACIÓN:**

##### **4.2.1.4.8.4 .2 Código Penal Nuestro.**

Tal como ha quedado evidenciado en nuestro ordenamiento jurídico penal se ha optado por castigar la Proposición y la Conspiración elevándolas a la categoría de punibles en determinados delitos, lo anterior acorde a las modernas tendencias que optan por limitar la aplicación de la figura en estudio a una determinada y limitada cantidad de delitos, optándose en consecuencia por la impunidad de los Actos Preparatorios, por regla general

---

<sup>127</sup> ROXIN, “*Derecho Penal Parte General*”, Pág. 340.

y sancionables por excepción, derivándose dicha aseveración de la lectura del artículo 23 Cod. Pn, al establecer que solo son sancionadas en los casos expresamente establecidos en el Cod. Pn. Se da lo que en materia de delitos culposos se conoce como *númerus clausus*, excepción que corre el peligro de convertirse en regla General debido a que el legislador está llegando a adelantar las barreras de protección del Derecho Penal al extremo.

Conviene entonces comentar los artículos de la parte general y especial del Cod. Pn respectivamente, en los que se sanciona la Proposición y la Conspiración, sin hacer alusión al tipo básico, es decir, sin explicar cómo se desarrolla la conducta en cada tipo penal en los que se sancionan las figuras en estudio, por no representar el objeto de esta obra, a lo que si ha de hacerse referencia es a la pena que posee cada uno de estos tipos básicos, en relación a las figuras de la Proposición y Conspiración para cada caso o tipo penal en que se sanciona.

Las modalidades de aparición de estas conductas se encuentran desarrolladas en este precepto vinculando y estableciendo las características y elementos que deben concurrir para considerar una conducta como delitos establecidos en la parte especial del Código Penal.

En cuanto a su separación como conductas independientes se critica la redacción de estas figuras, pareciera ser que ambas Instituciones (Proposición y Conspiración) son solo etapas en un mismo tipo en el sentido de que para llegar a darse una debe pasarse por el estadio previo de la otra, así para la Conspiración debe haber mediado antes la Proposición, sería difícil -por no decir imposible- decir que el proceso interno de ideación, deliberación y resolución de un delito pudiera darse en conjunto por dos o más personas al mismo tiempo, cuyo fin sea el dañar el bien jurídico de un mismo y determinado sujeto.



Ese proceso psíquico es independiente en cada sujeto, y es que el pensamiento del ser humano es privado e imposible de determinar para terceros, en consecuencia debe mediar de parte de algún sujeto la propuesta o Proposición a otros para cometer un delito y una vez de acuerdo todos, existiendo concierto de voluntades, devendría en consecuencia la Conspiración de los concertantes para ejecutar el delito.

Existe la Posibilidad que dos o más personas tengan intención de dañar el mismo bien jurídico en el mismo sujeto, sin haber exteriorizado dicha intención entre sí, si optara cada quien por cometerlo cada uno respondería por el grado de realización de su actuar, pero para que exista una Conspiración entre ellos inevitablemente mediara previamente propuesta de alguno de los sujetos a los demás para dañar un determinado bien jurídico de un mismo sujeto, por supuesto debiendo haber aceptación de los sujetos a los cuales se les propuso el cometimiento del delito.

La definición misma de ambas figuras se torna confusa, en ningún caso la doctrina ha tratado de separar estas figuras, ya que la misma entiende que no existe problema alguno, contrario a lo que en la práctica puede darse.

En la definición del artículo en comento se ha entendido, que el que propone no solo realiza esa conducta de proponer sino que resuelve ejecutarlo, es decir, que la persona pretende convertirse en autor mediato y/o material y no separase del curso causal y de resultado de lo que ha propuesto, de otra manera como se estableció en el capítulo anterior, devendría en una simple provocación si la persona se desvincula del resultado que se pueda lograr con su conducta.

En el caso de no haber aceptación de los demás sujetos de la propuesta de cometer un delito entonces se interrumpe el proceso, quedaría solo la Proposición y por tanto sería sancionable sólo esta, puesto que en ella no se

necesita que a quienes se les proponga acepten, basta el sólo hecho de haberlo propuesto.

Puede decirse que la diferencia de ambas figuras estribara, en el grado de desarrollo de la intención de los diferentes sujetos involucrados, puesto que en la Proposición su proceso es la ideación, deliberación, resolución de cometerlo y propuesta a terceros para ejecutar el delito, mientras que en la Conspiración las etapas por las que estará conformada será la ideación, deliberación, resolución de cometerlo, Proposición a terceros, concertación y resolución de ejecución de los terceros.

Por lo que la intención de estos será no desvincularse del curso causal de su acción lo que devendría en la etapa de la Conspiración, es decir, los sujetos a los cuales les propone el cometer el delito, no tenían la idea de cometerlo, pero es el sujeto que se los propone quien siembra en la mente de estos la idea de cometer el delito, llegan a una concertación y resuelven la ejecución del mismo.

Por tal motivo es que en la Conspiración se habla de concierto previo, pero lo que en realidad existe es una propuesta de un sujeto a otros, el concierto de voluntades y la resolución de cometer el delito.

Será por tanto Proposición cuando el que propone cometer un delito ha de convertirse en autor mediato y/o material, y los sujetos a quienes se les propone han de ejecutarlo, mientras que habrá Conspiración cuando el Sujeto Propone a Otros, y estos aceptan, concertan y deciden ejecutarlo, existiendo en consecuencia un concierto de voluntades que puede expresarse a futuro en una Coautoría.

Especial comentario se debe de hacer de este artículo respecto a los partícipes, en virtud de la consideración de elevar a la categoría de Delitos estas conductas, lo que genera consecuencias prácticas, una de ellas parte

de considerar si es posible la aplicación de las instituciones preceptuadas en la parte general, para el caso se hace referencia a los partícipes surge entonces la interrogante ¿tienen responsabilidad los cómplices en la Proposición y Conspiración?, vemos los comentarios al respecto en la obra Código Penal Comentado<sup>128</sup>, el que literalmente en su nota de actualización dice: “Digamos que la accesoriedad, es un mitigador de la participación criminal, el cual es compatible con la fundamentación del dominio del hecho, por cuanto el hecho del partícipe no es autónomo y depende del hecho principal del autor, de ahí es posible sostener que la teoría de la participación es también un amplificador de los tipos penales, de ahí que si la punición del partícipe –en sentido estricto- está subordinada a la del autor a tal relación jurídica se le conoce como accesoriedad en la participación y de la misma pueden extraerse diversas consecuencias, siendo que aquí nos limitaremos a citar dos:

a) El comienzo de la accesoriedad lo marca la tentativa, sino concurre una ejecución del delito que alcance el estadio de la tentativa, de lo contrario la participación no es punible, salvo que de manera expresa los actos previos constituyan una proposición o una conspiración, específicamente determinados como delitos autónomos.

De lo expresado en dicho texto es procedente hacer las siguientes consideraciones: los comentarios resultan contradictorios, al establecerse que la responsabilidad de los cómplices principia desde que comienza la ejecución del delito y el artículo treinta y siete del Cod. Pn establece “La responsabilidad penal de los partícipes, principia desde el momento en que se ha iniciado la ejecución del delito”, lo que no da lugar a otra interpretación diferente al texto citado del Cod. Pn,

---

<sup>128</sup> FRANCISCO MORENO CARRASCO, LUÍS RUEDA GARCÍA, “Código penal de El Salvador Comentado”, Tomo I Pág. 244.

Por lo que no puede afirmarse que exista responsabilidad alguna de los cómplices en ningún tipo penal en el que se aplique la Proposición y Conspiración ya que no son más que delitos no autónomos dependientes de un tipo básico, ya que aunque se les quiera dar un carácter autónomo, no son más que simples actos preparatorios y que por ende no puede mediar principio de ejecución, y es que además dentro de las etapas del ***Iter Criminis***, los actos preparatorios son previos al inicio de ejecución, y afirmar que los cómplices pueden tener responsabilidad en las figuras en comento sería afirmar que existe un ***Iter Criminis*** para la Proposición y Conspiración lo que es prácticamente imposible, puesto que los actos preparatorios forman parte del mismo ***Iter Criminis*** en una etapa previa a la ejecución del delito.

Surge en este aspecto otro problema, que puede sintetizarse en una interrogante: hablar de la existencia de cómplices en la Proposición y Conspiración, ¿es referirse a cómplices para cometer el ilícito penal de la Proposición y Conspiración, o, se refiere a la participación de determinados sujetos como cómplices en el de delito para el cual se está proponiendo o conspirando?

En ambos casos la respuesta que se les dé será irrelevante, debido a que como se estableció anteriormente las figuras en comento son solo simples Actos Preparatorios y que por ende aunque sea un sujeto cómplice para realizar la Proposición o Conspiración, sería cómplice no para cometer un delito, sino para cometer un simple Acto Preparatorio, y es que como se dijo anteriormente la Proposición y Conspiración no son delitos en estricto sentido, sino una figura que se aplica en determinados delitos. Y si fuese un cómplice para cometer el delito a futuro de igual manera no tendría responsabilidad penal, puesto que en ambos casos no existe principio de ejecución del delito.

#### **4.2.1.4.8.4 .2.1 Proposición y Conspiración en el delito de Homicidio Agravado.**

Anteriormente, en el desarrollo doctrinal que se hizo en esta obra, de las figuras en comento, se establecieron lo que puede decirse son reglas que deben existir para estas en la imposición de una pena, la que debe ser menor que la tentativa y aun menor que la consumación del delito, ahora bien al analizar la penalidad establecida en el artículo 129-A Cod. Pn. (Acto Preparatorio), que literalmente dice: “La Proposición y Conspiración en los casos de homicidio agravado serán sancionados respectivamente, con una pena que se fijará entre la quinta parte del mínimo y la mitad del mínimo de las penas correspondientes establecidas en el artículo anterior”

#### **4.2.1.4.8.4 .2.2 Proposición y Conspiración en los delitos de Privación de Libertad y Secuestro.**

Si bien es cierto la pena que conlleva en estos delitos la Proposición y Conspiración, es menor que la de si hubiese consumación del tipo penal Secuestro, y Privación de Libertad tanto en su marco penal mínimo como máximo, esto no los vuelve acordes con la estructura filosófica y normativa del código, así en este artículo no debe pasar desapercibido.

Como ya se expresó en la penalidad que revisten estos tipos penales (Proposición y Conspiración) existe un total rompimiento de las reglas de la pena, (grados de responsabilidad de acuerdo al grado de desarrollo y participación de cada sujeto en el Iter Criminis del delito) en ambos tipos penales, ya que la pena que revestirían en caso de tentativa, es mayor que la establecida en el caso del artículo 149-A.

Tal es el caso del artículo 149- A Cod. Pn. “La proposición y conspiración para cometer cualquiera de las conductas descritas en los dos

artículos anteriores, serán sancionadas con una pena que se fijará entre la quinta parte del mínimo y la mitad del mínimo de la penalidad respectiva”.

#### **4.2.1.4.8.4 .2.3 Artículo 214-C “Proposición y Conspiración<sup>129</sup>”.**

En dicho artículo, se sancionan estas figuras para el caso de los delitos del capítulo II, Título VIII de Los Delitos Relativos al Patrimonio del Cod. Pn, como son el 212 Robo, 214 Extorsión, 214-B Conducción de Mercadería de Dudosa Procedencia, exceptuando el delito de Receptación tipificado y sancionado en el artículo 214-B.

Al establecer el Art. 214- C Cod. Pn. “La proposición y conspiración para cometer cualquiera de los delitos mencionados en este capítulo, con excepción del delito de receptación serán sancionados con una pena que se fijará entre la quinta parte del mínimo y la mitad del mínimo de la penalidad establecida para los delitos referidos; sin que en ningún caso la pena a imponer pueda ser inferior a seis meses de prisión”.

#### **4.2.1.4.8.4 .2.4 Artículo 249 Defraudación al Fisco y 251- “La Proposición Y Conspiración<sup>130, 131</sup>”.**

Mención especial merecen estos artículos, comentarios que no deben ser aislados, en cuanto se encuentran en el mismo capítulo V DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA HACIENDA PÚBLICA, cuyo contenido es

---

<sup>129</sup> 214-C-PROPOSICIÓN Y CONSPIRACIÓN: La Proposición y Conspiración para cometer cualquiera de los delitos mencionados en este capítulo, (Capítulo II del Robo, La Extorsión y La Receptación) con excepción del delito de receptación, serán sancionados con igual pena que para los delitos referidos respectivamente.

<sup>130</sup> 249- DEFRAUDACION AL FISCO. Son delitos de defraudación al fisco los siguientes: Literal e: La Proposición y Conspiración para cometer cualquiera de los delitos anteriores. (a)Evasión de Impuestos; b)Apropiación Indevida de Retenciones o Percepciones Tributarias; “c)Reintegros, Devoluciones, Compensaciones o Acreditamientos Indevidos; d)La Falsificación en la impresión, emisión, entrega u otorgamiento de documentos que soportan operaciones tributarias, así como la tenencia o la circulación de los mismos, a que se refieren los artículos 283, 284 y 287)”

<sup>131</sup> D. L. N° 487, D. O. N° 365, del 22 de noviembre de 2004, Reforma no incluida en el paquete de reforma de fecha 13 de febrero del año 2001 en la que se incluyeron los demás delitos en los que se sancionan la Proposición y Conspiración.

necesario insertarlo literalmente en lo que nos interesa para efectos de este trabajo, para entender la aplicación equivocada de estas figuras en estos delitos, ya sea por falta de técnica legislativa y/o mala aplicación de política criminal, así: 249- DEFRAUDACIÓN AL FISCO. Son delitos de defraudación al fisco los siguientes:

- a) Evasión de Impuestos;
- b) Apropiación Indevida de Retenciones o Percepciones Tributarias;
- c) Reintegros, Devoluciones, Compensaciones o Acreditamientos Indevidos;
- d) La Falsificación en la impresión, emisión, entrega u otorgamiento de documentos que soportan operaciones tributarias, así como la tenencia o la circulación de los mismos, a que se refieren los artículos 283, 284 y 287; y,
- e) La proposición y conspiración para cometer cualquiera de los delitos anteriores.

Los hechos punibles a que se refiere el literal d) de este artículo, se juzgarán de manera independiente a los demás delitos de Defraudación al Fisco, bajo la caracterización propia de los Delitos contra la Fe Publica.

Y el artículo 251 inciso primero, el cual establece:

#### **4.2.1.4.8.4 .2.5 Art 251- LA PROPOSICIÓN Y CONSPIRACIÓN<sup>132</sup>.**

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.

En relación al primer artículo, puede apreciarse que este carece de el supuesto de hecho y su consecuencia jurídica, ya que sólo se refiere

---

<sup>132</sup> 251- LA PROPOSICIÓN Y CONSPIRACIÓN. 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.

directamente al concepto que en abstracto designa al delito y no a la conducta que debe contener cada uno de estos, para establecer los elementos objetivos y subjetivos que debe contener todo tipo penal. Y en el literal d) hace remisión a otros tipos penales, estableciendo en el inciso penúltimo del mismo artículo que dichos delitos se juzgaran independiente a los demás delitos de Defraudación al Fisco, lo que implicaría en su consecuencia jurídica la no aplicación de los beneficios establecidos en el mismo capítulo V DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA HACIENDA PÚBLICA, establecido dicho beneficio en el artículo 252 Cod. Pn, cuyo epígrafe dice “EXCUSA ABSOLUTORIA” y lógicamente tampoco deberá aplicarse lo que perjudique al sujeto, como será en este caso la aplicación de la Proposición y Conspiración a los tipos penales a los que remite.

En los siguientes artículos se establece la conducta de los diferentes delitos de defraudación al fisco establecidos en el artículo 249, tanto el supuesto de hecho como su consecuencia jurídica, pero en relación al literal d) en su consecuencia jurídica siempre habrá que remitirse a los artículos de los tipos penales que establece.

Lo que implica que la existencia del artículo 249 Cod. Pn. es innecesaria y hasta cierto punto desatinada, si en los demás artículos que están en el mismo capítulo se regulan propiamente cada uno de los delitos de defraudación al fisco.

En el literal e) se sanciona la Proposición y Conspiración para cometer los delitos a los que hace referencia en dicho artículo, incluyendo al literal d) lo que implicaría que se aplica a los delitos establecidos en los artículos 283, 284 y 287 todos del código penal.

Ya en el artículo 251 Cod. Pn. se establece la misma una cláusula de contenido general, para los delitos de dicho capítulo, lo que contribuye a la afirmación de la existencia innecesaria del artículo 249 Cod. Pn, ya que si se



aceptara su validez existiría la posibilidad de aplicar la Proposición y Conspiración del artículo 251 Cod. Pn, al artículo 249 Cod. Pn, en todos sus literales incluyendo el literal e) (referido a la Proposición y Conspiración), y si fuese de esa forma existiría entonces la posibilidad de sancionar la Proposición y Conspiración para Proponer y Conspirar en los delitos mencionados en el artículo 249 Cod. Pn. Literales a), b), c) y d), lo que resultaría irracional.

El anterior comentario no resulta completo, pues hace falta hacer referencia a la pena que se establecen en los tipos penales del capítulo donde se encuentra la Proposición y Conspiración del artículo 251 Cod. Pn. Existe en dicho artículo un marco penal general mínimo y máximo de dos a cuatro años respectivamente para sancionar las figuras en estudio, aplicada a los delitos de defraudación al fisco, ya se estableció que el artículo 249 Cod. Pn no posee supuesto de hecho ni consecuencia jurídica, por lo que no merece mayor atención.

En el siguiente artículo (249-A) Evasión de Impuestos, se establecen diferentes penas dependiendo si el impuesto evadido corresponde al impuesto sobre la renta, o a impuestos que se declaran mensualmente, sanción que se agrava dependiendo del monto de lo evadido, elementos que no deben analizarse por no ser en este caso lo que interesa, sino la pena que se establece en dicho tipo penal.

En este tipo penal la pena será de cuatro a seis años, si es impuesto sobre la renta y si la suma evadida fuese de trescientos mil a quinientos mil colones; y con prisión de seis a ocho años, si la evasión excede de quinientos mil colones.

Puede apreciarse que en el caso de la primera pena el mínimo de esta que es de cuatro años, la que es igual a la de la Proposición y Conspiración en su marco penal máximo que es de cuatro años, lo que implica en un

determinado momento equiparar, actos preparatorios a la consumación de dicho delito. La pena que pudiese imponerse en caso de exceder la evasión de quinientos mil colones (seis a ocho años) si es menor la Pena de la Proposición y Conspiración.

Pero en caso de tentativa de este delito, en la primera pena, su marco penal, sería menor su penalidad máxima que la penalidad máxima establecida para la proposición y conspiración, y en el caso de la segunda pena (seis a ocho años), en caso de tentativa cuyo marco penal sería de tres a cuatro años, el marco penal mínimo de esta si sería mayor que el marco penal mínimo de la proposición y conspiración, no así el marco penal máximo que sería igual que para el caso de las figuras que se estudian aplicadas a estos delitos, es decir que la pena máxima tanto en la proposición y conspiración como en caso de tentativa cuando la evasión excediere de quinientos mil colones, serían igual el marco penal máximo.

Si es el impuesto que se declara mensual, las penas son iguales y varían también de acuerdo al monto que se evade por lo que los comentarios hechos anteriormente van aplicados también a las penas que se aplican en dicho impuesto.

En el caso del artículo 250 referido a la Apropiación Indebida de Retenciones o Percepciones Tributarias y el 250-A de Reintegros, Devoluciones, Compensaciones o Acreditamientos Indebidos, ambos del Código Penal, la pena en el caso del artículo 250 es de cuatro a seis años de prisión, igual que en la del primer inciso del artículo 250-A Cod. Pn, y es de seis a ocho años prisión en el caso de este último artículo en su inciso segundo (por el medio con el que se comete el delito, la pena se agrava), por lo que igual que en el 249-A Cod. Pn, los comentarios de las penalidades son iguales, puesto que estos comentarios van hechos en relación a la pena

(consecuencia jurídica) y no al supuesto jurídico (elementos objetivos y subjetivos del tipo penal).

Siendo que el artículo 249 Cod. Pn. en su literal d) nos remite a los tipos penales de los artículos 283, 284 y 287 todos del Código Penal, se debe hacer un comentario a esta situación, esto en virtud de realizar una interpretación sistemática del literal e) del artículo 249 Cod. Pn. en relación al artículo 251 Cod. Pn, en el sentido que dicho literal establece como delito de defraudación al fisco la Proposición y Conspiración aplicado a los demás literales (a, b, c y d) y siendo que en dicho literal no se establece sanción alguna ha de remitirse entonces a la penalidad del artículo 251CPn, puesto que debe entenderse que el literal e) en mención, hace referencia a la figura establecida en el artículo 251 Cod. Pn, lo que siempre contribuye a la afirmación de la innecesaria existencia del artículo 249 Cod. Pn.

Los tipos penales a los cuales nos remite el artículo 249 literal d) son 283 Cod. Pn. La Falsedad Material; 284 Cod. Pn. Falsedad Ideológica y 287 Cod. Pn. Uso y Tenencia de Documentos Falsos. Las penas que cada uno de estos tipos penales tienen no es necesario realizarlo individualmente sino hacer un solo comentario de las penas de dichos tipos penales puesto que todos poseen la misma pena.

Haciéndose notar que cada uno de los articulo a los cuales remite el literal d) han sido reformados con el mismo decreto con que se reformaron los delitos relativos a la Hacienda Pública<sup>133</sup>, la remisión que dicho literal hace no se refiere al total del artículo donde se tipifican cada uno de los mencionados delitos, sino a la parte de estos en la que se incorporaron las reformas mencionadas, lo que conlleva a establecer que las penas que se deben comentar, son las establecidas en dichas reformas, por lo que al revisarlas puede percatarse el lector que el marco penal de los delitos de La

---

<sup>133</sup> Se hace referencia al D. L. N° 487, D. O. N° 365, del 22 de noviembre de 2004.

Falsedad Material, Falsedad Ideológica y Uso y Tenencia de Documentos Falsos es de cuatro a seis años.

Lo anterior conlleva a aseverar que la pena en que oscilan los mencionados delitos, en su marco penal mínimo es la misma que la de la Proposición y Conspiración en los delitos de defraudación en su marco penal máximo, evidenciándose la clara violación a las reglas de la pena y del *Iter Criminis*, ya que como en comentarios anteriores se estableció, es como si se sancionara la consumación y no actos preparatorios como son la Proposición y Conspiración, lo que implica un adelantamiento de las esferas de protección penal a grados que contradicen variados principios que fundamentan el Código Penal Salvadoreño y la Constitución misma.

#### **4.2.1.4.8.4 .2.67 Artículo 345 “Agrupaciones Ilícitas<sup>134</sup>”.**

Especial mención merece este artículo, puesto que existe un sector de la doctrina que entiende que las agrupaciones ilícitas son una especie de conspiración, pero que en realidad es un delito autónomo, que se diferencia en determinados aspectos de la conspiración, no se hace diferenciación con la proposición por no causar este problema alguno, puesto que se entiende que esta es un momento o etapa anterior a la conspiración, así.

“En las agrupaciones ilícitas se requiere que estén conformadas de tres o más personas, de carácter temporal o permanente; de hecho o de derecho; que posean algún grado de estructuración y que tengan finalidad de delinquir y las mencionadas en el artículo 1 de la Ley de proscripción de maras, pandillas, agrupaciones, asociaciones y organizaciones de naturaleza criminal<sup>135</sup>, mientras que en la conspiración no es precisa la organización ni la permanencia temporal y en la que hay una intención de cometer delitos

<sup>134</sup> 345-AGRUPACIONES ILICITAS Inc. Penúltimo. la Proposición y Conspiración para cometer este delito, será sancionado con prisión de seis meses a dos años.

<sup>135</sup> MORENO CARRASCO FRANCISCO, RUEDA GARCÍA LUÍS, “*Código Penal de El Salvador Comentado*”, TOMO II artículos 165 al 409 Pág. 1128.

concretos-determinados, que no es precisa en las agrupaciones ilícitas, puesto que en esta no hace falta acreditar dicha voluntad, sino la de pertenecer, dirigir o impulsar esas uniones de personas organizadas con duración temporal con una finalidad genérica de delinquir.

Otra diferencia la conforma el aspecto concursal de delitos, puesto que en el caso de la conspiración no puede existir dicha relación concursal, ya que el comienzo de ejecución trae aparejada la consecuencia de la subsunción de la Conspiración en el delito para el cual se conspira, siempre que haya mediado comienzo de ejecución, diferente en las Agrupaciones Ilícitas, en el cual existe una relación concursal real con el o los delitos que se llegasen a ejecutar ya en grado de tentativa o de consumación.

Finalmente otro aspecto diferenciador es el hecho que al ser la conspiración y estos constituyen actos preparatorios para no adelantar a un más las barreras de protección del derecho penal solo se castiga a los coautores y no a los partícipes quienes responden tal y como lo dice el artículo 37 Cod. Pn. desde el momento en que principia ejecución, mientras que en el delito de agrupaciones ilícitas también responden los cómplices o partícipes, ya sean necesarios o no.

En el inciso penúltimo del artículo en comento se sanciona la Proposición y conspiración en el delito de Agrupaciones Ilícitas, surgen variadas cuestiones en este aspecto, puesto que surge la interrogante que ¿Qué pasaría si en la idea de formar una agrupación ilícita se concreta un tipo penal de proposición y conspiración?, a modo de ejemplo dos o más personas tienen la idea de establecer una agrupación ilícita y que una de sus primeros objetivos será el de cometer Homicidio Agravado en una determinada persona.

Podría entonces hablarse de ¿Proposición y Conspiración en el delito de agrupaciones ilícitas, para Proponer y Conspirar en el delito de homicidio

agravado en una determinada persona? Resultaría absurdo pero posible de acuerdo a la legislación penal salvadoreña, lo que implica caer nuevamente en el punto de una política criminal y técnica legislativa mal empleadas.

#### 4.2.1.4.8.4.3.1 RELACIÓN CON LAS FIGURAS DE PROPOSICIÓN Y CONSPIRACIÓN.

La estructura lógica, que inspiraba originalmente al código penal ha sido quebrantada al criminalizarse ciertas conductas que en estricto sensu no son lesivas ni ponen en peligro bienes jurídicos protegidos penalmente, en ese orden de ideas hacemos referencia concretamente a las reformas implementadas con el decreto legislativo número 280<sup>136</sup>, en las que se sanciona la Proposición y Conspiración en los delitos comunes, allí incorporados.

Dichas conductas no son lesivas, es decir ni siquiera ponen en peligro bienes jurídicos protegidos penalmente, y es que en estas conductas únicamente se está sancionando lo que sólo son manifestaciones de meros procesos psicológicos, que no poseen relevancia jurídica, debiendo escapar a la intervención derecho penal, sobre todo tomando en consideración que una de las principales características del derecho penal es el ser la última herramienta o última ratio<sup>137</sup>, a la que recurre el Estado para la protección de aquellos bienes jurídicos considerados de mayor relevancia.<sup>138</sup>

---

<sup>136</sup> Reforma realizada con el decreto legislativo número 280 del 8 de febrero de dos mil uno, publicado en el diario oficial con fecha trece de febrero de dos mil uno, numero treinta y dos, tomo trescientos cincuenta.

<sup>137</sup> Cítese en tal sentido... TREJO ESCOBAR, MIGUEL ALBERTO, "**Introducción a la teoría general del delito**"; pág. 105. El poder punitivo del Estado debe estar regido y limitado por el principio de mínima intervención.

<sup>138</sup> Confrontar para mejor explicación... JESCHECK, HANS-HEINRICH, "**Tratado de Derecho Penal (Parte General)**, Vol. 1, traducción y adiciones de Derecho Español por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Bosch, Barcelona); pág. 9; El Derecho Penal no puede intervenir ante cualquier perturbación de la vida comunitaria, sino que debe limitarse a la protección de los valores fundamentales del orden social. **El derecho Penal tiene encomendada la misión de proteger bienes jurídicos...**

La contradicción que se suscita entre la existencia de estas figuras y las ideas que inspiraron al Código Penal es abismal.

Dichas ideas son progresistas y de un alto contenido humanista, es decir buscaban el desarrollo de la ciencia jurídico penal en El Salvador y propugnan la defensa de la dignidad humana, el respeto de sus innatas e inalienables facultades y derechos; así se colige de la lectura de la exposición de motivos del mismo<sup>139</sup>, los cuales entre otras razones declaran en el planteamiento general, dentro de la introducción, lo siguiente:

“A sus veinte años de vigencia, el Código Penal Salvadoreño puede considerarse relativamente nuevo, pero si se toman en cuenta los hechos que la sociedad salvadoreña ha vivido durante ese tiempo, es fácil comprender, que si en aquel momento, cuando entró en vigencia represento un adelanto dentro del desarrollo de la ciencia penal y la técnica legislativa, en la actualidad ya no se perfila de la misma manera porque su contenido no guarda congruencia con el texto de la Constitución de 1983, ni con la realidad política y social que vive El Salvador.

Es por tales razones, que el anteproyecto del nuevo Código Penal parte de la base de que en el momento actual, es necesario rediseñar nuestro derecho penal, porque no se puede combatir eficazmente la delincuencia con más delincuencia como la práctica lo demuestra en nuestro medio”.

Hay que tener claridad, que ese rediseño marca únicamente la necesidad de corregir un problema de técnica jurídica, debe tenerse conciencia, de que el poder penal es una de las manifestaciones más poderosas del Estado y

---

<sup>139</sup> En la exposición de motivos del código penal de 1998, fechados San Salvador, 25 de mayo de 1994; se dicen cuales deberán ser los lineamientos que orientan al anteproyecto del actual código, sobresale en ellos lo atinente a las garantías penales mínimas, que se desarrollan en el Libro I.

que por ello debe ser legislado cuidadosamente, con arreglo a ciertos lineamientos de política criminal.<sup>140</sup>

Conviene aquí el recordar que en las normas Jurídico Penales se encuentran normas que mandan el realizar o prohíben determinadas conductas, en el caso específico que se abordan como son los delitos de Proposición y Conspiración se prohíbe el realizar cierta conducta, la cual se constituye como ya se expresó en un mero proceso psicológico, pues no existe aquí relación alguna entre personas, pues los pensamientos íntimos no deben ser objeto de su consideración, de allí que el castigarlos sería invadir el campo de la conciencia, aun cuando se les exponga a conocidos y sean del conocimiento de terceros, no causan daño, ni constituyen peligro para bien jurídico alguno.

A esto se suma el hecho de que las referidas figuras se hallan sancionadas con las mismas penas que se impondrían si se consumase esta; por ejemplo, citemos el caso del homicidio agravado que tiene una pena de 30 a 50 años y este es precisamente el mismo marco penal o ámbito de juego con el que el juzgador se encuentra a la hora de individualizar la pena de un delito en que se aplica la Proposición y Conspiración en el caso

---

<sup>140</sup> Que orientan el anteproyecto son los siguientes:

- e) **El derecho penal debe ser, fundamentalmente, un derecho penal garantista** que limite efectivamente el poder penal del Estado y en consecuencia evite los abusos del poder;
- f) **El derecho penal debe ser efectivo**, como un mecanismo para restringir la violencia social, para poder constituirse en una verdadera vía institucional para la solución de los conflictos sociales.
- g) **El derecho penal debe ser un recurso extremo, el ultimo** que utiliza el estado para resolver un conflicto; y
- h) **El derecho penal debe ser orientado, para que se ocupe de los conflictos verdaderamente graves provocados** por las clases que detentan el poder político económico y social; tales como la delincuencia económica, la corrupción y la violencia estatal, etc., y, en general, todas aquellas conductas que tradicionalmente se cobijan bajo el manto de la impunidad y deje de cumplir selectivamente una función represiva en contra de las clases marginadas de la sociedad.



de homicidio agravado, lo cual es claramente una flagrante violación del Principio de Proporcionalidad de la pena.

Del mismo modo se ve la manifiesta innecesaridad de la punición<sup>141</sup> de estas conductas primero por la falta de lesividad de las conductas y luego por el exceso en las penas de las mismas, sin mencionar el hecho de que su regulación es un reflejo de una Política Criminal improvisada, que da como resultado la aplicación o existencia de un Derecho Penal Simbólico.

El Principio de Lesividad del Bien Jurídico se erige entonces, como una barrera ineludible que deslegitima la existencia de un sistema penal que se oriente a proteger otros intereses que no constituyan Bienes Jurídicos; ello se deriva de las consecuencias emanadas de dicho principio que exige para determinar la punición de una conducta, que esta revista una lesión para un bien jurídico, o al menos que la modalidad de la conducta despliegue un peligro potencial o riesgo para éste, lo que da como resultado la existencia de criterios para determinar que conducta deba ser merecedora de sanción, y en qué medida o proporcionalidad deberá castigarse; pero para conocer estos criterios es importante responder antes, ¿Qué es un bien jurídico?.

#### **4.2.1.4.8.4.3.2 BIEN JURÍDICO.**

Debe señalarse que el Derecho, entendido como un conjunto de normas jurídicas, cuyas características de coercibilidad y bilateralidad, permiten diferenciarlas de otros conjuntos normativos, como los convencionalismos sociales y de normas morales, que protegen bienes jurídicos, con lo afirmado hasta el momento, nos permite descubrir, entonces la importancia de determinar ¿qué es el bien jurídico?, y más aún en nuestro campo de aplicación EL DERECHO PENAL, el cual se circunscribe dentro del conjunto normativo. Constituye por tal razón un conjunto normativo que no es ajeno a

---

<sup>141</sup> Vease... JESCHECK, HANS-HEINRICH, Tratado; Op. Cit., p 90. La justificación de la pena reside en su necesidad para mantener el orden jurídico entendido como condición fundamental para la convivencia humana en la comunidad...

estas consideraciones de carácter medular en la determinación de su objeto de protección. Y donde se acentúa con más eficacia y rigor la coercibilidad del estado, a través de la imposición de penas.

En un primer momento es necesario diferenciar que existen Bienes jurídicos, y Bienes Jurídico Penales, en la delimitación de cada uno de los anteriores, partimos del criterio material de la naturaleza de las normas que los protegen, así bienes jurídicos son **“todos aquellos objetos, valores, o relaciones protegidas por una norma jurídica”** y Bienes Jurídico Penales son **“El objeto Protegido de forma concreta por los diferentes preceptos penales y cuya lesión o puesta en peligro tiene como consecuencia la imposición de una sanción”**.

En la Doctrina existen diferentes teorías que exponen el concepto de Bien Jurídico; de las cuales se desarrollan dos teorías la primera se orienta a legitimar la punición (Proposición y Conspiración) la segunda desde una perspectiva diferente brinda criterios que pueden deslegitimar la existencia de delitos como (Proposición y Conspiración).

#### **4.2.1.4.8.4.3.3 TEORÍA SOCIOLÓGICA DEL BIEN JURÍDICO O TESIS DE LA DAÑOSIDAD SOCIAL.**

La propuesta principal de esta teoría parte de cambiar el concepto de bien jurídico por la indefinición y problemas conceptuales y limitantes que presenta y sustituirlo por el concepto de dañosidad social.

Esta tesis es sostenida en la actualidad por los representantes de la escuela funcionalista del derecho penal<sup>142</sup>. Todos los comportamientos

---

<sup>142</sup> Bajo dicha escuela se adscriben diferentes orientaciones, que pretenden desarrollar un sistema racional final, teleológico o funcional, del derecho penal, que parten de rechazar el punto de partida de la teoría finalista el sistema jurídico penal no puede vincularse a conceptos previamente determinados como acción, causalidad, si no que única y exclusivamente por los fines del derecho penal., autores como GUNTHER JACKOBS, BERND SCHUNEMAN, y CLAUS ROXIN. este último con una posición diferente en cuanto

disfuncionales a la colectividad, es decir que todo aquel fenómeno social que impida o dificulte que el sistema social de la comunidad solucione los problemas relativos a su supervivencia será susceptible de ser prohibido coactivamente mediante la amenaza de la pena, en ese sentido.

Por tal motivo sostiene Gunther Jackobs, una conducta debe ser perturbadora del orden social de lo contrario cualquier conducta que no sea “perturbadora” objetivamente o según la opinión de los ciudadanos, debe quedar excluida del ámbito penal por su falta de referente social, por eso la conducta delictiva ha de pasar un filtro relativo a determinar primero las consecuencias nocivas de la acción, más allá del quebrantamiento de las normas.

En contra de dicha tesis se pronuncia Bustos Ramírez, al expresar que la tesis de “la dañosidad social conduce a aceptar el postulado Neopositivista, de mantener el orden tal como lo hubiera diseñado el legislador en un momento dado”. En ese mismo orden de ideas se pronuncia Claus Roxin, al expresar “Partir de las condiciones de existencia del sistema social, para la determinación de lo punible significa abandonar la concepción liberal del bien jurídico y su procedencia del individuo”.

#### **4.2.1.4.8.4.3.4 TEORÍAS CONSTITUCIONALISTAS DEL BIEN JURÍDICO.**

Esta teoría parte de considerar la Constitución como una expresión en el plano material del consenso y voluntad de los miembros de la comunidad, como expresión jerarquizada de las condiciones esenciales necesarias para el funcionamiento de la comunidad. Genera como lógica consecuencia una positivización lo que se considera como bien jurídico en un rango superior, es decir las condiciones que son necesarias para lograr alcanzar las condiciones de coexistencia entre los miembros de la comunidad.

---

al concepto de bien jurídico, ROXIN CLAUS, (1993), *“Derecho Penal Parte General”*, pág. 55.

En ese orden de ideas para obtener un concepto de Bien Jurídico a partir de la Constitución deben concurrir dos requisitos<sup>143</sup>:

- 1) Ha de suponer una posibilidad de participación en el sistema social que sea empíricamente necesaria para el funcionamiento.
- 2) Tal posibilidad de participación ha de aparecer directa o indirectamente recogido en el texto constitucional, en tanto exponente externo de las condiciones a las cuales la comunidad aspira y que por otra parte juzga fundamentales para su convivencia...

Los Bienes Jurídicos desde una perspectiva constitucional<sup>144</sup> según Roxin: “Son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines para el funcionamiento del propio sistema”. Con la definición “circunstancias dadas y finalidades” en vez de intereses de manera general, quiere expresar que este concepto de bien jurídico abarca los estados previamente hallados por el derecho como los deberes de cumplimiento de normas emanados por ellos, de la anterior consideración parten los límites dados al legislador y son previos a la criminalización de una conducta.

Así por ejemplo: el artículo 1 de la Constitución en su inciso segundo: “reconoce como persona humana desde el momento de la concepción” se complementa con el artículo 2 de la constitución “el derecho a la vida de toda persona” con lo anterior se establece como condición esencial para el desarrollo pleno de una persona, la protección de la VIDA del ser humano, pues se considera como una condición y presupuesto esencial para la

---

<sup>143</sup> SERRANO PIEDECASAS FERNÁNDEZ, JOSÉ RAMÓN, (2003) *“Manual de Teoría Jurídica del Delito”*, 1ª Edición, San Salvador, El Salvador; Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial. Pág.51.

<sup>144</sup> “Bien Jurídico emana de la Constitución...ROXIN CLAUS. Ibid. Pág. 57.

existencia de una persona y en suma para lograr los objetivos planteados en la carta magna.

Encontramos así en el artículo 128 y siguientes del Código Penal preceptos penales que protegen la vida del ser humano frente a ataques que generan un peligro o lesión a la VIDA del ser humano, el legislador realiza una función protectora con la creación de figuras como el Homicidio, que actúan como elementos preventivos en la colectividad que persiguen prevenir acciones o conductas que atenten contra la vida de las personas.

#### **4.2.1.4.8.4.3.4.1 LA PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS.**

Se alude por la doctrina dominante que el Derecho Penal, protege Bienes jurídicos, y que el legislador al criminalizar una conducta, es decir elevarla a la categoría de delito, debe determinar que esta constituye una conducta lesiva para un bien jurídico concreto o cuando menos ponga en peligro un bien jurídico. Exigencia que se vincula directamente con el Principio de Lesividad del Bien Jurídico.

Lo que implica que la intervención del derecho penal o “Ius Puniendi” encuentra su legitimación cuando esta conducta constituya un peligro de lesión o lesión efectiva para un bien jurídico, no puede justificarse aun cuando se le quiera matizar como necesaria la intervención del derecho penal, porque es una exigencia de la “sociedad” o por el “aumento de criminalidad” no solo por lo volátiles que resultan algunos de estos conceptos, y su maleabilidad política, es por ello que lo que constituye “EL MERECEIMIENTO DE PROTECCIÓN PENAL”, sólo tiene significado a partir que se determina que un conducta constituye un peligro de lesión o lesión efectiva.

Estrechamente vinculado a lo expuesto se encuentra el Principio de Fragmentariedad del derecho penal, es decir que el Estado solo debe

intervenir en la solución de un conflicto utilizando el derecho penal cuando no sea posible, y siempre y cuando se hayan agotado otras vías menos represivas como la solución del conflicto entre los intervinientes directos, la conciliación, intermediación, o aun la intervención coactiva del estado del derecho civil o administrativo para mencionar un ejemplo. Ello para posibilitar un límite frente a las intromisiones estatales más duras a la libertad de los ciudadanos.

#### **4.2.1.4.8.4.3.4.2 LA PUESTA EN PELIGRO DE BIENES JURÍDICOS.**

En la determinación de una conducta como delito; debe establecerse en primer momento las formas de ataque a un Bien Jurídico en la actualidad es Tesis dominante que existen dos formas de ataque la primera alude a una lesión efectiva del bien jurídico, la segunda hace referencia a las acciones en las cuales el Sujeto Activo realiza una conducta que genera peligro al Bien Jurídico.

Estas dos formas de ataque se consideran entonces lo que se denomina “criterios en la determinación de la lesividad del bien jurídico.” Nuestra Legislación Penal adopta la tesis del Principio de Lesividad del Bien Jurídico, como criterio orientador idea que recoge nuestra legislación en el artículo 4 del Código Penal.

Y es a la luz de la cual se analizara la Proposición y Conspiración, tal consideración parte de efectuar una valoración, y se justifica la punición de estas figuras en el hecho que constituyen una puesta en peligro para el Bien Jurídico, pues en ellos no existe una lesión concreta para un bien jurídico por tanto son casos únicamente de adelantamiento de las barreras del derecho penal, al constituirse como actos previos a la lesión del bien jurídico que representan un peligro.

Se analizará los requisitos que deben concurrir para considerar una conducta como creadora de peligro para el bien jurídico concretamente LA PROPOSICIÓN Y CONSPIRACIÓN la interrogante nos lleva en primer momento a cuestionarnos ¿Qué significa el concepto peligro? Generalmente se suele confundir el grado de Peligro (Situación de Peligro). Y Juicio de Peligro.

En el primer concepto se hace referencia, a aquellas circunstancias que concurren en la acción concreta, y de manera objetiva, como el grado de probabilidad de lesión al bien jurídico, el riesgo permitido, Bien Jurídico, y la situación en que se desarrolla el Riesgo,<sup>145</sup> El juicio de Peligro, alude a la valoración que realiza en el caso concreto el Juzgador para determinar si sobre la situación planteada concurre una situación de “Peligro”. Realizada la diferenciación en los anteriores conceptos. Partiremos del concepto de peligro que nos explica en qué casos estamos en presencia de una situación de peligro.

Es decir el concepto que vincula “al conjunto de circunstancias que concurren en una acción constatables objetivamente y que son generadoras de riesgos para un bien jurídico” estos aspectos materiales que deben concurrir para sancionar una conducta que constituye una puesta en peligro de un bien jurídico. Son los que se analizan a continuación, pero destacando que en la consideración de esas circunstancias existen diferentes teorías que se detallan a continuación.

#### 4.2.1.4.8.4.3.4.3 TEORÍAS OBJETIVAS DEL PELIGRO.<sup>146</sup>

En Alemania Horn funda la teoría científico natural del resultado de peligro, en la cual para determinar la existencia de un peligro se atiende las leyes naturales o más específicamente causales conocidas, y estas son

<sup>145</sup> En este sentido, la Doctora, MIRENTXU CORCOY BIDASOLO; (1990). *“Delitos de Peligro Y Bienes Jurídicos Supraindividuales”*. pág. 33.

<sup>146</sup> HORN, KONKRETE GEFARDUNGSDELICTI. Koln.1973.

circunstancias que indican la presencia de un peligro para el bien jurídico, se busca aquí un criterio ontológico, al buscar las causas que implican un peligro y que son complementadas con un conocimiento del juez en el caso concreto que según su experiencia son acciones idóneas para lesionar un bien jurídico.

Al respecto se han planteado dos críticas fundamentales, una dirigida a la discrecionalidad del juez en el caso concreto al establecer que sea el en el caso concreto quien determine que situaciones según su experiencia son potencialmente peligrosas.

Otra crítica se orienta en el sentido que para condenar a una persona se exige una certeza positiva de su participación en un hecho punible, con certeza y no determinada con leyes fundamentadas en la probabilidad, es decir sentencias que condenen “por existir probablemente un peligro para la vida de Y”. Como ya puede advertir el lector una sentencia en ese sentido carecería totalmente de legitimación.

Pero veamos en el caso que nos ocupa los delitos de Proposición y Conspiración, no puede servir de fundamento esta tesis pues imposible a priori establecer los supuestos en los cuales se puede generar un resultado de peligro, es decir cómo establecer que con la sola propuesta de cometer un delito o con el concierto de voluntades para delinquir o realizar un hecho a futuro la VIDA, EL PATRIMONIO, LA LIBERTAD, han sido puestos en peligro, cuando según la naturaleza de estos tipos penales el sujeto activo aun no trasciende con su comportamiento al mundo exterior si no que generalmente son conductas realizadas en el ámbito privado, determinad.

En principio por la necesaria confianza y vínculos de amistad, sanguíneos, laborales que existen entre el sujeto que propone y al que se le propone la realización del ilícito o en el caso de los conspiradores entre los que se conciertan, dichos comportamientos entonces no trascienden a la



esfera concreta del sujeto pasivo, no debe olvidarse que bien jurídico, implica determinación al patrimonio específico de una persona es decir en el caso de los bienes jurídicos individuales dirigidos a un sujeto específico, el objeto de protección en los tipos de Proposición y conspiración hace necesaria la valoración en relación a un sujeto pasivo específico la cual es imposible de realizar si no existe un comportamiento expresado como peligro para la esfera del sujeto pasivo.

#### **4.2.1.4.8.4.3.4.4 TEORÍAS SUBJETIVAS DEL PELIGRO.<sup>147</sup>**

La teoría parte de un concepto de peligro inmerso en las corrientes positivo-naturalísticas dominantes, en su momento el peligro se concibe como desconocimiento de las leyes causales, el peligro solo existe en la mente del sujeto que tiene una imagen subjetiva, no real del mundo basada en la experiencia, la posibilidad o probabilidad de la producción de un resultado dependerá de la mayor o menor exactitud de los datos que conocemos, el peligro en consecuencia es producto del error humano.

El problema para esta teoría es que confunde el juicio de peligro, es decir la valoración de una situación como peligrosa con un concepto de peligro.

La diferencia sustancial entre teorías objetivas y subjetivas Radica en que para las primeras, el peligro existe en El mundo real y en el juicio de peligro solo se constata la existencia de ese peligro. En las segundas el juicio de peligro tiene un carácter constitutivo del peligro y no meramente declarativo.

Las dificultades que entraña encontrar un concepto de peligro válido para el derecho penal ha llevado a algunos autores a defender un concepto de peligro presunto afirmando que el legislador en los casos de peligro abstracto realiza una presunción *iures et de iure* sobre la peligrosidad de algunas modalidades de conducta. Este planteamiento no puede ser aceptado por

---

<sup>147</sup> Op.cit pagin 32. Mirentxu Corcoy Bidasolo...Delitos de Peligro.

cuanto, este de relieve como la relevancia penal de una conducta proviene de la peligrosidad que supone de ella por lo que no tiene sentido castigar, cuando desde el primer momento la peligrosidad aparece como inexistente.

Hay aquí ausencia de la función preventiva por la imposibilidad de motivar, el peligro ex ante para un bien jurídico penal es presupuesto esencial de la teoría del delito por cuanto ese peligro es el que debe activar la función motivadora de la norma primaria.

La determinación de un verdadero concepto, pasa por definir un concepto material de delito que pueda dotar de sentido la sanción de una conducta como delito, la existencia de un entendimiento del peligro como presunto implica que se castigaría también en los casos en que el peligro se hubiese excluido y donde faltaría la antijuricidad material entendida como lesividad.

#### **4.2.1.4.8.4.3.4.5 TEORÍA NORMATIVA DE PELIGRO.**

Para esta teoría el peligro de la relevancia de la conducta, desde el plano del injusto típico, el tipo objetivo supone la creación de un riesgo grave para un bien jurídico penal- o el no control de un riesgo equiparable a su creación. La constatación del peligro-ex ante para lesionar el bien jurídico será el presupuesto común a los delitos de peligro.<sup>148</sup>, es decir una probabilidad de lesión. En la valoración de dicha probabilidad hay que tomar en cuenta, la clase de bien jurídico afectado y en concreto el ámbito de actividad donde se desarrolla esa situación.

Nos interesa determinar los criterios que utiliza el legislador al momento de establecer en abstracto una conducta como peligrosa objetivamente para un bien jurídico, a partir de la cual extraer los elementos mínimos que deben concurrir en los tipos penales de la proposición y conspiración para considerarse como situaciones objetivas de peligro.

---

<sup>148</sup> *Ibíd.* ob.cit. 40,41.

De lo anteriormente expuesto podemos colegir que para ser legítima la criminalización de una conducta de peligro deben ser valorados en un primer momento por el legislador al determinar en abstracto si existe una concreta situación de peligro a la luz de los siguientes criterios:

- Bien Jurídico Puesto en Peligro. En el caso de los tipos penales que sancionan la proposición y conspiración se ubican sistemáticamente en relación a un bien jurídico, ello no significa por ser una legitimación, de la intervención penal, se justificaría en parte según opiniones en el caso de proposición y conspiración en el caso de homicidio al expresar la necesaria protección de la vida pero al realizar un análisis de estas conductas en relación a la libertad y en relación al patrimonio parece excesiva la intervención punitiva, ¿cómo puede establecerse que el patrimonio de Z o la libertad de Y se ha puesto en peligro? o político criminalmente que se hace conveniente para evitar la comisión de nuevos delitos sancionar actos internos del sujeto exteriorizados.

No puede justificarse en el caso de la proposición y conspiración los delitos contra el patrimonio y especialmente en el caso de los delitos contra la libertad,

- Grado de Probabilidad de Lesión. Conducta relevante para el derecho penal dependerá de la idoneidad de ese peligro para lesionar el bien jurídico, el grado de probabilidad necesario para convertir una acción merecedora de tutela penal debe rozar con certeza la lesión, un comportamiento se puede calificar como peligroso cuando el autor no está en situación de impedir o evitar con seguridad una lesión que se tiene por posible y en la que su integridad depende de influencias de distinto signo. La probabilidad puramente objetiva, se determina como un indicio, el grado de conocimiento del sujeto activo de la probabilidad de lesión, y posibilidad de evitación son parte del objeto del análisis.

- Riesgo Permitido: la norma penal solo pretende prohibir peligros que pudieran haber sido conocidos por el autor en el momento concreto de acuerdo con las circunstancias concretas que concurrieron con el hecho. es decir que conductas son toleradas y de una ponderación de intereses en la actividad social realizada.

Ahora que conocemos lo anterior debemos responder las siguientes interrogantes:

¿Cuándo Una Acción es peligrosa? Partimos de dos momentos en la determinación de conductas penalmente relevantes el de determinación en abstracto determinación realizada por el legislador, entonces, debe analizarse el peligro normativo como “probabilidad de lesión de un bien jurídico penal” debiendo de suponer dicha probabilidad seguridad de lesión para que este legitimada su consideración típica.

¿Que debe entenderse por Puesta en Peligro? Alude al momento concreto en que una conducta ha generado un peligro de lesión para un bien jurídico concreto.

¿El Peligro es Ex ante, o Ex Post a la realización de una acción? Al respecto debe diferenciarse que la determinación de la situación de peligro conlleva un análisis de dos momentos, un momento que viene vinculado a determinar previamente a la realización de una conducta aquellas condiciones o medios que desplegados en el accionar se consideran idóneas de lesionar un bien jurídico constituyéndose como expresión de los diferentes grados de peligro, si se despliega en este sentido el análisis se dice que estamos en un momento, previo o ex ante en la determinación de la puesta en peligro del bien jurídico.

Peligro Ex Post, a la realización de una conducta, conlleva el análisis posterior a la realización de la acción y se orienta a determinar por qué circunstancias no se lesiono un bien jurídico y a partir de ese juicio inferir si

en el caso concreto el despliegue de esa acción que no genere un resultado lesivo, si constituyo una puesta peligro.

Una aproximación a los criterios materiales que fundamentan la puesta en peligro de un bien jurídico, es decir las diferentes teorías que expresan los requerimientos mínimos al legislador para crear nuevos tipos penales, en los que se criminalizan comportamientos que constituyen delitos de peligro, es necesario aclarar, que la proposición y conspiración, de conformidad a los criterios anteriormente desarrollados no constituyen acciones que revelen un accionar peligroso para un bien jurídico, lo anterior no debe significar que lo importante es la protección de bienes jurídicos y que el núcleo del derecho penal lo constituye dicho axioma, lo que implicaría un aumento de la intervención penal desmedido en aras de proteger un bien jurídico sobre cualquier cosa y precio.

La aparente consecuencia de establecer a priori sin un fundamento técnico y racional la determinación de delitos, y su correlativa sanción, como la proposición y conspiración, Es la creación de presunciones de peligro<sup>149</sup>, anticipadas a cualquier exteriorización de comportamientos. Es decir que conductas son toleradas y de una ponderación de intereses en la actividad social realizada.

#### **4.2.1.4.8.4.3.5 DESVALOR DE LA ACCIÓN Y RESULTADO EN LOS DELITOS DE PROPOSICIÓN Y CONSPIRACIÓN.**

Nuestro ordenamiento Jurídico Penal, exige por imperativo del Principio de Lesividad del Bien Jurídico, preceptuado en el artículo 4 del Código penal, que una conducta humana merecedora de una sanción penal debe ser lesiva o constitutiva de peligro para un bien jurídico, tal como se desarrolló

---

<sup>149</sup> MIR PUIG SANTIAGO, (1990). *“Derecho Penal Parte General”*, 4 edición, Barcelona, pág. 209, pone delito en el código penal no significa “per se” que se proteja bien jurídico alguno, por tanto un concepto material de bien jurídico, es anterior a su definición por la norma penal, y preguntarse si existe en primer momento un bien jurídico, quien proteger.

anteriormente el ataque a un bien jurídico puede revestir cualquiera de estas dos modalidades, y en suma es lo que constituye el sustrato de la valoración de la antijuricidad materialmente entendida. La peligrosidad de una conducta se erige entonces como requisito para la determinación de su antijuricidad,<sup>150</sup> veamos a manera de ejemplo:

Z piensa matar a Y; Z clava alfileres a un muñeco en la creencia que con ello matara a Y; Z dispara a Y logrando causarle la muerte; Z causa la muerte a Y al conducir de manera imprudente en la carretera un vehículo automotor. Cada uno de los supuestos que se han expuesto son valorados de forma diferente, representan acciones que tienen diversas consecuencias para el derecho penal, en el primer supuesto estamos en presencia de un acto interno que no trasciende el ámbito de lo privado, excluido por ello de connotación penal.

El segundo caso es un supuesto de tentativa inidónea, nótese que se expresa ya un contenido volitivo dirigido a causar un resultado, pero que es imposible alcanzar por el medio seleccionado, por tanto se excluye también del ámbito de lo punible, en los últimos ejemplos el sujeto activo genera un resultado lesivo al bien jurídico VIDA, pero es valorado de forma diferente en el primero es un hecho calificado como Homicidio Doloso sancionado de conformidad al artículo 128 Cod. Pn; y en el artículo 132 se sanciona Homicidio Culposos que es el último supuesto.

Nos preguntamos entonces ¿qué es lo importante en la determinación de una conducta como peligrosa y por tanto antijurídica? La intención expresada por el sujeto activo o la creación de conductas peligrosas para los bienes jurídicos, al respecto se han suscitado diferentes polémicas en la doctrina tal como se expone.

---

<sup>150</sup> SOLA RECHE, ESTEBAN, (1996), Obra, *“La Llamada Tentativa Inidónea”*, Aspectos Básicos. pag.74. Granada.

#### 4.2.1.4.8.4.3.5.1 DESVALOR DE LA ACCIÓN.

Esta tesis surge promovida en sus inicios por los autores partidarios de la teoría finalista según los cuales la finalidad dirigida a un resultado es ya elemento integrante de la acción, por tanto esta ha de tener un valor central para el tipo y para el injusto. Comprendiendo el concepto “desvalor” alude a un juicio negativo que se realiza sobre un conducta por ser contraria al ordenamiento jurídico, y en esta valoración la antijuricidad es siempre desaprobación de un hecho referido a un determinado autor<sup>151</sup>, esta idea por tanto otorga importancia no solo a la acusación de resultados lesivos para el bien jurídico, sino también al contenido de la voluntad de una persona en cuanto expresión de actividad humana. Por tanto importa el contenido de la voluntad de una persona es por ello que se alude al concepto “Injusto Personal” para hacer referencia de una conducta con un contenido antijurídico, como ya se notó en esta tesis.

Se valora tanto el despliegue de la conducta referida a un autor, pero al mismo tiempo se valora la concurrencia de un resultado lesivo o de un resultado externo de peligro a un bien jurídico, constituye esta tesis una superación a los planteamientos positivistas que acentuaban el contenido de la antijuricidad de una conducta únicamente en la constatación de un peligro para el bien jurídico.

Esta concepción que valora tanto la concurrencia de un desvalor de acción por que otorga una importancia a la actitud desplegada por el sujeto activo sin olvidar la referencia a un bien jurídico concreto, se conoce también como “Doctrina Dualista del Injusto” mayoritaria en la doctrina.

---

<sup>151</sup> Idea planteada inicialmente por HANS WELZEL, (1983). Traducida por EDUARDO GARCÍA MAINEZ, Universidad Nacional Autónoma de México, UNAM, México, y retomada por CLAUS ROXIN. En su obra **“Derecho Penal Parte General”**, pág.320.

#### **4.2.1.4.8.4.3.5.2 LA CONCEPCIÓN DEL INJUSTO COMO DESVALOR DE LA ACCIÓN.**

Frente a las anteriores ideas se ha desarrollado una reciente orientación<sup>152</sup>, que pretende basar el injusto penal, no en la concurrencia de resultados, si no en la apreciación del desvalor de la acción bastando con la presencia de una voluntad antinormativa del autor, exteriorizada, para considerar una acción como antijurídica, basándose en que el derecho penal, prohíbe la realización de acciones no de resultados; así en el caso del Homicidio Simple del artículo 128, el legislador prohíbe la realización de acciones que puedan ocasionar la muerte de una persona NO mandar o prohibir la producción de resultados.

Las consecuencias político criminales tal como las desarrolla ROXIN, si se desarrollan hasta sus últimas consecuencias, una teoría que prescindiendo de todo resultado externo, si no únicamente en el desvalor de la intención, elevaría los casos de la tentativa imposible y la expresión de ideas al ámbito de lo punible, con lo que se desembocaría en un derecho penal de lo interno.

#### **4.2.1.4.8.4.3.5.3 ANTIJURICIDAD FORMAL Y ANTIJURICIDAD MATERIAL.**

Que una conducta sea considerada Antijurídica, implica considerar que el comportamiento del sujeto activo es contrario al ordenamiento jurídico, es decir que el sujeto ha actuado de un modo negativo al esperado por el ordenamiento jurídico ha realizado una conducta prohibida o ha omitido actuar según sea el caso.

---

<sup>152</sup> Inicialmente Aurminn Kauffman, seguido por Zielinski, cuya obra expuesta en (1973), "Handlungs-Lungs und Erfolgsunwert" lleva la teoria a de la accion final hasta una perspectiva radical, en America expone el contenido de su obra Marcelo Sancineti con su obra "Teoria del Delito y Disvalor de la Accion"



Si decimos que el sujeto ha actuado de manera contraria al derecho penal estamos en presencia de la llamada antijuricidad formal, otra tesis se inclina por considerar la llamada antijuricidad material, en la cual exige que el sujeto activo del delito no solo haya actuado contrario a lo preceptuado en la norma penal si no que con su acción haya lesionado o puesto en peligro un bien jurídico tutelado en la norma penal. Esta última afirmación es sostenida por los que consideran el principio de lesividad del bien jurídico como criterio fundamental en la incriminación de una conducta.

Los partidarios de la tesis de la antijuricidad formal, son partidarios de la llamada "Teoría del Quebrantamiento de la Norma" en la cual lo que interesa al derecho penal es garantizar la vigencia de la norma penal, y por ello es justificable la sanción de cualquier acción que vaya encaminada a romper la vigencia de la norma penal.

#### **4.2.1.4.8.4.3.5.4 ¿LA PROPOSICIÓN Y CONSPIRACIÓN SON ACCIONES ANTIJURIDICAS?**

Se ha desarrollado en el capítulo II la estructura de los tipos penales que sancionan la Proposición y Conspiración corresponde en este apartado profundizar en el contenido de estos tipos penales respecto a su antijuricidad, y más específicamente un contraste en relación al principio de lesividad como criterio orientador, es por ello que el análisis se realiza en dos aspectos uno referido a la determinación de la existencia de la antijuricidad material y otro vinculado al fundamento que se expone en la tesis dualista del injusto personal.

Los tipos penales que sancionan la Proposición y Conspiración no son tipos de peligro concreto, si no actos internos que se exteriorizan y en virtud de una decisión del legislador se adelanta la barrera de intervención penal, se ha señalado que el fundamento para esta decisión de política criminal emana en la existencia de un supuesto peligro para un bien jurídico bajo el

cual se ha sistematizado en cada caso. En virtud de la exigencia emanada de la constatación material de peligro para fundamentar la lesividad se extrae como consecuencia que en los tipos de Proposición y Conspiración no es posible fundamentar ni si quiera en abstracto un peligro real para un bien jurídico.

Se alude con frecuencia que en los delitos de peligro concreto es necesario señalar el peligro que ha significado una acción para un bien jurídico, y en este caso en vez de un resultado de lesión, como en los delitos de resultado se exige la concurrencia de un resultado de peligro como en el caso del disparo de arma de fuego, y en el caso de la Proposición y Conspiración para cometer el delito de homicidio agravado, aun cuando pareciera constituirse como delito de peligro concreto no es posible establecer con precisión la existencia del peligro para el bien jurídico VIDA. La significación social de reproche que puede extraerse de quien realiza estas conductas en modo alguno puede sustituir el contenido de la exigencia y constatación material de lesividad.

En nuestra legislación el fundamento del ordenamiento jurídico penal se sustenta en principios que vinculan tanto al legislador como al juzgador, por tanto el irrespeto de este axioma deslegitima cualquier intervención del derecho penal se expresó en los párrafos precedentes que el fundamento de la antijuricidad, partía en primer momento de la constatación de una situación de peligro y se complementaba con el análisis del desvalor de la acción, es decir si concurría un INJUSTO PERSONAL, es posible hablar de fundamento de la antijuricidad, en modo alguno puede entonces aceptarse que el único criterio sea el desvalor de la acción, en el caso de los delitos de Proposición y conspiración se expone que es posible fundamentar en principio que estos actos son una manifestación de voluntad contraria a una norma jurídica pero es irrelevante en el sentido que no es posible constatar un peligro real para un bien jurídico específico.

Por tanto no puede determinarse como fundamento de la punición de estos actos la mera exteriorización de acciones internas a terceros.

#### **4.2.1.4.8.4.3.6 LAS ETAPAS DEL “ITER CRIMINIS” Y SU RELACIÓN CON LAS FIGURAS DE LA PROPOSICIÓN Y CONSPIRACIÓN.**

El análisis de las figuras de Proposición y Conspiración conlleva el estudio de la Teoría del Iter Criminis, para determinar dónde ubicarlas dentro de este. Aclarando desde ya que aún este punto es motivo de divergencia entre los diversos autores que estudian el Iter criminis. Para ello estudiaremos, las principales ideas doctrinarias respecto de las etapas del Iter Criminis, defendida por autores de la talla de Luis Jiménez de Asúa y Francesco Carrara, entre otros y por el citado Dr. Arrieta Gallegos (autor nacional), autores clásicos del Derecho Penal, así como los de autores modernos como Serrano Piedecabras y otros, y finalmente concluiremos cual es la fase en que se ubican las figuras y el porqué de nuestra decisión.

Aclarando que dicho estudio se realiza desde un punto de vista doctrinario. Teniendo en cuenta la Voluntad Criminal, (es decir la resolución que se ha tomado internamente por parte del Sujeto Activo), excluyendo para ubicar a la Proposición y a la Conspiración en las Fases del Iter Criminis, la descripción y delimitación legal de las figuras, puesto que desde dicha óptica la conducta ya ha logrado Consumarse, diferente es si se aborda desde la perspectiva de la teoría del Iter Criminis, las figuras de la Proposición y Conspiración se consideraran Actos Preparatorios y no actos ejecutivos, como se verá más adelante. Este será el enfoque que se seguirá en este apartado ubicar la Proposición y Conspiración en las fases del Iter Criminis.

##### **4.2.1.4.8.4.3.6.1 LAS FASES DEL ITER CRIMINIS.**

El estudio de esta temática requiere, primeramente, establecer en palabras sencillas, que es el Iter Criminis, y para ello citaremos lo dicho por el

Doctor Arrieta Gallegos: “Se conoce con el nombre de Iter Criminis o vida del delito, a la continuidad de momentos o situaciones diversas perfectamente definidas en las que la acción delictiva va manifestándose en forma sucesiva, desde su origen o ideación (fase interna) hasta su consumación objetiva (fase externa).

Es posible, de igual modo el aplicar lo dicho por el autor español Serrano Piedecabras Fernández, José Ramón, para quien el iter criminis es: “el recorrido que sigue el autor de un hecho delictivo desde el momento en que concibe la idea de cometerlo hasta el de la consumación.

Y agrega – es claro que la imagen de un delincuente que actúa “paso a paso” es ideal, pues en muchos casos media solamente un instante entre la concepción de la idea y su ejecución; a efectos didácticos, sin embargo, conviene mantener esa imagen de un “iter” prolongado en el tiempo para así jalonar con mayor facilidad sus momentos esenciales.” Y es dentro de estas fases de desarrollo de la conducta delictiva que se vuelve necesario ubicar a las figuras de La Proposición y Conspiración, pero antes es necesario el comentario de las diversas fases del Iter Criminis.

#### **4.2.1.4.8.4.3.6.2 LA FASE INTERNA DEL ITER CRIMINIS:**

Así, primeramente hallamos la fase interna – que según lo dicho por el Doctor Arrieta Gallegos – El primer ciclo psicológico en la gestación del delito, lo constituye la ideación seguida de la concepción, a la que se le llama idea criminal concebida, estas constituyen la llamada fase interna del delito;<sup>153</sup> Esta por tanto, integrada por tres momentos o sub-fases:<sup>154</sup>

- a) Ideación: La idea es la representación mental de algo - de alguna cosa –que inicialmente se nos puede presentar en forma vaga para

<sup>153</sup> ARRIETA GALLEGOS, MANUEL, (1972), “*Lecciones de Derecho Penal*”, Lección Duodécima pág. 329.

<sup>154</sup> En idéntico sentido... GÓMEZ DE LA TORRE, IGNACIO BERDUGO, (1996), “*Lecciones de Derecho Penal, Parte General*”, 2º Edición, España, Pág. 278 párrafo 1.

después configurarse con caracteres definidos. En lo que nos interesa explicar, o sea, la concepción y nacimiento del delito, ese algo que se configura en la mente con características definidas, es el acto delictivo, sea ya una acción u omisión criminal.

Generalmente la ideación obedece a un móvil. Cuando la idea se ha concretado mentalmente, decimos que se ha verificado la concepción del delito que – como sucede con la fisiología o el ser humano – puede o no prosperar según los factores que intervengan simultánea o posteriormente.

b) Deliberación: En orden ascendente y sucesivo, sobre la idea y la concepción se opera el segundo fenómeno psíquico que es la deliberación. La deliberación consiste en el juicio interno de valoración entre la idea criminal concebida por una parte y por otra, los valores morales que yacen en la conciencia humana y aun la conminación psíquica que ejerce en el sujeto la existencia de la ley penal.

Concebida la idea criminal, el sujeto delibera, sopesando en la balanza de su conciencia, las dos fuerzas psíquicas que se chocan frente a frente en su mundo interno.

Por una parte, la fuerza psíquica de la idea criminal concebida y por otra, la fuerza de los Principios adquiridos y sedimentados en la conciencia, como también el peso que en el fondo de todo ser humano ejerce la intimidación de la pena. Estos dos últimos factores que entran en juego en la deliberación pueden hacer desaparecer la concepción criminal verificada.

Esta fase es también puramente interna, por ello no punible. Pero si la concepción de la idea criminal, al ser sopesada por el sujeto, vence la resistencia de los patrones morales o si en ausencia o debilidad de ellos la conminación psíquica ante la sanción futura consagrada por la ley penal, es

superada, la deliberación concluye y la gestación del delito continúa su desarrollo.

- c) La Resolución Criminal: El tercer momento o situación que se opera en el desarrollo de la concepción criminal es la resolución. Consiste esta en la determinación mental del sujeto para el cometimiento del delito. La idea se ha gestado en la mente, el sujeto ha deliberado sobre el cometimiento o no del acto delictivo, el pro y el contra de la futura acción, y por fin ha resuelto cometerla.

La resolución criminal tampoco es punible, pues no constituye violación de la norma, pero tiene relevancia porque sobre ella se asienta la exteriorización del acto. Ya, Ferri expresaba que es la “Volición, la que corona el anterior proceso y que esta se determina y caracteriza por la intención y el motivo determinante. En cuanto a la intención, surge de la asociación de ideas y en cuanto al motivo determinante surge de la necesidad interna y personal.”

El Delito surge como idea en la mente del autor que resuelve ejecutarla. La ideación, la deliberación y la resolución para delinquir (voluntas scaeleris) escapan a toda sanción jurídica (“Cogitationis Poenam Nemo Patitur”). No obstante lo “malo” que puedan ser “estos procesos Psicológicos – dice Labatut Glena – no tienen relevancia Jurídico Penal”, pues no trascienden concretamente al mundo externo.

#### **4.2.1.4.8.4.3.6.3 LA FASE EXTERNA DEL ITER CRIMINIS:**

En un segundo momento se haya la fase externa, que es aquella en la que superando la fase interna, ya con una resolución manifiesta por el contacto de ideas, aunque no necesariamente se haya materializado tal resolución y por ende la voluntad criminal, pero esto puede ser que ya sea en una forma objetivamente equívoca, mediante actos preparatorios

que pueden preceder a la ejecución del hecho criminal o en forma objetivamente inequívoca con un principio de ejecución o con la ejecución misma del acto delictivo. Comprende por tanto la fase externa dos momentos: Los Actos Preparatorios y los Actos Ejecutivos, siendo en estos últimos posible que se dé un delito imperfecto, idóneo (tentativa) o inidóneo (delito imposible); o un delito perfecto o consumado.

En tal sentido, se considera como fase externa en la vida del delito, aquella en la que superando la fase interna y la resolución manifestada por el contacto de ideas, se materializa tal resolución y por ende la voluntad criminal, sea ya en una forma objetivamente equívoca mediante actos preparatorios que pueden preceder a la ejecución del hecho criminal o en forma objetivamente inequívoca con un principio de ejecución o con la ejecución misma del acto delictivo.<sup>155</sup>

“Puede decirse - afirma el autor Francisco Muñoz Conde - que a su vez comprende tres etapas o situaciones, a saber: la de los actos preparatorios, el delito imperfecto y el delito perfecto o consumado. Puede revestir también, aunque no en puridad jurídica, la forma especial denominada: delito imposible.”

No debe dejarse de lado, al hablar de una definición conceptual de la fase externa, de una superación de la fase interna para determinar que cronológicamente esta ha quedado atrás.<sup>156</sup> El futuro delincuente ya concibió la idea criminal, deliberó sobre ella y tomó su resolución. Puede haber existido manifestación al mundo exterior pero de carácter ideológico, o sea una transmutación de su pensamiento hacia otro u otros, la que a su vez puede haber tomado las formas ya expuestas de la Proposición o la Conspiración.

---

<sup>155</sup> Ídem. Pág.331 y 336.

<sup>156</sup> MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, GARCÍA ARAN, MERCEDES, (1996). **“Derecho Penal Parte General”**, 2º Edición, Tirant lo Blanch, España.

En la que avanzó cuando se concertó con otros la ejecución criminal, puede también haber revestido la forma de la provocación o de la incitación, e inclusive llegado a la inducción o a la amenaza delictiva o a la apología del delito. Únicamente cuando por medio de actos externos que producen un cambio o un principio de cambio en el mundo exterior, materializa su resolución y voluntad criminal, que propiamente se inicia la fase externa, así llamada precisamente por esta materialización u objetivación.

Pero esta materialización ostensible por los actos que el futuro delincuente ejecuta, aun cuando obedecen a una resolución definitivamente tomada, sin embargo, pueden consistir en actos que objetivamente valorizados no nos llevan a determinar que se trata de la preparación del delito que subjetivamente está ya configurado en la mente de su futuro autor, como también, pueden ser actos que en forma inequívoca constituyan ya el inicio de la ejecución del delito mismo.<sup>157</sup>

Por ello agregamos que la resolución se materializa sea ya en forma objetivamente equívoca mediante los llamados actos preparatorios que pueden preceder a la ejecución del hecho criminal, o en una forma objetivamente inequívoca con los auténticos actos del delito. Ahora surge la duda:

---

<sup>157</sup> Véase en tal sentido lo dicho por RODRÍGUEZ MORULLO, *“Comentarios al Anteproyecto de Código Penal Español”*, (1966). Tomo I, Pág. 79 y FONTAN BALESTRA, Carlos, *“Tratado de Derecho Penal”*, Tomo I, Parte General, ABELLADO PERROT, Editorial Glem S.A. Buenos Aires. “Es cuando la resolución criminal se exterioriza a través de la realización de actos materiales, que estamos dentro de lo que algunos autores, como Maggiore, denominan El Proceso Ejecutivo del Delito, tal proceso comprende: a) Preparación, b) Ejecución, c) Consumación, aun cuando otros hablan de otro momento “el agotamiento”.”



#### 4.2.1.4.8.4.3.6.3.1 ¿QUÉ SON ACTOS PREPARATORIOS?

Y en tal sentido diremos que Actos preparatorios, son aquéllos que, como su denominación lo indica, pueden preceder a la ejecución del delito<sup>158</sup>.

De la definición conceptual dada sobre lo que debe tenerse como fase externa, cogimos la naturaleza específica de los actos preparatorios considerados objetivamente, cual es, la de su falta de especialización para producir el delito, aun cuando en la mente de su autor haya ya una resolución. Por eso se les denomina, por los autores italianos, "actos de tentativa alejada" o como bien lo decía Carrara, de "conato remoto".<sup>159</sup>

En esta clase de actos, afirma Quintana Ripollés<sup>160</sup>: "no se prevé directamente el resultado criminal, más que como una posibilidad junto a otras inocentes entre sí, por ejemplo, el mero hecho de comprar un arma o una escalera, no supone necesariamente la ejecución de un homicidio o de un robo". Quien afila un cuchillo, aun cuando sea para cometer un delito, no exterioriza objetivamente ni denota su intención, aun cuando subjetivamente tenga ya su resolución formada.

Sobre esta característica, el gran maestro Italiano Francisco Carrara, distinguía los actos preparatorios de la tentativa, afirmando que aquellos son actos equívocos y que en cambio éstos, los de la tentativa, son "unívocos" o sea inequívocos en orden al cometimiento del delito, no pueden tales acciones – afirma Carrara – tener un fin distinto a la comisión de un hecho delictivo, es ello lo que motiva su punición aun sin haberse logrado el

---

<sup>158</sup> Véase...en tal sentido la Tesis de Grado de MOLINA ZEPEDA, DAVID OMAR Y BONILLA MAGAÑA, JOSÉ FERNANDO, (1991). ***“Del Delito Imperfecto al Delito Perfecto”***, UES, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, San Salvador, El Salvador, Centro América”, Pág. 78.

<sup>159</sup> Véase...en tal sentido ídem.

<sup>160</sup> Así..., QUINTANO RIPOLLES, en ***“Comentarios al Código Penal”***; (1966). Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, Pág. 225.

propósito criminal <sup>161</sup> que se buscaba.<sup>162</sup> Mucho se ha discutido sobre la naturaleza de los actos preparatorios y el límite de diferencia entre éstos y los actos de tentativa.

Resumiendo las teorías de Carrara,<sup>163</sup> distinguía el ilustre maestro de Pisa, entre el "sujeto activo primario", que lo es el futuro autor del delito y el "sujeto activo secundario" que son las personas o cosas sobre las cuales, aquél, debido a la naturaleza del hecho, tiene que ejercitar ciertos actos como medio para lograr después la realización del delito sobre el "sujeto pasivo", que es sobre el que en definitiva recae el daño directo de la acción criminal. Sobre esta base, el pensamiento carrariano afirma que cuando los actos del "sujeto activo primario" recaen sobre el "sujeto activo secundario", son preparatorios, y cuando inciden o recaen sobre el "sujeto pasivo" de la tentativa, son actos ejecutivos.

Con la anterior explicación se comprende cómo el maestro afirmaba que son actos preparatorios aquellos externos que, lo mismo pueden utilizarse para un fin inocente como para su fin ilícito. Y son actos ejecutivos aquellos

---

<sup>161</sup> La Teoría planteada por el Gran Francesco Carrara, denominada "**Teoría de la Univocidad**", establece que aquellos actos que siempre conducen a un delito son los que deben tener relevancia penal y se denominaran actos ejecutivos (unívocos), mientras que los actos que puedan conducir lo mismo a un acto delictivo que a un acto "inocente", es decir aquellos que sean equívocos, constituyen lo que se denomina actos preparatorios. Así, en palabras del propio Carrara: "Los actos Preparatorios son aquellos que sólo subjetivamente en la mente del autor mantienen una relación con el hecho delictivo futuro. Objetivamente, en cambio, los actos preparatorios son equívocos, entendiéndose con ello la no posibilidad de afirmar "desde afuera", el propósito criminal perseguido."

<sup>162</sup> Fueron los autores italianos durante la edad media quienes lograron conformar la idea de la tentativa reconociendo el vínculo entre lo intentado y el resultado no producido, con la fórmula: "**Cogitare agere, sed non perficere**".

<sup>163</sup> Estamos aquí haciendo alusión a dos Teorías, La Primera **Teoría de la Univocidad** y la denominada **Teoría del ataque a la Esfera de la Víctima**, que también pertenece a la obra de Carrara. Conviene dejar aquí referidas además otras teorías tendientes a explicar esta diferencia, entre ellas la **Teoría de la Zona Periférica del Núcleo del Tipo**, propuesta por Ernest Von Beiling; la **Teoría del Criterio de la Antijuricidad material**, propuesta por Máx. E. Mayer; y la **Teoría de los Criterios Formales y Materiales**, de Edmundo Mezger y Jiménez de Asúa, que se basa en las de Beiling y Mayer. Sobre esto vease... ob. Cit. Tesis de Grado de MOLINA ZEPEDA, David Omar y BONILLA MAGAÑA, José Fernando, "Del Delito...", San Salvador, El Salvador, Centro América, 1991. Pág. 32.

que por sí solos revelan la intención criminosa del actor. Los primeros son equívocos, los otros "unívocos".

Pero a su vez distinguía entre los actos preparatorios de un modo absoluto y los actos también preparatorios de un modo contingente o condicional. Los primeros consideraba que eran aquellos en los que falta en forma completa el carácter de principio de ejecución, en tal forma que aun cuando la declaración del indiciado demuestre como cierto que estaban dirigidos hacia el cometimiento de un delito, no obstante no pueden ni deben castigarse como actos de tentativa sin cometer injusticias, y esto, por razón de un defecto que está en su propia naturaleza, cual es, la falta de todo comienzo de peligro actual; por ejemplo, la adquisición de armas, el proveerse de una escalera, afilar un cuchillo y otros hechos similares.<sup>164</sup>

Conceptuaba, entonces, Carrara como actos preparatorios de modo o forma contingente, aquellos que, habida cuenta de la intención del sujeto para cometer el delito, pueden ofrecer un principio de peligro actual, aun cuando no sea propiamente ejecutivo.

El del individuo que, con arma en mano, espera en determinado lugar al enemigo mortal con intención de matarlo, pero sin hacer más que eso, (estar provisto y en espera) indudablemente que ha avanzado en su querer criminal y que, a diferencia de cuando simplemente compró el arma, ofrece un principio de peligro actual, aun cuando objetivamente no demuestre inequívocamente su intención criminal, pues al fin y al cabo, pudo haberse ido al atajo de un camino, bien armado, con cualquier otro objetivo que no fuese el de matar a una persona. Ejemplo de ello, sería el de un cazador

---

<sup>164</sup> En tal sentido dice FONTAN BALESTRA, CARLOS, (1996). ***"Derecho Penal, Introducción y Parte General"***, 9° Edición, Buenos Aires, Argentina, Pág. 21. "Puede afirmarse que quien compra un arma de fuego o la lleva consigo puede hacerlo con propósitos delictivos o deportivos; el autor sabe cuál es el fin perseguido (relación subjetiva); pero observado y apreciado el hecho (a los ojos de) un tercero "desde afuera" no podría afirmarse el propósito que lo guía (equivocidad)."

apostado en estratégico lugar de un bosque quien podría verse en esta situación.

Otra doctrina explicativa de la naturaleza de los actos preparatorios y su deslinde con los de la ejecución del delito, es la **subjetiva**,<sup>165</sup> sustentada por algunos autores alemanes. Según ella, el fundamento para determinar el límite entre unos y otros es el de la "voluntad determinada".

Cuando la voluntad, aun cuando confesada, se ha exteriorizado por simples actos desprovistos de importancia en orden a la ejecución de un delito, éstos son constitutivos de los auténticos actos preparatorios, no punibles. Y en cambio, cuando la voluntad se ha determinado mediante la ejecución de actos relevantes del o para el hecho mismo delictivo, aun cuando el delito no concluya por cometerse, estamos dentro de la tentativa punible.

Es la apreciación de la voluntad que ha llegado a encarnarse en actos determinados al delito, la pauta que debe seguirse para tener a tales actos como de ejecución con el carácter de una verdadera resolución criminal.

Por el contrario, otra doctrina que enfoca este deslinde (preparación ejecución) es la que podríamos llamar **objetiva** u objetiva-material<sup>166</sup>, sustentada también por autores alemanes, mediante la cual se sostiene que la base fundamental es el ataque directo al bien jurídico protegido por la ley.

La tentativa es punible a causa de una extensión de la pena determinada al delito en la parte especial de un código, en virtud de una regla general dada, precisamente en la parte general del mismo. La norma mediante la

---

<sup>165</sup> MUÑOZ CONDE, FRANCISCO; GARCÍA ARAN, MERCEDES, (1996). "**Derecho Penal...**", 2º Edición, Tirant lo Blanch, España. "Las teorías netamente subjetivas presentan el problema de únicamente atender al plan del autor, por lo que son imprecisas."

<sup>166</sup> MUÑOZ CONDE, FRANCISCO; GARCÍA ARAN, MERCEDES, (1996). "**Derecho Penal...**", 2º Edición, Tirant lo Blanch, España. "Las teorías de la objetividad pura o puramente objetivas por otro lado son las que atienden únicamente a la puesta en peligro, ignorando la voluntad del autor."

cual se determina esta sanción extensiva de la pena y que vuelve punible la tentativa es aquella que a su vez determina la naturaleza de ciertos actos que constituyen un principio de ataque directo al bien jurídico protegido por la ley en la parte especial.

Así en esta parte el código sanciona el hurto para proteger el bien jurídico del patrimonio de las personas, y la norma que en la parte general sanciona la tentativa, se refiere a aquellos actos que, radicando fuera de lo que es el hurto en sí, sin embargo inician el mismo. Ahora bien, aquellas otras acciones que no inician en forma directa este ataque al bien jurídico reconocido por la ley, se concluye lógicamente, no son actos ejecutivos, sino que preparatorios.

Beling y también otros autores alemanes, seguidores de la doctrina objetiva que en esta otra posición podríamos llamar objetiva-formal, enfocan el problema del deslinde "preparación-ejecución", refiriéndose al tipo del delito y en especial al núcleo del mismo.

Sabemos que el tipo legal, es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios, para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito. Sabemos también que en el fondo del tipo legal hay un núcleo, eje o base de la descripción de la conducta delictiva y que normalmente está expresado con un verbo activo que el legislador emplea para conjugar la oración representativa de tal conducta.

Pues bien, puede afirmarse que en derredor a dicho núcleo se encuentra una zona periférica de actuación, que aun cuando signifique un acto o actos que se acercan a la actuación misma designada por el núcleo del tipo, no es sin embargo el actuar que éste determina.

Sobre esta base, cuando el actor realiza la acción propia o constitutiva del núcleo, es cuando comete el delito y se da la tipicidad, o sea la

adecuación de la conducta al tipo descrito por la ley. Si el autor solo principia o comienza a actuar dentro del núcleo, está en los actos de tentativa que puede llegar a convertirse en frustración o consumación. Y por fin, si su actuación es sobre la zona periférica que está fuera del núcleo, se está en los actos preparatorios.

Así, en el tipo de homicidio, el núcleo lo expresa la ley diciendo: "mate a otro", siendo el verbo matar el infinitivo que indica lo que es aquel. Si el actor principia o comienza a matar, por ejemplo, desenfundando su revólver y apuntando hacia otro en actitud de presionar el gatillo, indudablemente ha entrado ya dentro del núcleo y su acto es de tentativa. Todo acto anterior que no signifique concretamente lo que podríamos llamar a guisa de explicarnos, la conjugación del verbo principal de la oración, tendrá que ser tenido como acto preparatorio.<sup>167</sup>

Debe entonces distinguirse con propiedad que son los actos de preparación de los actos de ejecución<sup>168</sup>, como grados de realización del hecho punible. Y es que una vez expuestas las anteriores corrientes doctrinarias, podemos determinar las características propias de los actos preparatorios en la siguiente forma:

---

<sup>167</sup>MUÑOZ CONDE, FRANCISCO; GARCÍA ARAN, MERCEDES, (1996). **"Derecho Penal..."**, 2º Edición, Tirant lo Blanch, España. "La pugna por distinguir los actos preparatorios de los ejecutivos actualmente nos lleva a la pugna de dos teorías primordialmente:

a. La objetivo-subjetiva y b. la puramente objetiva.

Consistiendo la primera de estas en el estudio de la descripción legal de la acción típica, atiende, en primer lugar, a la imagen que tiene el autor del curso de los acontecimientos (plan del autor) y luego a sí el comportamiento realizado esta tan estrechamente ligado a la acción típica que prácticamente no haya eslabones intermedios esenciales para poner en marcha inmediatamente su realización. El Problema –agrega el citado autor – sigue siendo el de que subjetiviza un criterio que en la ley es objetivo, ya que se fundamenta en el conocimiento del plan del autor y su adecuación al tipo penal (elementos objetivos que reflejen la intención de consumir el verbo rector del tipo). Las segundas denominadas de objetividad pura o puramente objetivas son las atienden únicamente a la puesta en peligro, mientras que las subjetivas solo atienden al plan del autor.

<sup>168</sup> A los que los juristas italianos del medioevo denominaron: **"Propingu us"** (actos de ejecución propiamente dichos) y **"Proximus"** (tentativa acabada), en contraposición a los **"Actus Conatos Remotus"** (actos preparatorios).

a) Proviene del sujeto que tiene ya formada su resolución criminal, o sea que, subjetivamente tienden a la ejecución del delito;

b) objetivamente considerados, existe en ellos una falta de especialización para producir el delito, o sea, como bien lo dicen los autores italianos, son actos de "tentativa alejada" o de "conato remoto", o como sabiamente lo expone Carrara, son actos equívocos, que lo mismo pueden utilizarse para un fin legítimo o tolerado por la ley, como para un fin ilícito;

c) constituyen una relación directa entre el "sujeto activo primario" y las demás cosas o personas sobre las cuales aquél, en atención a la naturaleza del hecho, ejerce acción como medio para lograr el fin delictivo, y como consecuencia, no constituyen un principio de ejecución del acto delictivo en sí, descrito por la ley, y concretamente incluido dentro de la acción u omisión designada por el legislador en el núcleo del tipo;

d) no constituyen, objetivamente considerados, un peligro actual concluyente, aunque a veces puedan significar una situación inmediata al peligro actual llegando al lindero del mismo que es, a nuestro juicio, lo que Carrara llamaba un principio de peligro actual; y

e) no se ha llegado con ellos a la violación propia de la norma protectora del interés jurídico que el Estado tutela mediante la ley penal, y por ende, por regla general, no son punibles.

A través de los requisitos contenidos en los anteriores literales, podríamos en definitiva afirmar que los actos preparatorios tienen una índole negativa fundamental: es decir, no constituyen actos de ejecución del delito en sí y pueden o no acontecer en la vida del mismo. Por ello, cuando iniciamos la exposición doctrinaria, simplemente afirmamos que eran aquellos que, como su denominación lo indica, pueden preceder a la ejecución del delito.

Un solo punto queda por determinar. Aun cuando una de las características generales de los actos preparatorios, como consecuencia de su naturaleza, es la de que no son punibles; sin embargo, por excepción son sancionados en la generalidad de las legislaciones de tipo clásico y en algunas legislaciones positivistas. En las primeras, por su aproximación a la violación de la norma y consiguiente principio de peligro actual al que se refería Carrara, y en las segundas, por la peligrosidad demostrada por el autor de los mismos.<sup>169</sup>

Pasemos ahora a ver los Actos Ejecutivos:

#### **4.2.1.4.8.4.3.6.3.2 ACTOS EJECUTIVOS:**

Los Actos Ejecutivos comprenden varias posibilidades, por un lado los actos de delito imperfecto, ya sea punible (tentativa) o no punible (delito imposible y el delito desistido) por el otro los llamados delitos perfectos o consumados, según sea el nivel de desarrollo de la conducta objetiva, respecto de la voluntad o intención del autor, veamos cada una de ellas.-

#### **4.2.1.4.8.4.3.6.3.3 EL DELITO IMPERFECTO:**

Es aquel que no llegó a consumarse, no obstante haberse intentado con la ejecución de actos propios del delito. Constituye lo que se llama tentativa

---

<sup>169</sup> En la legislación penal salvadoreña históricamente se han sancionado los actos preparatorios de forma excepcional. Así a manera de ejemplo en el código Penal de 1904 eran actos preparatorios punibles, los comprendidos en los artículos siguientes:

**Arts. 425 y 426 sobre la fabricación, introducción al país o tenencia sin causa justificada, de artículos o instrumentos destinados conocidamente para cometer los delitos de falsificación punibles;**

**Art. 269 sobre elaboración, introducción, siembra, cultivo, cosecha, comercio, tenencia, exportación o importación, de sustancias nocivas a la salud, o que puedan causar grandes estragos, drogas en sus respectivos casos, etc.;**

**Art. 467 (segundo inciso) y 472, sobre la tenencia de ganzúas u otro instrumento destinado especialmente para cometer robos, o la aprehensión con fierros falsos, clavos o Instrumentos destinados conocidamente para el abigeato, sin dar descargo suficiente sobre su adquisición o conservación, en uno y otro caso; y el**

**Art. 518 sobre la aprehensión con mecha o preparativos conocidamente destinados para incendiar o causar estragos punibles.**



de delito y reviste a su vez, dos grados, la tentativa inacabada (denominada también tentativa propiamente dicha) y la tentativa acabada (denominada frustración). Veamos cada una por separado y en su orden:

***La Tentativa Inacabada o tentativa propiamente dicha.*** Consiste en el principio de ejecución; del acto o actos propios del delito, que se interrumpe quedando incompleto y como consecuencia sin resultado, por causas ajenas a la voluntad del autor. Concluida la fase interna cuando ésta ha tenido lugar a través de los actos preparatorios, el autor avanza hacia su realización, entrando ya a ejecutar el acto o actos propios del delito, que se ven interrumpidos por una o varias causas que en un momento dado paran la ejecución.

Si estas causas no son el propio y voluntario desistimiento de aquél, tenemos la figura de la tentativa punible. Si la interrupción en la ejecución se debe al voluntario desistimiento de él, aún cuando hay un delito intentado, el Derecho y la legislación penal no le dan el carácter de tentativa y hasta lo excluyen de toda sanción penal.

El deslinde definitivo entre los actos preparatorios y la tentativa se ha determinado sobre la base de que en aquellos no hay un principio de ejecución, y en cambio esta es ya la ejecución misma, aunque incompleta, del acto o actos delictivos determinados, en el tipo legal.

De conformidad al concepto dado, el presupuesto fundamental de la tentativa es la intención de obtener el resultado dañoso del delito que principia a cometerse. Igual sucede, como luego veremos, en el delito “frustrado”. Por ello, estas figuras de delito imperfecto no pueden darse en los delitos culposos, que por su propia naturaleza carecen de intención criminal.

Ni siquiera en el caso de la culpa con representación, pues como hemos visto, el agente, aún cuando se representa mentalmente el posible o probable resultado dañoso, ni lo pretende, ni lo quiere y su falta de previsibilidad lo lleva a creer que no ocurrirá, motivo precisamente por el cual continúa en su imprudente actuación. Pero sí pueden darse (tentativa y frustración) no sólo en los delitos con dolo directo, sino que también en los de dolo eventual.

Este presupuesto del delito intentado - intención de obtener el resultado dañoso - es fundamental porque, como luego veremos, debe determinarse cuál es ese mal que se intenta cometer, ya que, si fuese una simple falta, la tentativa no sería punible.

Aparte de lo anterior, la regla general en las legislaciones, es la de sancionar el delito imperfecto con parte de la pena que corresponde al delito que el culpable se proponía cometer, y sólo cuando en los casos de tentativa no llegare a determinarse qué delitos se proponía, se estimará que sus actos se dirigían al de menor gravedad, pero siempre sobre la base fundamental de que en el agente existía una resolución delictiva y la consiguiente intención de obtener un daño punible.

Otra figura importante es lo que la doctrina conoce como: Tentativa Acabada o frustración, la cual consiste en la ejecución de todos los actos que habrían sido por su naturaleza suficientes para producir el resultado dañoso propio del delito, pero que sin embargo no lo producen por causas o accidentes independientes de la voluntad del agente. Por ello lo llamaba Carrara, la "tentativa acabada".

#### 4.2.1.4.8.4.3.6.4 REQUISITOS DE LA TENTATIVA EN EL DELITO DE PROPOSICIÓN Y CONSPIRACIÓN:

En ambas figuras y sobre la base de la resolución criminal e intención de obtener tal daño, los requisitos de la tentativa son los siguientes:

- a) principio de ejecución del acto o actos propios del delito; e,
- b) interrupción y paro en la ejecución del acto por causas ajenas a la voluntad del agente, y como consecuencia, no producción del resultado dañoso que aquel acto debía producir.

El acto o actos propios del delito son los determinados en cada tipo y concretamente -hemos insistido- en el núcleo del mismo. La interrupción o paro debe provenir de causas ajenas a la voluntad del agente, pues el desistimiento voluntario de éste hace desaparecer la figura de la tentativa punible. Las causas ajenas a la voluntad del agente que determinan este paro en la ejecución deben ser casuales y se pueden clasificar en *físicas o materiales y morales*.

Las primeras, como su calificativo lo indica, son aquellas que se presentan como un impedimento material para que la ejecución continúe, por ejemplo, cuando otro interviene arrebatándole el arma al agente que ya está para disparar sobre su víctima o la paralización que súbitamente sufre el hechor en estas condiciones, por causa patológica o de cualquiera otra índole, ya sea en los movimientos de flexión de los dedos o de la mano. Las segundas, expresa Labatut Glens, "**actúan psíquicamente sobre el hechor y le constriñen a abandonar su propósito**", o sea, que aún cuando su voluntad va siempre encaminada a producir el daño, desiste de ello por la presión psíquica que sobre él se opera.

En el ejemplo propuesto, el agente ya no dispara sobre su víctima a quien tiene encañonada con el revólver, porque en ese momento oye los

pasos y la voz de los agentes de la policía que se acercan probablemente para buscarlo en el lugar de los hechos, o porque en ese instante sobreviene un fuerte temblor de tierra que lo amedrenta, ocasión que el ofendido aprovecha para escapar.

Importancia especial tiene el desistimiento voluntario en la tentativa y es que ello trasformaría la tentativa punible en una forma no punible, el desistimiento, del art. 26 CPn.

Finalmente se encuentra en el “Camino del Delito” o Iter Criminis: El delito Consumado, es decir, el momento en que el Sujeto ha hecho coincidir su intención criminal con el resultado, es decir:

#### **4.2.1.4.8.4.3.6.4.1 EL DELITO PERFECTO:**

El delito perfecto es el consumado y hay delito consumado cuando el hechor ha ejecutado el acto o todos los actos o bien ha omitido la acción esperada, adecuando así su conducta al tipo descrito por la ley" y como consecuencia, se da el resultado criminoso querido, o ratificado, o previsto en toda su gravedad por el agente.

#### **4.2.1.4.8.4.3.6.4.3 REQUISITOS DEL DELITO PERFECTO O CONSUMADO:**

Podemos determinar los requisitos del delito perfecto así:

a) Ejecución por parte del hechor de todo el acto o de todos los actos que la ley describe en el tipo, u omisión de la acción esperada. Hablamos de la totalidad del acto o totalidad de los actos, porque la ejecución debe ser completa, siendo a veces, conforme al tipo, un acto simple y a veces, uno complejo que requiere a su vez una sucesión, y como puede manifestarse en una acción o en una omisión, se requiere que, si ha incurrido en esta última, persevere en su inactividad hasta el resultado;

b) Producción consecencial del resultado querido, o bien ratificado por su actuación al ser previsto (caso del delito con dolo eventual). La consumación, a su vez, puede ser:

a) **Formal**, cuando se cumplen todos los caracteres determinados por la ley al delito tipo que es lo que constituye la "perfección objetiva"; y

b) **Material**, cuando rebasando la consumación formal, queda totalmente satisfecha la intención del agente hasta su agotamiento, que es lo que constituye la "perfección subjetiva" o delito perfectamente agotado. Para que el hecho sea punible, basta la consumación formal.

Expresa Labatut que: ***"Puede afirmarse que la diferencia fundamental entre tentativa (que se limita aquí a lo que conocemos como tentativa inacabada), frustración (término que se refiere a la actual tentativa acabada) y consumación es la siguiente: el delito consumado se realiza tanto desde el punto de vista subjetivo, para el hechor, como objetivo, para la víctima; el frustrado, sólo en su aspecto subjetivo; y la tentativa, ni objetiva ni subjetivamente".***<sup>170</sup>

Así, puede concluirse que las figuras dolosas descritas en la parte especial del código penal no se realizan de un modo inmediato, sino a través de un proceso, los diferentes hechos constitutivos de delito no pasan automáticamente, sin momentos intermedios o fases, atraviesan en definitiva un camino; al que Dogmáticamente se conoce con el nombre de *Iter Criminis*, es decir, la serie de etapas sucesivas que va desde el alumbramiento de la idea criminal hasta su completa realización, la teoría del ***iter criminis*** tiene por objeto, – expone Francisco Muñoz Conde – no la abstracta figura del delito, sino su concreta realización.

---

<sup>170</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, (1954). ***"En la Ley y..."***, 2º Edición, Buenos Aires.

#### 4.2.1.4.8.4.3.6.4.4 UBICACIÓN DE LA PROPOSICIÓN Y CONSPIRACIÓN EN LAS FASES DEL ITER CRIMINIS:

Autores modernos como: José Ramón Serrano Piedecabras, Francisco Muñoz Conde, Gonzalo Quintero Olivares, Santiago Mir Puig, conciben la existencia únicamente de dos fases dentro del iter criminis; videlicet: fase interna y fase externa; contemplando dentro de esta última la concurrencia de **actos de preparación** y de **actos de ejecución**. Ubicando a su vez dentro de los primeros a las figuras de **La Proposición y Conspiración**, a los que consideran excepcionalmente punibles.

A criterio de los autores de esta obra, la resolución manifiesta es en realidad el primer momento dentro de la Fase Externa y es dentro de esta que se ubican la **Proposición y Conspiración** y por tanto, son **Actos Preparatorios**.

Ya hemos definido los actos Preparatorios de los Ejecutivos, y citando a José Ramón Piedecabras, diremos: *“Así pues, los actos previos, meramente preparatorios, no encajan en la definición (del art. 24 Código Penal vigente) y, por ello, según el último párrafo del artículo 23 el Código Penal, quedan fuera también del área punible. Sin embargo nuestro legislador ha decidido castigar determinados actos preparatorios, como la conspiración y la proposición, aunque limitando su alcance a aquellos delitos que expresamente lo dispongan, que suelen ser delitos graves.*

*Al margen de esta peculiaridad, – agrega el autor – si podemos proclamar que con carácter general, nuestro sistema punitivo rechaza el castigo de la fase preparatoria y que circunscribe la punibilidad a la fase de ejecución, identificada con la tentativa.”<sup>171</sup>*

---

<sup>171</sup> SERRANO PIEDECABRAS FERNÁNDEZ, JOSÉ RAMÓN, (2003). *“Manual de Teoría Jurídica del Delito”*, 1ª Edición, San Salvador, El Salvador; Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial. Pág. 124.

De este planteamiento se parte para concluir, que la Proposición y la Conspiración se hayan dentro de la fase externa, como **actos preparatorios**.

Lo cual, en nuestra opinión, son una razón lo bastante valedera y sólida para realizar tal conclusión, a la luz de los criterios diferenciadores de lo que son actos Preparatorios, y actos Ejecutivos.

Los cuales ya se han expuesto y primordialmente pueden sintetizarse en el siguiente cuadro comparativo entre los Actos Preparatorios y los Actos Ejecutivos:

<b><i>Sobre la base de la resolución criminal e intención de obtener tal daño y la Proximidad de la lesión o puesta en peligro del Bien Jurídico-Penal.</i></b> <sup>172</sup>	
Las características propias de los <b>actos preparatorios</b> son:	Los requisitos y características de los <b>actos ejecutivos</b> son los siguientes:
a) Proviene del sujeto que tiene ya formada su resolución criminal, es decir, que subjetivamente tiende a la ejecución del delito; implicando un acto externo material y facilitador de la ejecución;	a) Son actos exteriores que pretenden modificar la realidad;
b) Objetivamente considerados, existe en ellos una falta de	b) Implican actos unívocos encaminados al delito son un principio de

<sup>172</sup> Cuadro comparativo elaborado por los autores de esta obra.

<p>especialización para producir el delito, o sea, como bien lo dicen los autores italianos, son actos de "tentativa alejada". Son actos equívocos, que lo mismo pueden utilizarse para un fin legítimo o tolerado por la ley, como para un fin ilícito;</p>	<p>ejecución del acto o actos propios del delito; y,</p>
<p>c) Constituyen una relación directa entre el "sujeto activo primario" y las demás cosas o personas sobre las cuales aquél, en atención a la naturaleza del hecho, ejerce acción como medio para lograr el fin delictivo, y como consecuencia, <b>no constituyen un principio de ejecución del acto delictivo en sí</b>, descrito por la ley, y concretamente incluido por el legislador en el núcleo del tipo;</p>	<p>c) Si se da una interrupción y paro en la ejecución del acto por causas ajenas a la voluntad del agente, y como consecuencia, no producción del resultado dañoso que aquel acto debía producir, es decir, se da <i>la tentativa</i>; o, bien puede lograrse el fin y por tanto darse el <i>delito perfecto o consumado</i>.</p>
<p>d) No constituyen, objetivamente considerados, un peligro actual concluyente, aunque a veces puedan significar una situación inmediata al peligro actual llegando al lindero del</p>	



<p>mismo que es, a nuestro juicio, lo que Carrara llamaba un principio de peligro actual; no es la regla general por ello han de ser de excepcional punición; y</p>	
<p>e) No se ha llegado con ellos a la violación propia de la norma protectora del interés jurídico que el Estado tutela mediante la ley penal, y por ende, por regla general, no son punibles.</p>	

En tal sentido, es evidente – y por ello innecesario el argumentar sobre tal punto – que las figuras de Proposición y Conspiración **¡No Son Actos Ejecutivos!** Y luego, la Proposición y Conspiración son Actos Preparatorios.

Así respecto de los Actos Preparatorios decimos que estos **implican un acto externo material y facilitador de la ejecución;** mientras que los Actos Ejecutivos **son actos exteriores que pretenden modificar la realidad;** vemos en ambos la existencia de acciones que han abandonado la impenetrable – arcana y enigmática – esfera del Pensamiento, pero que además tienen la nota de que por sí mismos facilitan la comisión del delito (o modificación de la realidad).

Así en los expuestos ejemplos de quien compra un arma, la carga, la apunta y la dispara contra otro, lo que vemos son actuaciones externas, pero los primeros son Actos Preparatorios (comprarla y cargarla) pero que aún pueden ser equívocos sobre su finalidad, aún más si se ve como acto Preparatorio la **expresión de una idea criminal y la mera solicitud de colaboración o la colaboración grupal en la planeación delictual.**

Mientras que los segundos son **Actos Ejecutivos** (apuntar y disparar), a contrario sensu, ya son actos inequívocos de una intención criminal.

De tal forma que respecto de una persona que exterioriza su voluntad de realizar “x” ó “y” acción (constitutiva de delito) y solicita de otros la cooperación, o concierta con otros para la misma, sólo puede hablarse – como bien dice Jiménez de Asúa- de que ha realizado un **“intercambio ideológico”**, y por tanto solo se puede ver como un acto Preparatorio.

De allí, que aún no se ha iniciado en el **“Camino del Delito”** la ejecución delictual, únicamente se ha iniciado externamente, abandonando efectivamente la esfera propiamente interna pero sin las consecuencias materiales que si exige un acto ejecutivo. Es por ello que los autores de esta obra decidamos seguir la línea doctrinal que ubica a estas figuras dentro de una **Prima Facie dentro de la Fase Externa, que se halla integrada por actos de mera Preparación.**

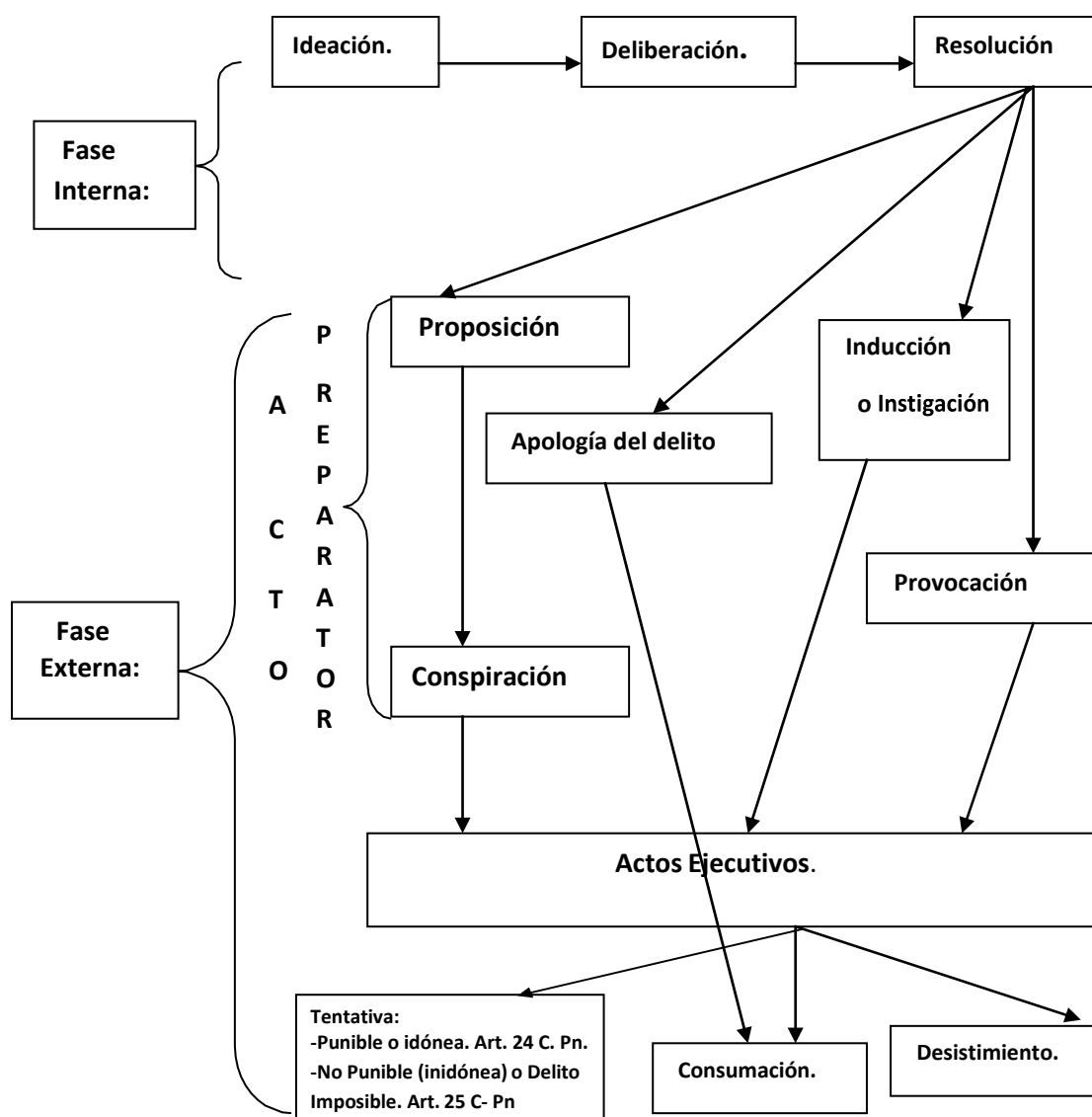
A esto conviene agregar, que tal decisión, como ya se acoto anteriormente, obedece a que se están tomando en cuenta la Intención criminal y la posible puesta en peligro o la proximidad de Lesionar el Bien Jurídico Penal.

Porque desde una óptica más simple se diría que el que **“propone”** (solicita colaboración para delinquir) o quienes **“conspiran”** (planean como delinquir) realizan un acto que ya ha abandonado la esfera de la Psiquis, donde sólo habita el pensamiento, por lo tanto ya no se puede considerar como un acto de **Fase Interna**, pero no por ello es un acto ejecutivo de su resolución criminal; de ahí que sea un acto de **Fase Externa**, pero de carácter Preparatorio. Pero si se ve desde el punto netamente legal estamos ante actos Consumados, Externos.

Este abordaje permite comprender mejor la naturaleza de las instituciones (Proposición y Conspiración) y visualizarlas con mayor amplitud, para comprender la “distancia” real que existe entre la Propuesta y un acto verdaderamente atentatorio para el Bien Jurídico Penal.

Sobre esta base, se parte para realizar el siguiente esquema sobre el Iter Criminis:

#### 2.4.2. ESQUEMA DEL ITER CRIMINIS O CAMINO DEL DELITO:<sup>173</sup>



<sup>173</sup> Esquema elaborado por los autores de esta obra.

#### 4.2.1.4.8.4.3.7 CONSIDERACIONES TEÓRICAS SOBRE LA POLÍTICA CRIMINAL

##### SUMARIO

-Definición de Política Criminal.- Contenido de la Política Criminal. - Decisiones Políticas. .-Sistemas Penales. -Mecanismos no Represivos de Control. -Finalidad de la Política Criminal. -Política Criminal del Estado Salvadoreño: período 1998-2009. -Planteamientos Político Criminales de la Plataforma de Gobierno del FMLN.- Valoración sobre los planteamientos Político Criminales de la Plataforma de gobierno del FMLN. -Planteamientos Político Criminales del Plan Quinquenal de Desarrollo. -Objetivos.-Acciones Concretas. .-Valoraciones sobre los planteamientos Político Criminales del Plan Quinquenal de Desarrollo. .-Política Criminal del Estado Salvadoreño Actual.

##### 4.2.1.4.8.4.3.7.1 -Definición de Política Criminal.

Podemos encontrar diversas definiciones de Política Criminal según el autor de que se trate, algunas con tendencias sociológicas, otras con tendencias jurídicas. La variedad es tal que no existe uniformidad sobre los elementos que componen la misma, a continuación presentamos algunas definiciones, nuestro análisis sobre las mismas y finalmente nuestra postura al respecto.

Según el criminólogo italiano Alessandro BARATTA, la Política Criminal es “un concepto complejo y problemático”<sup>174</sup>

---

<sup>174</sup> BARATTA, ALESSANDRO, (2004). *“Criminología y Sistema Penal”*: Compilación In Memoriam, Editorial B de F, Buenos Aires, Argentina. Pág. 152. “Política criminal: un concepto complejo y problemático. Política criminal es, en primer lugar, un concepto complejo: mientras su finalidad es unívoca, su instrumental resulta indeterminable porque es definible sólo en términos negativos, a través de instrumentos penales, de un lado, e instrumentos no penales, del otro. Para decir que la finalidad de la política criminal es unívoca debemos hacer una puntualización: hasta un pasado no muy lejano ésta se entendió constantemente como la finalidad de controlar la criminalidad, es decir, reducir el

***Definiéndola en sentido amplio*** “como política de transformación social e institucional”, esta definición la realiza para diferenciar la Política Penal de la Política Criminal.<sup>175</sup>

La anterior definición no aclara los elementos que componen al concepto que tratamos de definir, es amplia pero poco precisa. El aporte de la misma está en que nos indica la diferencia entre Política Criminal y Política Penal, estableciendo que la primera es más amplia que la segunda (“respuesta a la cuestión criminal circunscrita en el ámbito del ejercicio de la función punitiva del Estado: ley penal y su aplicación, ejecución de la pena y de las medidas de seguridad”). Asimismo, dicha definición tiene una tendencia criminológica que no podemos omitir en nuestro análisis, esto responde a que el autor es uno de los principales exponentes del Minimalismo Penal y opina que:

“La política de la justicia social, la realización de los derechos humanos, la satisfacción de las necesidades reales de los individuos representan mucho más que una política criminal alternativa: constituyen la verdadera alternativa democrática a la política criminal”.

El criminólogo Holandés Louk HULSMAN nos da una definición más precisa sobre el concepto que será la base de nuestra investigación científica:

---

número de infracciones delictivas. A partir del desarrollo de estudios victimológicos, y en particular por la preocupación acerca de las necesidades de la víctima, de su ambiente social y de la sociedad, el campo de acción de la política criminal se extiende (por lo menos potencialmente) también hacia el control de las consecuencias del crimen, además de su prevención”.

<sup>175</sup> BARATTA, ALESSANDRO, (2004). “***Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal: Introducción a la Sociología Jurídica Penal***”, 1ª Edición, 1ª Reimpresión, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, Argentina. Pág. 213-214. "Se impone así la necesaria distinción programática entre política penal y política criminal, entendiéndose con la primera una respuesta a la cuestión criminal circunscrita en el ámbito del ejercicio de la función punitiva del Estado (ley penal y su aplicación, ejecución de la pena y de las medidas de seguridad), y entendiendo en sentido amplio la segunda como política de transformación social e institucional. Una política criminal alternativa es la que escoge decididamente esta segunda estrategia, extrayendo todas las consecuencias de la conciencia cada vez más clara en cuanto a los límites del instrumento penal. Entre todos los instrumentos de política criminal, el derecho penal es, en Último análisis, el más inadecuado”.

“La "política criminal" es a menudo entendida como "la política en relación al delito y a los delincuentes". (...) Definir la "política criminal" en una forma así de limitada, sería un error fundamental en nuestro debate. (...) Por un lado, la "política criminal" es parte de la política social en sentido más amplio, pero, por otro lado, debe retener cierta autonomía en relación a este campo más abarcador. Un enfoque útil en este sentido -tomando en cuenta la necesidad de observar las tres categorías de problemas antes mencionados y su interrelación en el proceso de criminalización- consiste en considerar a la "política criminal" como una "política en relación a los sistemas penales".<sup>176</sup>

Esta definición es más precisa, reconoce que parte de la Política Criminal se encuentra dentro de la Política Social, pero manteniendo la autonomía de la primera en relación a la segunda. Además incorpora el concepto de Sistemas Penales en la definición. La falencia de esta definición es el uso de la Palabra Política, pues incurre en tautología.

Una de las definiciones más citadas es obra del alemán Fran VON LISZT, quien define la Política Criminal como:

“El Conjunto de principios, apoyados en la investigación científica de las causas del delito así como de los efectos de la pena, según los cuales el

---

<sup>176</sup> HULSMAN, LOUK, AA. VV., (1993). **“Criminología Crítica y Control Social”**. Vol. 1: El Poder Punitivo del Estado, Editorial Juris, Rosario, Argentina. Pág. 82. “La "política criminal" es a menudo entendida como "la política en relación al delito y a los delincuentes". La existencia "del delito y de los delincuentes" es generalmente considerada como un hecho social "dado", natural, no como un proceso de definición (selectiva), que debería ser la responsabilidad y el objeto de dicha política. Definir la "política criminal" en una forma así de limitada, sería un error fundamental en nuestro debate. Una de las condiciones necesarias para una discusión productiva sobre política criminal, es la problematización de las nociones de "delito y delincuente". El grado en el que los "eventos" y las "situaciones" deberían estar sujetos a criminalización, será una de las cuestiones principales en nuestro debate. Por un lado, la "política criminal" es parte de la política social en sentido más amplio, pero, por otro lado, debe retener cierta autonomía en relación a este campo más abarcador. Un enfoque útil en este sentido -tomando en cuenta la necesidad de observar las tres categorías de problemas antes mencionados y su interrelación en el proceso de criminalización- consiste en considerar a la "política criminal" como una "política en relación a los sistemas penales".

Estado por medio de la misma y de instituciones análogas tiene que conducir la lucha contra el delito”<sup>177</sup>

Sebastián SOLER nos explica la definición de Von LISZT de la manera siguiente:

**“La política criminal**, por lo tanto, puede seguir siendo concebida, como Von Liszt, como un campo en el cual se procura conciliar las conclusiones de la ciencia con las exigencias de la política, conservando así la pureza metódica de la primera y frenando las improvisaciones de la segunda”.<sup>178</sup>

El aporte de esta definición lo podemos encontrar en el momento en que el Derecho Penal es limitado por la Política Criminal. Como crítica a esta definición podemos afirmar que la misma marca una clara barrera entre Derecho Penal y Política Criminal, además de que únicamente habla de

---

<sup>177</sup> BACIGALUPO, ENRIQUE, (2005). **“Derecho Penal y El Estado de Derecho”**, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile. Pág. 167. (Envía a VON LISZT, Fran, “Strafrechtliche Vortr. U. Aufsätze”, I. 1905. Pág. 292). “En este sentido, parecen paradigmáticas las palabras de Von Liszt, al definir la política criminal como el "conjunto de principios, apoyados en la investigación científica de las causas del delito así como de los efectos de la pena, según los cuales el Estado por medio de la misma y de instituciones análogas tiene que conducir la lucha contra el delito"

<sup>178</sup> SOLER, SEBASTIÁN, (1992). **“Derecho Penal Argentino”**. Tomo I. Actualizado por Guillermo J. Fierro. Tipográfica Editora Argentina. 5ª Edición Parte General, 4ª Edición Parte Especial, 10ª Reimpresión Total. Pág. 59. “En la actualidad, la expresión política criminal puede subsistir aun cuando no designe a una tendencia o escuela. El aporte de la escuela fue valioso en cuanto puso en guardia contra la superficialidad y la improvisación legislativas en materia penal, y señaló sus peligros. En esta rama del derecho, acaso con más peso que en las demás, se experimenta la necesidad de que las leyes estén sólidamente asentadas sobre un conocimiento profundo de la realidad que pretenden regular. Pero si es mala la legislación intuitiva e improvisada, también es malo que las ciencias sociológicas o antropológicas pierdan su estricta neutralidad frente a los hechos y se conviertan en postulaciones políticas, entre otras razones, porque con frecuencia el entusiasmo especialista y unilateral no deja ver la pluralidad de factores y de intereses contrapuestos que siempre gravitan, y justamente, en la sanción de una ley. La política criminal, por lo tanto, puede seguir siendo concebida, con Von Liszt, como un campo en el cual se procura conciliar las conclusiones de la ciencia con las exigencias de la política, conservando así la pureza metódica de la primera y frenando las improvisaciones de la segunda. Por otra parte, una realidad social -científicamente estudiada muestra a veces que la represión no produce los efectos que de ella se esperaban, y que subsiste la necesidad de procurar algún remedio socialmente más conveniente. De ahí que una buena política criminal tenga relación no sólo con la legislación penal propiamente dicha, sino que se vincule con instituciones de otra naturaleza, cuyo fin indirecto es la prevención de la delincuencia”.

penas, omitiendo las medidas de seguridad y los mecanismos no represivos de la Política Criminal.

El penalista Alemán Claus ROXIN toma como base la definición de VON LISZT, pero le da un sentido totalmente diferente al opinar:

“De esta forma, por política criminal entiendo, a diferencia por ejemplo de Liszt, no sólo la elección de las sanciones preventivo especiales (o incluso para otras concepciones fundamentales, preventivo generales) más eficaces para la prevención del delito, sino también el conjunto de los aspectos fundamentales que según nuestra Constitución y el Código penal deben presidir la fijación y desarrollo de los presupuestos de la penalidad así como las sanciones. De esta forma, también los elementos limitadores de nuestro Ordenamiento jurídico penal, como el principio nullum crimen o el de culpabilidad, son parte de la política criminal del Estado de Derecho”.<sup>179</sup>

***Asimismo, opina que:***

“La dogmática jurídico penal es la disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización y elaboración y desarrollo de las disposiciones legales y opiniones de la doctrina científica en el campo del Derecho penal. Por su referencia al Derecho vigente y por sus métodos se diferencia de la historia del Derecho penal y del Derecho penal comparado, pero también de

---

<sup>179</sup> ROXIN, CLAUS, (2000). “***La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal***”. Tirant Lo Blanc, Valencia. pág. 58. “Mi punto de partida es, como Silva Sánchez dice correctamente, el esfuerzo por «elaborar la teoría del delito desde la perspectiva de la política criminal». Por tanto, los fines rectores del sistema en su conjunto así como la elaboración de los institutos jurídicos en particular deben ser de corte político criminal. De esta forma, por política criminal entiendo, a diferencia por ejemplo de Liszt, no sólo la elección de las sanciones preventivo especiales (o incluso para otras concepciones fundamentales, preventivo generales) más eficaces para la prevención del delito, sino también el conjunto de los aspectos fundamentales que según nuestra Constitución y el Código penal deben presidir la fijación y desarrollo de los presupuestos de la penalidad así como las sanciones. De esta forma, también los elementos limitadores de nuestro Ordenamiento jurídico penal, como el principio nullum crimen o el de culpabilidad, son parte de la política criminal del Estado de Derecho.”



la política criminal, cuyo objeto no lo constituye el Derecho como es, sino como debería ser en cuanto a una adecuada disposición para sus fines.”<sup>180</sup>

En este orden de ideas, ROXIN no ve al Derecho Penal como algo ajeno a la Política Criminal, como sí lo hacía Von LISZT, más bien como el elemento fundamentador del mismo, con carácter crítico hacia el Derecho Penal, pero respetando la Dogmática Penal en relación a las Garantías derivadas del Principio de Legalidad:

“Si por consiguiente las valoraciones político-criminales fundamentan el sistema del Derecho penal y la interpretación de sus categorías, necesariamente se plantea la cuestión de la relación entre dogmática jurídico-penal y política criminal. Tradicionalmente se plantean dichas disciplinas más bien en una relación recíproca antagónica. El categórico aforismo de Liszt: "El Derecho penal es la barrera infranqueable de la política criminal" sigue influyendo hasta hoy.”<sup>181</sup>

En la definición anterior el aporte radica en que ROXIN ve a la Política Criminal como los principios que deben regir al Derecho Penal. Pero aún

---

<sup>180</sup> ROXIN, CLAUS, (1997). *“Derecho Penal, Parte General”*, Tomo I: *“Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito, Civitas”*, s/e, Madrid. Pág. 192.

<sup>181</sup> *Ibidem*. Págs. 223-224. “Si por consiguiente las valoraciones político-criminales fundamentan el sistema del Derecho penal y la interpretación de sus categorías, necesariamente se plantea la cuestión de la relación entre dogmática jurídico-penal y política criminal. Tradicionalmente se plantean dichas disciplinas más bien en una relación recíproca antagónica. El categórico aforismo de Liszt: "El Derecho penal es la barrera infranqueable de la política criminal" sigue influyendo hasta hoy. (...) Y entonces Liszt por razones propias del Estado de Derecho liberal, opone frente a esa concepción la idea del Derecho penal como "Carta magna del delincuente" y como baluarte del ciudadano contra el "Leviatán del Estado". Lo correcto de esa idea con toda seguridad es que la tensión entre la lucha preventiva contra el delito y la salvaguarda liberal de la libertad constituye un problema que actualmente tiene una importancia no inferior a la que tenía en tiempos de Liszt. Pero la que está superada es la hipótesis de que en esa tensión se expresa una contraposición entre política criminal y Derecho penal: pues el principio "nullum crimen sine lege" es un postulado político-criminal no menor que la exigencia de combatir con éxito el delito; y no sólo es un elemento de la prevención general sino que la propia limitación jurídica del *ius puniendi* es también un objetivo importante de la política criminal de un Estado de Derecho. Por tanto, de la elaboración sistemática de exigencias del Estado de Derecho no se puede obtener ningún argumento a favor de la contraposición entre Derecho penal y política criminal o en contra de la sistematización conforme a puntos de vista rectores de política criminal.”

después de estas definiciones, que son valiosas y contienen los elementos mínimos de toda Política Criminal, no se alcanza a contemplar todo el contenido de la Política Criminal, debido a que los dos autores alemanes anteriores relacionan únicamente los instrumentos penales, refiriéndose ROXIN a la prevención en sentido jurídico, como prevención general y prevención especial, no como mecanismo no represivo de Política Criminal.

El jurista argentino Alberto BINDER BARZZIZA opina que:

“La política criminal es, pues, un conjunto de decisiones (técnico-valorativas) relativas a determinados instrumentos. Sus instrumentos son muchos, pero sin duda son los principales las normas penales (que definen las conductas prohibidas y las sanciones a esas infracciones) y las normas procesales (que definen el modo como el Estado determinará que esa infracción ha existido, quiénes serán los protagonistas de ese segundo proceso de definición, quién será el sancionado y cuál será la clase o gravedad de esa sanción). Sin embargo, la política criminal incluye también decisiones referidas a las reglas que permiten la correcta utilización de esos instrumentos.”<sup>182</sup>

---

<sup>182</sup> BINDER, ALBERTO. (1999). *“Introducción al Derecho Procesal Penal”*. Editorial Ad-Hoc, Segunda Edición, Buenos Aires. Págs. 47 - 48. La política criminal es, pues, un conjunto de decisiones (técnico-valorativas) relativas a determinados instrumentos. Sus instrumentos son muchos, pero sin duda son los principales las normas penales (que definen las conductas prohibidas y las sanciones a esas infracciones) y las normas procesales (que definen el modo como el Estado determinará que esa infracción ha existido, quiénes serán los protagonistas de ese segundo proceso de definición, quién será el sancionado y cuál será la clase o gravedad de esa sanción). Sin embargo, la política criminal incluye también decisiones referidas a las reglas que permiten la correcta utilización de esos instrumentos. (...) Este conjunto de decisiones (relativas a los instrumentos, reglas, estrategias y objetivos) se refieren siempre a la coerción penal; ella es fuerza ejercida institucionalmente (¿legítima?, ¿ilegítima?, ¿justa?, ¿injusta?). El Estado ejerce esta fuerza en diversos ámbitos (por ejemplo, también es coerción una ejecución forzada o un desalojo). Pero a veces alcanza un determinado grado de intensidad (una persona es encerrada en una cárcel) o bien se canaliza a través de formas que, si bien no tienen una gran intensidad, se asocian culturalmente al núcleo de mayor intensidad de la coerción estatal (tal, el pago de una multa). En estos casos hablamos de coerción penal.”

El jurisconsulto argentino hace una importante precisión al afirmar que “Sus instrumentos son muchos, pero sin duda son los principales las normas penales y las normas procesales”. Esto significa que la Política Criminal está relacionada con la Política Social, pero el núcleo de la Política Criminal está formado por las decisiones relativas a las normas penales y procesales, es decir a los Sistemas Penales. La novedad que incorpora esta definición es el uso de la palabra “decisiones”, lo que nos lleva a precisar nuestra propia definición de Política Criminal.

Nuestra postura al respecto contempla los elementos mínimos que debe incorporar una definición de Política Criminal, como primer elemento podemos enunciar que la Política Criminal es una Decisión Política. En cuanto a que dichas Decisiones se realizan por sujetos que tienen poder, por ejemplo: Presidentes, Diputados, Ministros, Magistrados, Fiscales, Policías.

Autoridades Competentes en materia de Ejecución de Penas y Medidas. Estas decisiones pueden variar desde los programas implementados para disminuir la comisión de delitos hasta la Política Penal del Estado. Su finalidad y alcance dependerán del tipo de Política Criminal que los funcionarios decidan implementar.

El segundo elemento es el Objeto de esas Decisiones, es decir sobre lo que recaen dichas decisiones, siendo principalmente los Sistemas Penales, es decir el conjunto de instituciones y personas encargadas de la función punitiva del estado: persecución del delito, imposición de penas y medidas y ejecución de las mismas.

El tercer elemento de la definición es la posibilidad de controlar la criminalidad con mecanismos no penales, es decir con métodos no represivos. Cabe aclarar que existe una diferencia entre Política Social y Política Criminal Preventiva, la diferencia a nuestro parecer radica en que la Política Social se realiza de manera general, en cambio la Política Criminal

Preventiva se realiza de manera selectiva, por ejemplo: a grupos de personas que viven en áreas en donde existen altos índices de criminalidad, a jóvenes que viven en dichas áreas, a empleados públicos que tienen acceso a fondos públicos, a internos que van a cumplir sus penas y obtendrán su libertad. Dichas medidas, que forman parte de la Política Criminal no represiva, están relacionadas con la Educación, el Trabajo, la Salud, la Religión, la Familia, los Medios de Comunicación.

El Cuarto elemento de nuestra definición es la finalidad de la Política Criminal, es decir los objetivos de la misma los cuales serán diferentes según el grado de profundidad que los funcionarios quieran darle a la Política Criminal.

De esta forma cuando nos referimos a la Política Criminal lo haremos en el sentido siguiente: Política Criminal es el cúmulo de Decisiones Políticas que están relacionadas con los Sistemas Penales y con los instrumentos no penales, las cuales tienen como objetivo controlar la criminalidad con estricto respeto a los Derechos y Garantías de los ciudadanos. A continuación explicaremos más detalladamente estos elementos.

#### **4.2.1.4.8.4.3.7.2 Contenido de la Política Criminal**

En nuestra definición de Política Criminal encontramos los siguientes elementos: *1.-Decisiones Políticas. 2.-Sistemas Penales. 3.-Mecanismos no Represivos de Control; y 4.-Finalidad de la Política Criminal.*

#### **4.2.1.4.8.4.3.7.3 Decisiones Políticas**

Anteriormente afirmamos que la Política Criminal es un cúmulo de Decisiones Políticas, que estas Decisiones Políticas son tomadas por sujetos que ejercen poder sobre los demás y que estas decisiones están relacionadas con los Sistemas Penales y los mecanismos no Represivos.

Es necesario agregar que dichas Decisiones se caracterizan por ser dinámicas, asimismo toda Política Criminal es producto de una serie de sujetos que ejercen poder, por lo cual no podemos hablar de una Política Criminal como producto de una sola persona.<sup>183</sup>

Asimismo las decisiones pueden variar desde programas para controlar la comisión de delitos -pertenecientes a los mecanismos no represivos de la Política Criminal- hasta la configuración del sistema penal, definiendo los delitos, el tipo de proceso penal, las penas a imponer, las medidas de seguridad, así como la organización y funcionamiento de las instituciones públicas.

#### **4.2.1.4.8.4.3.7.4 Sistemas Penales**

Los sistemas penales son el Objeto principal de las Decisiones Políticas, los cuales están formados por instituciones y personas que están encargadas de la función punitiva del estado. Dicho Sistema Penal se puede dividir en los subsistemas policial, judicial y penitenciario.

Está organizado en base a dos momentos de criminalización: la criminalización primaria y la criminalización secundaria.

---

<sup>183</sup> BINDER., Pág. 49. “Este dinamismo de la política criminal demuestra que también ella es un fenómeno complejo; la diversidad de los sujetos que intervienen en la producción de la política criminal hace que, en realidad, no sea del todo correcto hablar de una sola política criminal. Una consideración estática de la política criminal suele sustentar una visión simplista, que da por supuesto que el producto de esa política es el Estado. Pero, como vimos, ni tal política puede ser comprendida fuera de su dinamismo ni el Estado es una institución simple. Por el contrario, en él se refleja la situación de las luchas políticas que se suscitan en el marco de la sociedad y que se manifiestan en pactos y hegemonías, en acuerdos o condiciones de mayor poder. En realidad, el Estado y la sociedad conforman un solo ámbito estructural de lucha política. La política criminal refleja ese fenómeno y no tiene, en consecuencia, un carácter unitario, sino que refleja las luchas, acuerdos y hegemonías propias de la política general. Por lo tanto, en un sentido propio, no existe un sujeto productor único, ni una única dirección en su contenido. Sin embargo, debe quedar claro que siempre existe algún sujeto hegemónico y siempre es posible detectar una dirección preponderante, tal como ocurre con la política general.”

Dentro de la criminalización primaria incorporar las decisiones que toman los sujetos del poder en cuanto a: ¿Qué tipo de Sistema Penal se aplica, Derecho Penal de Hecho o Derecho Penal de Autor?, ¿Qué conductas deben ser tipificadas como Delitos y Faltas?, ¿Qué tipo de penas se aplicarán a dichos Delitos y Faltas?, ¿Qué tipo de Medidas de Seguridad se aplicarán a dichos Delitos y Faltas?, ¿Qué bienes jurídicos se tutelarán penalmente?, ¿Qué tipos de Delitos se tipificarán en Leyes Especiales?, ¿Qué tipos de conductas se descriminalizarán?, ¿Está penalizada la Proposición y Conspiración de algunos delitos?.

¿Se hace uso de tipos penales en blanco?, ¿Qué tipo de Causas de Justificación y Causas de Inimputabilidad se contemplan en dicho Sistema Penal?, ¿Cuáles son los fines de las penas y de las Medidas de Seguridad?, ¿Cuáles son los límites de las Penas y de las Medidas de Seguridad?, ¿Se contemplan mecanismos de Libertad Condicional?, ¿Existen la posibilidad de reemplazo de la Pena?, ¿Se tipificarán Delitos que no tutelen ningún bien jurídico?, ¿Existe la posibilidad de Conciliación en Delitos Menos Graves y Faltas?, ¿Se deben aumentar las penas en los Delitos más comunes?, ¿Se conminarán a pena a los Delitos de peligro abstracto?, ¿Existen Centros Especiales para los detenidos provisionalmente?.

¿Existen Centros Especiales para el cumplimiento de Medidas de Seguridad de internamiento?, ¿Qué tipo de Régimen Penitenciario se aplica en determinado territorio?, ¿Existen programas para promover la reinserción de los internos a la sociedad?, ¿Existen programas para promover el trabajo entre los internos cuando están dentro de prisión y cuando terminan su pena de prisión?, entre otras.

En materia procesal penal podemos incorporar a las decisiones que toman los sujetos del poder en cuanto a: ¿Qué tipo de Proceso Penal se implementará para los Delitos y las Faltas?, ¿Cuáles son los Fines de dicho

Proceso Penal?, ¿Hay concordancia entre el Proceso Penal y la Constitución de la República?, ¿Existe Proceso Sumario?, ¿Existen Procesos Penales con menores Garantías para Delitos específicos?, ¿Existe plena vigencia del principio de contradicción en el Proceso Penal?, ¿Cuáles son los requisitos de admisibilidad de la prueba?, ¿Se obliga al imputado a declarar?, ¿Se juramenta al imputado antes de escuchar sus alegatos?, ¿Cuál es la duración de la Detención Provisional?, ¿Cuáles son los requisitos para imponer la Detención Provisional?.

¿De qué forma se garantiza el Derecho de Defensa del Imputado?, ¿Existen testigos sin rostro en el Proceso Penal?, ¿Existe el careo en el Proceso Penal?, ¿Existen instituciones especializadas para la investigación científica del Delito?, ¿Existe coordinación entre las instituciones del Sistema Penal al momento de aplicar las leyes penales?.

La Criminalización secundaria por su parte inicia cuando el Sistema Penal se aplica a un caso concreto, es decir desde la denuncia de que se ha cometido un delito, el transcurso del proceso penal y la imposición de una pena o medida de seguridad hasta la finalización de la ejecución de la misma.

Lo anterior es descrito en otras palabras por el penalista Juan BUSTOS RAMÍREZ de la siguiente forma:

“En cuanto a su extensión cabe tomar en cuenta que, como la política criminal guarda relación con la cuestión criminal dentro de un sistema penal, ello implica considerar todo el proceso de criminalización. No sólo el de creación de la norma (criminalización primaria), sino también el de aplicación de la norma (criminalización secundaria). Luego, ello significa que la visión crítica político-criminal no sólo alcanza a las normas (penales, procesales, penitenciarias, etc.), sino a las instancias concretas en que actúan los operadores sociales, esto es, la policía, el proceso penal, el subsistema

penitenciario, los diferentes organismos auxiliares (asistentes sociales, psicólogos, psiquiatras, médicos, etc.)”<sup>184</sup>

El Código Penal reconoce una diversidad de penas en el artículo 45, desde la pena de prisión, de arresto de fin de semana, de arresto domiciliario, de multa y de prestación de trabajo de utilidad pública, como penas principales, y la pena de inhabilitación absoluta, inhabilitación especial, expulsión del territorio nacional para los extranjeros, privación del derecho de conducir vehículos de motor y la pena de terapia. Siendo la pena de prisión la consecuencia más grave en nuestro sistema jurídico para los delitos comunes, en nuestro sistema penal es la pena por excelencia.

Las medidas de seguridad contempladas en nuestro código penal son las de vigilancia, tratamiento médico ambulatorio e internamiento, siendo esta última impuesta a los que cometan delitos que tengan como sanción pena de prisión.

---

<sup>184</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN. (1999). *“Lecciones de Derecho Penal”*. Vol. I., Editorial Trotta, Madrid. Pág. 31. “Luego el derecho penal como disciplina no puede tener sólo como objeto la norma, pues ésta no tiene validez en sí misma. Su validez proviene de la política criminal. Las normas penales deben estar expuestas a la permanente revisión crítica desde la realidad social. Por eso no debe ser ajena al derecho penal en particular la información que proporcionan las ciencias que se dedican al estudio de los fenómenos sociales, de la criminología en especial. Debe haber, en consecuencia, una permanente interacción entre la criminología, la política criminal y el derecho penal. En cuanto a su extensión cabe tomar en cuenta que, como la política criminal guarda relación con la cuestión criminal dentro de un sistema penal, ello implica considerar todo el proceso de criminalización. No sólo el de creación de la norma (criminalización primaria), sino también el de aplicación de la norma (criminalización secundaria). Luego, ello significa que la visión crítica político-criminal no sólo alcanza a las normas (penales, procesales, penitenciarias, etc.), sino a las instancias concretas en que actúan los operadores sociales, esto es, la policía, el proceso penal, el subsistema penitenciario, los diferentes organismos auxiliares (asistentes sociales, psicólogos, psiquiatras, médicos, etc.). Todos estos aspectos forman una unidad. Tanto es así que sólo tener una buena ley todavía no significa nada. Además de un cuerpo coherente de leyes policiales, penales, procesales y penitenciarias se requieren instancias, instituciones y operadores sociales que funcionen en coherencia con los principios político-criminales que los inspiran y que no son otros que los del Estado social y democrático de derecho”



Dentro del sistema penal, en legislaciones más avanzadas que la nuestra, existen medidas ajenas a la pena de prisión, que son parte del sistema penal, por ejemplo en Alemania:

“El primer grupo de estas consecuencias ajenas al proceso lo constituyen aquellas de carácter condictivo de las ventajas del hecho: retiran a los beneficiados por el delito las ventajas reportadas por el hecho punible. (...) El segundo grupo lo constituyen las consecuencias de carácter restitutorio: vienen a reparar los perjuicios causados por el delito. Eliminan, en la medida de lo posible, las consecuencias materiales o inmateriales del hecho. Consisten en la restitución in natura de la situación de los bienes lesionados del perjudicado a su prístino estado, en la compensación de los daños materiales o inmateriales, o bien en la reparación. (...) El tercer grupo de consecuencias lo componen las consecuencias consistentes en la producción de costes. Producen éstas al responsable del hecho unas cargas que ya no cabe comparar con las consecuencias pre-penales producidas a la víctima, en forma de pérdida de libertades (e incluso de fortuna). Estas cargas producen costes. Van más allá (por motivos pre-penales, entre otros) del posible enriquecimiento por las ventajas extraídas del delito o del deber de reparación de las consecuencias.”<sup>185</sup>

---

<sup>185</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, **“Política Criminal y nuevo Derecho Penal”**: libro homenaje a Claus Roxin, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997. Pág. 43-44. “En una clasificación fiel a la realidad y en una enumeración ad rem et effectum primum, podemos distinguir en el ámbito teórico no dos sino tres consecuencias negativas que pueden acompañar el proceso. El primer grupo de estas consecuencias ajenas al proceso lo constituyen aquellas de carácter condictivo de las ventajas del hecho: retiran a los beneficiados por el delito las ventajas reportadas por el hecho punible. Las consecuencias condictivas de las ventajas se ven limitadas en su importe por el luerum ex crimine. El segundo grupo lo constituyen las consecuencias de carácter restitutorio: vienen a reparar los perjuicios causados por el delito. Eliminan, en la medida de lo posible, las consecuencias materiales o inmateriales del hecho. Consisten en la restitución in natura de la situación de los bienes lesionados del perjudicado a su prístino estado, en la compensación de los daños materiales o inmateriales, o bien en la reparación. Las consecuencias condictivas y restitutivas encuentran su modelo en las consecuencias pre-penales producidas a la víctima con la intromisión en sus bienes jurídicos.’ El tercer grupo de consecuencias lo componen las consecuencias consistentes en la producción de costes. Producen éstas al responsable

En nuestro país existen algunas medidas como alternativas al proceso penal y a la pena, por ejemplo, el Código Procesal Penal reconoce la posibilidad de la Suspensión del Procedimiento a Prueba, el Criterio de Oportunidad y la Conciliación, como alternativas al proceso penal.<sup>186</sup>

Asimismo el Código Penal reconoce el Reemplazo de la Pena, la Sustitución de la Pena, la Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena y el Perdón Judicial<sup>187</sup>, como alternativas a la Pena, es decir a los que ya fueron juzgados y condenados.

#### **4.2.1.4.8.4.3.7.5 Mecanismos no Represivos de Control**

Anteriormente afirmamos que existen mecanismos no represivos que tienen como finalidad el control de la criminalidad. Distinguíamos estos de la prevención general y especial, pues estos últimos forman parte de las teorías sobre los fines de la pena, por tanto son parte del Sistema Penal.

En este apartado es necesario destacar que existe un lazo entre la Política Criminal y la Política Social, siendo este lazo los mecanismos de Prevención dentro de la Política Criminal. Asimismo existe diferencia entre la Política

---

del hecho unas cargas que ya no cabe comparar con las consecuencias pre-penales producidas a la víctima, en forma de pérdida de libertades (e incluso de fortuna). Estas cargas producen costes. Van más allá (por motivos pre-penales, entre otros) del posible enriquecimiento por las ventajas extraídas del delito o del deber de reparación de las consecuencias. Las consecuencias productivas de costes pueden estar determinadas por la culpabilidad del hecho punible. En ese caso son retributivas. Las consecuencias que producen costes retributivos están limitadas en su alcance por la medida de la culpabilidad del hecho. O bien pueden ser limitados por la especial peligrosidad manifestada en el hecho punible. Son entonces preventivos frente a la peligrosidad. Los costes preventivos de la peligrosidad están sujetos al principio de proporcionalidad. En la realidad jurídica pueden darse formas mixtas.”

<sup>186</sup> Sobre el Criterio de Oportunidad: artículos 20 y 21 del Código Procesal Penal; sobre la Suspensión Condicional del Procedimiento a Prueba: Artículo 22 – 25 del Código Procesal Penal; Sobre la Conciliación: artículo 32 y 33 del Código Procesal Penal. D.L. N° 904, del 4 de diciembre de 1996, publicado en el D.O. N° 11, Tomo 334, del 20 de enero de 1997. Estas formas alternas cambian con la entrada en vigencia del Código Procesal Penal, lo cual analizaremos en el Capítulo correspondiente.

<sup>187</sup> Sobre el Reemplazo y la Sustitución de la Pena: Cfr. artículos 74-76 del Código Penal; sobre Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena: Cfr. Artículos 77-81, 83 y 84 del Código Penal; sobre el Perdón Judicial: artículo 82 del Código Penal. D.L. N° 1030, del 26 de abril de 1997, publicado en el D.O. N° 105, Tomo 335, del 10 de junio de 1997.

Social y la Política Criminal, pues la primera tiene como objetivo satisfacer las necesidades de la población en cuanto a Derechos Económicos, Sociales y Culturales; mientras que la segunda tiene como objetivo controlar la criminalidad por mecanismos no penales, es decir no represivos. A lo que se suma la distinción que enunciamos anteriormente, según la cual, la Política Social se realiza de manera general, mientras la Política Criminal Preventiva se realiza de manera selectiva, es decir a personas específicas que por su calidad son especialmente vulnerables a cometer ilícitos.

A lo anterior debemos relacionar el artículo 13 inciso tercero de la Constitución como una directriz constitucional en materia de Política Criminal Preventiva.

“Por razones de defensa social, podrán ser sometidos a medidas de seguridad reeducativas o de readaptación, los sujetos que por su actividad antisocial, inmoral o dañosa, revelen un estado peligroso y ofrezcan riesgos inminentes para la sociedad o para los individuos. Dichas medidas de seguridad deben estar estrictamente reglamentadas por la ley y sometidas a la competencia del Órgano Judicial.”

Según dicho artículo se contempla la posibilidad de tomar medidas de seguridad reeducativas y de readaptación para controlar la criminalidad. Dichas medidas deben estar bajo el control del Órgano Judicial y deben ser tomadas en atención a los factores de riesgo de que se produzcan conductas delictivas, es decir que es independiente a la Política Social del Estado, teniendo carácter selectivo a grupos vulnerables.

El fundamento de estas medidas es la posibilidad de que dichas personas puedan cometer conductas delictivas y lo que se busca con estas medidas, según nuestra interpretación de la disposición constitucional, es la prevención de la comisión de delitos. De esta forma se pueden generar medidas que busquen apartar a las personas de los factores de riesgo, de la

marginalidad, pero la forma en que se realizan los mecanismos preventivos es selectiva, no se realiza de forma general, en esto se diferencia la Política Criminal Preventiva de la Política Social. Mientras la primera tiene como objetivo la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, la última busca controlar la criminalidad antes de que los hechos delictivos sean cometidos.

Lamentablemente la historia nos ha demostrado que la disposición constitucional precitada ha sido utilizada para crear leyes típicas en el sistema de Derecho Penal de Autor. Pues se criminalizaban conductas consideradas antisociales e inmorales, pero la finalidad de estas medidas no era la prevención de la criminalidad ni mucho menos la reeducación y la readaptación de las personas cuando todavía no han cometido delitos.

Los programas y las actividades a realizar son variados, pueden ir desde proyectos económicos que tienen como objetivo darle trabajo a las clases subalternas de manera selectiva, proyectos que tienen como objetivo aumentar los niveles de educación y cultura en general en las zonas marginales, entre otras políticas.

De la misma forma se diferencia las disposiciones pertenecientes al Derecho Administrativo que tienen como objetivo no el control de la criminalidad sino la efectividad en el cumplimiento de la Función Administrativa. Entre las cuales podemos citar las Ordenanzas Municipales contravencionales que sancionan conductas antisociales con multas, las mismas ordenanzas que prohíben la portación de armas de fuego en lugares públicos, las decisiones de control y vigilancia para funcionarios públicos de la policía nacional civil.

Consideramos necesaria esta observación debido a que a menudo algunos autores tienden a brindar definiciones de Política Criminal demasiado amplias, por lo cual se corre el riesgo de perder la perspectiva de

nuestra temática y confundir el objeto de estudio de la Política Social y de la Política Criminal, de la misma forma en que se tiende a confundir el objeto de estudio del Derecho Penal, la Criminología y la Política Criminal.

Sin perjuicio de lo anterior, nuestra postura al respecto es claro en el sentido que en El Salvador deben tomarse medidas no represivas que estén encaminadas a atacar las causas estructurales del delito, algo que hasta la fecha no se ha planteado. En este sentido apoyamos nuestra afirmación en la opinión del criminólogo salvadoreño **Omar PASTOR**:

“En este estado de cosas, considero que una Política Criminal reflejo de un Estado Constitucional de Derecho, en lo referente al ejercicio del Poder Penal, debe tener **Límites Absolutos, tales como:** -Ser transparente. – Debe haber verdaderos controles en relación a las Instituciones que aplican el poder punitivo del Estado. –*Contar con un verdadero Control penal del ejercicio del Poder Económico y Político de los sectores de Poder.* Sólo así podríamos estimar que realmente la sociedad goza de seguridad ciudadana y que ésta constituye un Ente que protege y garantiza, convirtiéndose en un instrumento de aplicación concreta de los Derechos Fundamentales en la lucha contra la criminalidad; así también debe atenderse a los problemas relacionados con las Necesidades Básicas y/o reales, o sea buscarse solución a los problemas de carácter social y económico.<sup>188</sup>”

---

<sup>188</sup> PASTOR, DISRAELY OMAR, (2006). “**Constitución y Política Criminal**”, Revista Derecho. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador. Época VI N° 1. Pág. 69-70. “Solamente de esta manera se podría sostener que en El Salvador no sólo se vive en un Estado que cumple con lo que la Constitución de la República establece, sino también que el respeto de los Derechos Fundamentales es una realidad, y que quizás nos estaríamos acercando a un Nuevo Tipo de Política Criminal, o sea, una Política en la que la Prevención del delito no se deje exclusivamente al criterio del Poder ejecutivo Ministerio de gobernación), sino en forma simultánea se busque soluciones a las Necesidades Reales de la Sociedad por parte del Estado, es decir, operar en base a una verdadera Política Integral de Protección y Defensa de los Derechos Fundamentales. Al respecto, Mauricio Martínez Sánchez nos dice: “se cambia así la noción de ‘Prevención del Delito’ entendida como ‘Intervención Policial, por una ‘Prevención del Delito’ como una intervención oportuna del Estado sobre las necesidades básicas de la población, y como control del ejercicio del Poder Económico y Político de los Sectores Pudientes (envía a:

Según el Dr. Pastor es necesario que la Política Criminal se fundamente entonces sobre tres bases: **el control al Poder Político, el control al Poder Económico y la satisfacción de las necesidades reales de la población.** Esta propuesta es mucho más radical, debido a que afecta a la raíz: la estructura económica, social y política de nuestro país. Consideramos correcta su apreciación pero es necesario manifestar que hasta la fecha no se puede visualizar propuesta alguna que tenga como finalidad ejercer un control del poder político y económico en nuestro país, tanto así que las sentencias de la Sala de lo Constitucional que afectan a los partidos políticos han causado molestia en los partidos políticos, lo cual casi le cuesta la independencia a la Sala de lo constitucional.<sup>189</sup>

No podemos finalizar el presente apartado sin mencionar que los medios represivos no son los más eficaces en la lucha contra la criminalidad, entre otras razones debido a la selectividad que caracteriza al Derecho Penal, según ZAFFARONI: “Dada la selectividad letal del sistema penal y la

---

TOCORA, Fernando – Política Criminal Contemporánea, Editorial TEMIS, Santa Fe, Bogotá, 997. Págs. 18-19.). Lo que significa una sociedad donde la seguridad de lugar a que, por un lado, la justicia se aplique por igual a todos, sin distinciones de ninguna naturaleza y, por otro, que se vuelva realidad la existencia de una sociedad solidaria y humana. De tal manera que podamos afirmar, que en nuestro medio no sólo existen Derechos y Garantías en la Constitución, sino que en su aplicación concreta constituye una verdadera defensa de los Derechos Fundamentales, o sea que los Derechos y Garantías son una realidad en su aplicación.”

<sup>189</sup> El Decreto Legislativo Número 743 de fecha 2 de junio de 2011, publicado en el Diario Oficial Número 102, Tomo 391, de fecha 02 de junio de 2011, que entró en vigencia el mismo día de su publicación, contenía disposiciones transitorias que limitaban las actuaciones de la Sala de lo Constitucional al cambiar el número de votos mínimos para tomar decisión de 4 a 5, es decir que era necesario que todos los magistrados de dicha Sala estuvieran de acuerdo para aprobar cualquier inconstitucionalidad. Este decreto se aprobó en la Asamblea Legislativa para impedir que la Sala de lo Constitucional declarara la inconstitucionalidad de las reformas al Código Electoral que establecían requisitos para las candidaturas no partidarias que en la práctica se vuelven requisitos inalcanzables. Anteriormente la Sala de lo Constitucional había declarado la inconstitucionalidad de los artículos del código electoral que exigían como requisito a los candidatos a diputados que pertenecieran a partidos políticos, lo cual abrió la posibilidad de las candidaturas independientes. Dicho decreto 743 fue declarado inaplicable por la Sala de lo Constitucional en la sentencia de las once horas del día veintidós de junio de dos mil once REF: 2-2006. Finalmente se derogó dicho decreto legislativo pero el Control al Poder Político no es algo factible en nuestra realidad.

impunidad consiguiente para otras personas que no son vulnerables al mismo, debe admitirse que su ejercicio de poder se orienta a la contención de grupos bien determinados y no a la "represión del delito"<sup>190</sup>.

**Según BUSTOS RAMÍREZ:**

“Por eso, una política criminal crítica implica el desarrollo de una política de alternativas a la intervención penal y, consecuentemente, ante la necesidad de dicha intervención, también el desarrollo de alternativas a la pena de prisión, bien sea de multas o de medidas de apoyo al ciudadano para que pueda en el futuro resolver los conflictos que se le presenten”<sup>191</sup>.

En relación a lo anterior opina HASSEMER: “Un Derecho penal simbólico con una función de engaño no cumple la tarea de una política criminal y mina la confianza de la población en la Administración de Justicia”.<sup>192</sup>

---

<sup>190</sup> ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, (1998). **“En Busca de las Penas Perdidas: deslegitimación y dogmática jurídico-penal”**, 2ª Reimpresión, EDIAR, Buenos Aires. Pág. 44. “Frente a esta constatación -a la que se agrega el enorme volumen de violencia provocado por las agencias del sistema penal en forma de corrupción, deterioro, muerte violenta de sus propios integrantes, privaciones de libertad, extorsiones, etc.-, suele sostenerse que toda esta enorme violencia es preferible a una supuesta eclosión incontenible del delito de "iniciativa privada" y de la "justicia por propia mano", ante la ineficacia del sistema penal. Más adelante nos ocuparemos particularizadamente de estas respuestas, pero aquí nos interesa señalar que estos argumentos implican varias confesiones sin tapujos: a) admiten implícitamente que ya no puede afirmarse que el monopolio de la violencia pertenece al estado, sino que es más adecuado afirmar que sus agencias pretenden el monopolio del delito; b) se admite expresamente que la legalidad es una ficción; c) el sistema penal se convierte en una especie de "guerra sucia" del momento de la política, en la que el fin justifica los medios; d) dada la selectividad letal del sistema penal y la impunidad consiguiente para otras personas que no son vulnerables al mismo, debe admitirse que su ejercicio de poder se orienta a la contención de grupos bien determinados y no a la "represión del delito”.

<sup>191</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, (1999). **“Lecciones de Derecho Penal”**. Vol. II., Editorial Trotta, Madrid. Pág. 167-168. “Del mismo modo que en los delitos dolosos, tampoco en el ámbito de los culposos el derecho penal aparece legitimado. Por eso, una política criminal crítica implica el desarrollo de una política de alternativas a la intervención penal y, consecuentemente, ante la necesidad de dicha intervención, también el desarrollo de alternativas a la pena de prisión, bien sea de multas o de medidas de apoyo al ciudadano para que pueda en el futuro resolver los conflictos que se le presenten”.

<sup>192</sup> HASSEMER, WINFRIED, (1995). **“Derecho Penal Simbólico y Protección de Bienes Jurídicos, en BUSTOS RAMÍREZ, “Pena y Estado. Función Simbólica de la Pena”**. Editorial Jurídica Cono Sur Ltda. Santiago de Chile. Pág. 36. “El Derecho penal simbólico se

Por esta razón es necesario que se implemente una Política Criminal que tenga como base la lucha contra las causas de la criminalidad, en la medida de lo posible, es decir que toque las estructuras económicas, sociales y políticas, es decir el poder económico y el poder político, buscando satisfacer las necesidades básicas y reales de la población, en estricto respeto a los Derechos y Garantías Constitucionales, sólo de esta forma se podrá controlar la criminalidad de una manera efectiva.

#### 4.2.1.4.8.4.3.7.6 Finalidad de la Política Criminal

Alessandro BARATTA hace una distinción entre las diferentes finalidades de la Política Criminal, asignándole diferentes niveles a dicha finalidad:

“En los niveles más bajos de la escala encontraremos los modelos de la criminología administrativa de impronta etiológica, aplicables solamente al control de la criminalidad. En niveles superiores encontramos los modelos de la criminología etiológica, que se extienden al control de las consecuencias. Los niveles se elevan con los modelos de la criminología crítica, en la medida en que ésta recoge el paradigma del "etiquetamiento" o de la reacción social, lo mejora y lo torna adecuado a la aplicación práctica, mientras que al mismo tiempo la finalidad del control se extiende hacia las consecuencias.”<sup>193</sup>

---

da bajo formas muy diversas: Derecho penal que está menos orientado a la protección del bien jurídico que a efectos políticos más amplios como la satisfacción de una ‘necesidad de acción’. Es un fenómeno de la crisis de la política criminal actual orientada a las consecuencias. Ello convierte gradualmente al Derecho penal en un instrumento político flanqueador de bienes jurídicos universales y delitos de peligro abstracto. Este Derecho penal se aviene a las imágenes de una ‘inseguridad global’ y de una ‘sociedad de riesgo’. Un Derecho penal simbólico con una función de engaño no cumple la tarea de una política criminal y mina la confianza de la población en la Administración de Justicia”

<sup>193</sup> BARATTA, ALESSANDRO, **“Criminología y Sistema Penal”**. In Memorian, Pág. 153. “En los niveles más bajos de la escala encontraremos los modelos de la criminología administrativa de impronta etiológica, aplicables solamente al control de la criminalidad. En niveles superiores encontramos los modelos de la criminología etiológica, que se extienden al control de las consecuencias. Los niveles se elevan con los modelos de la criminología crítica, en la medida en que ésta recoge el paradigma del "etiquetamiento" o de la reacción social, lo mejora y lo torna adecuado a la aplicación práctica, mientras que al mismo tiempo la finalidad del control se extiende hacia las consecuencias. La mayor riqueza y calidad de las variables dependen también del hecho de que, en los modelos de la criminología crítica,



En nuestra opinión, en El Salvador la Política Criminal únicamente puede tener una finalidad **“etiología o administrativa”**, en palabras de BARATTA, debido al poco o nulo desarrollo de planteamientos Político-Criminales, y en todo caso, a la falta de implementación de los pocos postulados que existen. Es decir, que en El Salvador la Política Criminal únicamente puede diseñarse para Controlar la Criminalidad, no para controlar las consecuencias del Delito, entendiendo estas medidas como parte de la Victimología.

Hechas las consideraciones anteriores opinamos que, si bien es cierto la finalidad de la Política Criminal es controlar la Criminalidad, esta finalidad tiene un doble significado, pues al buscar Controlar la Criminalidad también se busca el respeto de los Derechos y Garantías Fundamentales. Sería contradictorio que se busque controlar la criminalidad a expensas de las libertades y derechos de los ciudadanos en general, pues esta Política Criminal tendría carácter de Derecho Penal de Autor, algo prohibido por nuestra Constitución de la República. A este respecto resulta oportuno citar al jurisconsulto BINDER BARZIZZA, quien opina que:

“La política criminal de un país (...) es el termómetro preciso de la vigencia de los derechos humanos en esa sociedad. Por ello, la "conciencia jurídica" de quien trabaja en esta área a veces dramática del Derecho penal, deberá ser más profunda, más atenta a los innumerables riesgos que corren los derechos de las personas; riesgos ocultos, inclusive, en los pliegues de nuestras rutinas, aparentemente triviales.”<sup>194</sup>

---

las finalidades del control se refieren a dos dimensiones: las infracciones delictivas y sus consecuencias y la criminalización y sus consecuencias. Se distingue, así, entre procesos primarios y secundarios de criminalización, es decir, entre leyes penales y sus aplicaciones y, a su vez, en la aplicación, entre el proceso y la aplicación de la pena. Las dimensiones se multiplican ulteriormente. Al contrario, en los modelos de la criminología administrativa de estricto carácter etiológico se consideran sólo una o dos dimensiones del control: el control de la criminalidad o, en el mejor de los casos, el de sus consecuencias”.

<sup>194</sup> BINDER, ALBERTO M., (2001). **“Introducción al Derecho Procesal Penal”**, Pág. 39.

De esta forma, con el respeto a los Derechos y Garantías Constitucionales, se posibilita el cumplimiento de la doble función de la Política Criminal, por una parte: la lucha efectiva contra la criminalidad, y por otra: la protección de los Derechos y Garantías Fundamentales. Según la Constitución de la República de El Salvador nuestro sistema político es democrático, republicano y representativo, por lo cual no pueden sacrificarse los Derechos Fundamentales en aras de obtener una mayor eficacia en la persecución del delito, sino todo lo contrario, debe respetarse el Programa Penal de la Constitución que definiremos con detalle en el capítulo dos.

#### **4.2.1.4.8.4.3.7.7 Política Criminal del Estado Salvadoreño: período 1998-2009**

En base a las anteriores consideraciones hacemos un breve análisis histórico sobre las decisiones que los sujetos de poder han tomado en relación a los sistemas penales, las medidas preventivas de carácter no penal, la finalidad de las mismas y si dichas decisiones respetaban los Derechos y las Garantías Constitucionales de los ciudadanos.

En el año de 1998 sucede un hecho importante en materia penal, se lleva a cabo la Reforma Penal tras algunos intentos fallidos, dicha reforma consistía básicamente en la creación de un Nuevo Código Procesal Penal, que tenía como novedad la implementación de un Proceso Penal Mixto y la Oralidad en el desarrollo del Juicio, un nuevo Código Penal y una nueva Ley Penitenciaria, de esta forma se reformaban los tres pilares del sistema penal. Estos tres cuerpos normativos entraron en vigencia el día veinte de abril de mil novecientos noventa y ocho.<sup>195</sup>

---

<sup>195</sup> Ley Penitenciaria, D. L. N° 1027, del 24 de abril de 1997, publicado en el D. O. N° 85, del día 13 de mayo de 1997.

Esta reforma penal se planteó como un avance de un sistema penal influenciado por el Causalismo<sup>196</sup> y el Positivismo<sup>197</sup>, diseñado e implementado en época de dictadura militar, hacia un sistema penal democrático, acorde con el programa penal de la Constitución de la República.<sup>198</sup>

Dichas leyes eran una parte importante en la transformación del sistema penal, pero debido a que no se desarrolló e implementó una Política Criminal estas reformas no dieron los resultados esperados, en palabras del Lic. José David Campos Ventura:

“Las instituciones del proceso penal son, como se observa, trascendentales e insoslayables para cumplimentar el proyecto político que significa el del Estado de Derecho en El Salvador, pero, indefectiblemente, para el logro de este objetivo, no sólo basta con que exista una determinada codificación que más o menos regula un ‘trámite procedimental’ como hoy en día se tiene con la legislación de 1974, o como pretendería tenerse con la sola vigencia del Nuevo Código Procesal Penal de 1996;<sup>199</sup> en realidad más que un mero cambio normativo (sin restar la importancia que tiene) se necesita que se genere una nueva cultura judicial que redimensione totalmente la misión institucional y el comportamiento procesal de todos y cada uno de los operadores del sistema.

Para esto, desde luego, precisa que se formule y configure una nueva política criminal, inspirada en los principios democráticos y humanistas,

---

<sup>196</sup> En el código penal de 1974 existía el Dolo, la Culpa y la Preterintencionalidad. Esta última es un clásico ejemplo de la preponderante influencia Causalista.

<sup>197</sup> En el Código Penal de 1974 existía el delito de violación de prostituta, que tenía una pena de prisión menor a cualquier otra violación, la razón era que el bien jurídico protegido -la libertad sexual- de las prostitutas tenía menor valor que el de cualquier otra persona.

<sup>198</sup> Especialmente en lo estipulado en los artículos 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19 y 20 de la Constitución de la República de El Salvador de 1983, D. L. N° 38, de fecha 15 de diciembre de 1983, publicado en el D. O. N° 234, Tomo 281 de fecha 16 de diciembre de 1983.

<sup>199</sup> Refiriéndose al Código que entró en vigencia en 1998.

estratégicamente diseñada para que en el proceso penal se reorganicen las instituciones y se las haga funcionar no de un modo cualquiera, como ha ocurrido con el perviviente sistema inquisitivo (siempre lento, escrito, burocrático, despersonalizado, inhumano, etc.) sino de un modo cultural que sirva adecuada y auténticamente a los fines del Estado de Derecho”.<sup>200</sup>

Pero la misma no pudo implementarse debido a que en el mismo año de 1998 se reformó el código penal en 6 ocasiones<sup>201</sup>, en el año de 1999 se reforma en 4 ocasiones más<sup>202</sup>, 4 reformas más en el año 2001, una reforma en 2002 y 2003, 8 reformas en el año de 2004, etc., existiendo 47 reformas a

---

<sup>200</sup> CAMPOS VENTURA, JOSÉ DAVID, El sistema de Ejercicio de la Acción Penal Pública y el Diseño de la Investigación Preliminar: desde las viejas estructuras hacia su necesaria redefinición político-criminal en el nuevo código procesal penal, en Selección de ensayos doctrinarios: nuevo código procesal penal, Comisión Coordinadora del Sector Justicia- Unidad Técnica Ejecutiva, San Salvador. 1998. Pág. 371.

<sup>201</sup> Reforma (3) D. L. N° 235, del 2 de marzo de 1998, D. O. N° 131, Tomo 340 de fecha 15 de julio de 1998: Sustitución de los Arts. 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261 y 262, Adición de los Arts. 262-A y 262-B; Reforma (4) D. L. N° 345, del 2 de julio de 1998, D. O. N° 143, T. 340 del 30 de julio de 1998: Se reforma el Art. 200. Se adiciona el Art. 338-A; Reforma (5) D. L. N° 378, del 13 de agosto de 1998, D. O. N° 156, Tomo 340, del 25 de agosto de 1998: Se adicionó el numeral 10 y se reformó el inciso segundo del Artículo 129. Se redoran los artículos 280, 280-A, 295, 346 inciso 1° y la denominación del Capítulo IV del Título XIII del Libro Segundo. Se adiciona el Art. 346-A y Capítulo IV del título XIII del Libro Segundo. Reforma (6) D. L. N° 425, de fecha 24 de septiembre de 1998, D. O. N° 198, Tomo 341, del 5 de noviembre de 1998. Reforma (7) D. L. N° 441, del 8 de Octubre de 1998, D. O. N° 206, Tomo 341, del 5 de noviembre de 1998: Se reformó el artículo 295, tanto en el tipo penal como en el acápite. Reforma (8) D. L. N° 471, del 5 de noviembre de 1998, D. O. N° 208, Tomo 341, del 9 de noviembre de 1998. Reforma Transitoria de los Artículos 233, 234, 235, 237 y 240. Debido a los daños que causó la tormenta tropical en ese año.

<sup>202</sup> Reforma (9) D. L. N° 642, del 17 de junio de 1999, D. O. N° 128, Tomo 344, del 9 de Julio de 1999: Se modifican los Artículos 3, 9 numeral 2), 30 numeral 5), 73, 94, 99 inciso primero, 161, 162 numerales 3° y 4°, 163 inciso primero, 207, 208 numeral 8°, 215 inciso primero, 379, 380. Se agrega: Art. 28-A, Inciso segundo al Art. 186, Arts. 214-A y 214-B. Se sustituye el epígrafe del Capítulo II, del Título VIII, del Libro II. Se deroga el Art. 387. Reforma (10) D. L. N° 650, del 1° de julio de 1999, D. O. N° 129, Tomo 344 del 12 de julio de 1999: se Sustituye el Art. 222, 306 y 317 inciso primero, se agrega en último inciso al Art. 243. Reforma (11) D. L. N° 703, del 9 de septiembre de 1999, D. O. N° 183, Tomo 345, del 4 de octubre de 1999: Se agregan Art. 4 inciso 2°, Art. 25 in fine, Artículo 27 numeral 6), Artículo 30, epígrafe y numeral 16), Art. 92-A, Art. 112 in fine, Art. 129 in fine, Capítulo II del Título II del Libro Segundo, Art. 147-A, Art. 214-A in fine, Art. 219-A, Art. 219-B, Art. 263-A, Art 348 in fine, Modificación del Artículo 27 numeral 5), Art. 45 numeral 1), Art. 46 numeral 1), Art. 112 inc. 1°, Art. 129 inc. 1°, numerales 2 y 3, Capítulo Único del Título II del Libro Segundo, Art. 221, Art. 318, inc. 1°, Art. 333 inc. 1°, Art. 338. Reforma (12) D. L. N° 740 del 2 de octubre de 1999, D. O. N° 223, Tomo 345, del 30 de noviembre de 1999. Se intercaló inciso segundo al Art. 4, se modificó los numerales 2) y 3) y el inciso 2° del Art. 129 y se reformó el Art. 318 inc.1°.

dicho Código hasta el día de hoy. Lo mismo ocurrió, pero en menor medida, con el Código Procesal Penal que hasta el año de 2010 fue reformado en 21 ocasiones. Dicho proceso de reformas se denominó la Contra Reforma Penal, pues significó un retraso en el respeto a los Derechos y Garantías de los ciudadanos.<sup>203</sup>

Desde mediados del año 2003 hasta el año 2009 el estado implementó acciones como los planes mano dura y súper mano dura, proyectos provenientes del Órgano Ejecutivo, en coordinación con el Ministerio de Seguridad y Justicia, que se basaron en la promulgación de la “Ley Antimaras<sup>204</sup>”, que fue declarada inconstitucional, en sus artículos 1 inciso 2°, 2 inciso 3° y 5°, 3, 4 inciso 8° y 9°, 6 inciso 2°, 16, 18, 19, 22, 23, 25 y 29 inciso 1°, y algunas reformas a los códigos penal y procesal penal, así los artículos 2 incisos 1°, 2° 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, que fueron declarados inconstitucionales por conexión, en relación con la violación al derecho de igualdad, verificada en los artículos 1 y 3 LAM.<sup>205</sup>

Además de la lucha contra las pandillas se promovieron e implementaron reformas legales destinadas a incrementar las penas, así tenemos que el Código Penal se reformó en 25 ocasiones desde el 8 de enero del 2004, hasta el año 25 de noviembre de 2008; se promulgaron leyes como: la Ley especial contra actos de Terrorismo<sup>206</sup>, la Ley contra el Crimen Organizado y

---

<sup>203</sup> La mayoría de reformas del Código Penal aumentaron la pena de prisión, como ejemplo citamos el artículo 45 establece que la duración de la pena de prisión será “de seis meses a setenta y cinco años”.

<sup>204</sup> Decreto Legislativo n° 158, de 9-X-2003, publicado en el Diario Oficial n° 188, tomo 361, correspondiente al 10-X-2003. Vid. Sentencia de Inconstitucionalidad de las quince horas del día uno de abril de dos mil cuatro. REF 52-2003/56-2003/57-2003.

<sup>205</sup> Sobre este tema es importante la investigación realizada por estudiantes de la Universidad de El Salvador en la Tesis de Pre Grado para optar al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas denominada: Análisis de la Política Criminal de El Salvador, autores: María Elena Acosta Fuentes, et. al., T-UES 1201 A267a.

<sup>206</sup> Decreto Legislativo Número 108 del 21 de noviembre de 2006, publicado en el Diario Oficial Número 193, Tomo 373, publicado el día 17 de octubre de 2006.

Delitos de Realización Compleja<sup>207</sup>, Ley Especial para la Protección de Víctimas y Testigos<sup>208</sup> y finalmente se promulgó un nuevo Código Procesal Penal<sup>209</sup>, que todavía no ha entrado en vigencia.

La Ley Penal Juvenil fue reformada<sup>210</sup> básicamente para aumentar la duración de las medidas de seguridad impuestas a los menores<sup>211</sup>, pues antes de dicha reforma a los mayores de dieciséis años que cometían hechos ilícitos se le aplicaba medida cuya duración no podía exceder 7 años, pero después de esta reforma se le puede aplicar como máximo 7 años a los menores de dieciséis años y en algunos casos la medida puede exceder de 7 años a los mayores de 16 años, dependiendo del delito cometido.

---

<sup>207</sup> Decreto Legislativo Número 190 de fecha 20 de diciembre de 2006, publicado en el Diario Oficial Número 13, Tomo Número 374, publicado en el Diario Oficial el día 22 de enero de 2007.

<sup>208</sup> Decreto Legislativo Número 1029 de fecha 26 de abril de 2006, publicado en el Diario Oficial Número 95, Tomo Número 371, publicado en el Diario Oficial el día 25 de Mayo de 2006.

<sup>209</sup> Decreto Legislativo número 733 de fecha 22 de octubre de 2008, publicado en el Diario Oficial Número 20, Tomo 382 de fecha 30 de enero de 2009.

<sup>210</sup> Decreto Legislativo Número 863, de fecha 27 de abril de 1994, publicado en el Diario Oficial Número 106, Tomo 323, de fecha 08 de junio de 1994.

<sup>211</sup> Se reforma el artículo 15 inciso cuarto de la siguiente forma: “Cuando la infracción fuere cometida por un menor, que hubiere cumplido dieciséis años al momento de su comisión, el Juez podrá ordenar el internamiento hasta por un término cuyos mínimo y máximo, serán la mitad de los establecidos como pena de privación de libertad en la legislación penal respecto de cada delito. El término máximo de la medida será de siete años, salvo los casos en que incurren en responsabilidad penal por los delitos de homicidio simple, homicidio agravado, proposición y conspiración en el delito de homicidio agravado, extorsión, proposición y conspiración en el delito de extorsión, secuestro, proposición y conspiración en el delito de secuestro, atentados contra la libertad individual agravados en el delito de secuestro, violación en menor o incapaz, agresión sexual en menor e incapaz, violación y agresión sexual agravada, robo agravado, así como, proposición y conspiración en el delito de robo agravado; en los cuales el término máximo de la medida podrá ser de hasta quince años. No obstante lo establecido anteriormente, en ningún caso por dichos delitos, el internamiento podrá ordenarse por un término igual o mayor al mínimo de pena de privación de libertad que en la legislación penal corresponda para cada delito. (5)” El texto original de dicha disposición establecía que: “Cuando la infracción fuere cometida por un menor, que hubiere cumplido dieciséis años al momento de su comisión, el Juez podrá ordenar el internamiento hasta por un término cuyos mínimo y máximo serán la mitad de los establecidos como pena de privación de libertad en la legislación penal respecto de cada delito. En ningún caso la medida podrá exceder de siete años.” Reforma 5: Decreto Legislativo No. 309 de fecha 24 de marzo de 2010, publicado en el Diario Oficial No. 64, Tomo 387 de fecha 09 de abril de 2010.

Otro hecho importante en materia penal ocurrió en mayo de 2009, fecha en que la Asamblea Legislativa emitió un Decreto Legislativo en el cual encontramos las siguientes disposiciones transitorias:

“Art. 1.-Otórgase un plazo de 45 días hábiles, a partir de la vigencia de este Decreto, para que todas aquellas personas que posean armas de fuego sin registrar y no posean documento de propiedad de las mismas, puedan legalizarlas sin este requisito; debiendo comprobar su adquisición legal. Art. 2.-El presente Decreto entrará en vigencia desde el día de su publicación en el Diario Oficial. DADO EN EL SALÓN AZUL DEL PALACIO LEGISLATIVO: San Salvador, a los veintiún días del mes de mayo del año dos mil nueve.”<sup>212</sup>

Lo cual a nuestro parecer fue una reforma que en lugar de controlar la criminalidad la fomenta.

En materia de prevención el estado ha desarrollado actividades deportivas, en horarios diurnos y nocturnos, así como el plan denominado “mano amiga”.

---

<sup>212</sup> El Decreto Legislativo íntegro reza de la siguiente forma: “DECRETO No. 25 LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR, CONSIDERANDO: I. Que por Decreto Legislativo No. 655, de fecha 1 de julio de 1999, publicado en el Diario Oficial No. 139, Tomo 344, de fecha 26 de julio de 1999, se emitió la Ley de Control y Regulación de Armas, Municiones, Explosivos y Artículos Similares. II. Que a la fecha existe una gran cantidad de personas que debido al proceso burocrático establecido por las instituciones involucradas en el proceso de matrículas, no pudieron registrar sus armas durante el plazo que la Ley les concedió para ello. III. Que en base a lo anterior, es procedente otorgar un plazo prudencial para que las personas que se han visto afectadas, legalicen su situación y evitar caer en un ilícito penal. POR TANTO, en uso de sus facultades constitucionales y a iniciativa de los Diputados Ciro Cruz Zepeda Peña, Rodolfo Antonio Parker Soto, Elizardo González Lovo, Guillermo Antonio Gallegos Navarrete, Roberto José d'Aubuisson Munguía, José Antonio Almendáriz Rivas, Luis Roberto Angulo Samayoa, Mario Marroquín Mejía, Carlos Armando Reyes Ramos, Mario Antonio Ponce López y Santos Guevara Ramos. DECRETA la siguiente disposición transitoria: Art. 1.- Otórgase un plazo de 45 días hábiles, a partir de la vigencia de este Decreto, para que todas aquellas personas que posean armas de fuego sin registrar y no posean documento de propiedad de las mismas, puedan legalizarlas sin este requisito; debiendo comprobar su adquisición legal. Art. 2.- El presente Decreto entrará en vigencia desde el día de su publicación en el Diario Oficial. DADO EN EL SALÓN AZUL DEL PALACIO LEGISLATIVO: San Salvador, a los veintiún días del mes de mayo del año dos mil nueve.”

En materia de reinserción se llevaron a cabo algunos programas dentro de las cárceles que van desde la producción en talleres de carpintería, sastrería, pintura y algunas manualidades, pero no todos los centros penales tienen las mismas posibilidades.

En vista de lo anterior podemos afirmar que la Política Criminal de El Salvador en el período de 1998-2009 estuvo caracterizada por el aumento de penas, el aumento de las medidas de seguridad a menores de edad, la creación de legislación especial que disminuye las garantías de los imputados, la creación de un nuevo código procesal penal en el cual los jueces de paz no pueden proveer sentencias de sobreseimientos definitivos ni provisionales, con muy pocas excepciones.

#### **4.2.1.4.8.4.3.7.8 Planteamientos Político Criminales de la Plataforma de Gobierno del FMLN**

La criminalidad es uno de los problemas fundamentales que todo gobierno debe tener en cuenta al momento de ejercer el poder, en nuestra investigación consideramos importante analizar los planteamientos político-criminales del gobierno actual, por esta razón examinamos la Plataforma de Gobierno del partido que ganó las elecciones, con el objetivo de estudiar las propuestas para enfrentar la criminalidad allí desarrolladas.

El Programa de Gobierno 2009-2014 es un documento de 97 páginas que fue producto del llamado Diálogo Social Abierto, en el cual participaron diversos sectores de la sociedad civil, el mismo se divide en 4 partes: 1.- Reforma Social. 2.-Reforma Económica. 3.-Gestión Ambiental y 4.-Reforma Política.

En el texto del mismo no podemos encontrar un diseño de Política Criminal, pero sí encontramos algunos lineamientos político criminales, por ejemplo: en la Parte 4: "*Reforma Política*", encontramos algunos postulados



sobre “Política de justicia, seguridad pública y convivencia ciudadana.”, en la página 86 específicamente, este apartado se divide en cuatro lineamientos estratégicos y cada lineamiento estratégico tiene diversas acciones:

**a) Prevención del delito y de la violencia social.**

**b) Combate al delito e Investigación criminal.**

**c) Rehabilitación e inserción social.**

**d) Transformación y mejora del funcionamiento institucional.**

En cada uno de los lineamientos estratégicos existen algunos postulados valiosos al respecto, que analizamos a continuación:

En el primer Lineamiento Estratégico: ***a) Prevención del delito y de la violencia social, las acciones más importantes que podemos encontrar son:***

❖ Cooperación entre la PNC y la comunidad organizada que permita crear bases sólidas de convivencia, conductas auto reguladas de la ciudadanía, buenos comportamientos e imposición de inhibiciones a conductas 30 destructivas.<sup>213</sup> Consideramos importante esta propuesta debido a que en muchas ocasiones no existe coordinación entre PNC, FGR y la sociedad civil, tampoco existe un programa eficiente sobre protección de víctimas y testigos por lo cual no existe una cultura de denuncia. Pero

---

<sup>213</sup> Los demás elementos son: “Programas para jóvenes que brinden una amplia oferta cultural, deportiva y recreativa.”, “Programas que fomenten los espacios públicos de calidad, en coordinación con gobiernos municipales, las comunidades y la empresa privada.”, “Fomento masivo de valores de pacífica convivencia social, aplicando la coerción legal institucional como último recurso y de forma excepcional.”, “Programa de oportunidades que facilite la reinserción de los jóvenes deportados o actualmente en pandillas.”, “Programa de aplicación estricta de la Ley de Control y Regulación de Armas de Fuego.”, “Revisión y fortalecimiento de los marcos legales e institucionales relacionados con la prevención de la violencia intrafamiliar y el abuso sexual.”, “Prevención del abuso y dependencia del alcohol y las drogas; dando mayor énfasis profesional a la persecución e investigación del tráfico ilegal de drogas.”, “Fomentar una cultura de respeto, tolerancia y solidaridad en la sociedad, en medios de comunicación y planes de estudio del Ministerio de Educación.”.

retomaremos estas consideraciones y fundamentaremos nuestra posición posteriormente.

En el segundo Lineamiento Estratégico: ***b) Combate al delito e Investigación criminal, consideramos importante las siguientes acciones propuestas:***

- ❖ Desarrollar la profesionalización y cualificación permanente de la inteligencia e investigación científica del delito.
- ❖ Garantizar la legalidad, el pleno respeto de los principios constitucionales y los estándares internacionales sobre derechos humanos en el procedimiento investigativo, fortaleciendo la función contralora de la Inspectoría General de la PNC.
- ❖ Crear el Instituto de Ciencias Forenses.<sup>214</sup>

Al respecto podemos comentar que una de las debilidades del sistema penal ha sido la investigación científica del delito, en algunos casos por falta de personal calificado<sup>215</sup>, en otros por falta de políticas en materia de investigación<sup>216</sup> y en otros por falta de tecnología.

---

<sup>214</sup> Las demás acciones que se proponen en dicho lineamiento estratégico son: “Dignificar la carrera policial, propiciando mejores condiciones laborales para todos sus miembros.”, “Modernizar la Academia de Seguridad Pública en su capacidad académica, especializada y científica.”, “Desarrollar la profesionalización y cualificación permanente de la inteligencia e investigación científica del delito.”, “Garantizar la legalidad, el pleno respeto de los principios constitucionales y los estándares internacionales sobre derechos humanos en el procedimiento investigativo, fortaleciendo la función contralora de la Inspectoría General de la PNC.”, “Crear el Instituto de Ciencias Forenses.” y “Desarrollar un sistema integral e interinstitucional para la recolección, el análisis y el tratamiento de la información criminal. Este sistema será de acceso público”.

<sup>215</sup> A manera de ejemplo, en un caso de homicidio agravado en grado de tentativa supuestamente realizado en Diciembre de 2010, la FGR no realizó las pruebas que debía realizar: “Según el funcionario, la Fiscalía no practicó ni siquiera la prueba de bario y plomo a ninguno de los imputados, con la cual se hubiera tenido la certeza de quién había realizado el disparo. “La prueba de bario y plomo, si la hubieran hecho, no se podía refutar”, explicó el juzgador.” Artículo de El Diario de Hoy.

<sup>216</sup> No existen programas de infiltrados, agentes encubiertos, la técnica de la entrega vigilada, lo cual es posible en base a la Convención de Palermo de 2004 (Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional) y el Código Procesal Penal de 2009. En otras palabras, podemos afirmar que en El Salvador no existe inteligencia policial.

En el tercer Lineamiento Estratégico: **c) Rehabilitación e inserción social, únicamente encontramos las siguientes acciones:**

- ❖ Reforma del sistema penitenciario para que opere con más seguridad, justicia y orden, al tiempo que contribuya a la rehabilitación de los internos.
- ❖ Reestructuración de las instituciones de privación de libertad para garantizar el tratamiento adecuado, respeto de derechos y efectividad de la rehabilitación.
- ❖ Profesionalización y especialización de funcionarios y personal.
- ❖ Participación de la comunidad en la ejecución de la pena para facilitar la rehabilitación.

En el cuarto Lineamiento Estratégico d) Transformación y mejora del funcionamiento institucional. Podemos encontrar las acciones más importantes a nuestro criterio son las siguientes:

- ❖ “Redefinición y reestructuración organizacional de las instituciones del Órgano Ejecutivo vinculadas al sistema penal.”
- ❖ “Fortalecimiento en la eficacia de las instituciones clave del sector, dando prioridad al Ministerio de Justicia y Seguridad Pública, la PNC, la FGR y la Corte Suprema de Justicia.”<sup>217</sup>
- ❖ “Transparencia y rendición de cuentas.”
- ❖ “Financiamiento del sector a través de un pacto fiscal que incremente las asignaciones de fondos públicos al área de la seguridad ciudadana y paz social.”<sup>218</sup>

---

<sup>217</sup> En este apartado no se menciona la Unidad Técnica Ejecutiva, el Consejo Nacional de la Judicatura, la Comisión Coordinadora del Sector Justicia, la ANSP, y la Asamblea Legislativa, que son instituciones con competencias importantes en materia de política criminal.

<sup>218</sup> Las demás acciones propuestas son: “Contribuir desde el ejecutivo a recuperar, rediseñar y fortalecer las instituciones de justicia y seguridad pública de conformidad al espíritu y la letra de los Acuerdos de Paz y a los principios del Estado Constitucional y Democrático de Derecho, propiciando una efectiva coordinación interinstitucional.”, “Contribuir a recuperar y potenciar la institucionalidad de la justicia como complemento fundamental de la seguridad

#### 4.2.1.4.8.4.3.7.8.1 Valoración sobre los planteamientos Político-Criminales de la Plataforma de Gobierno del FMLN

A grandes rasgos podemos afirmar que no existe una Política Criminal en el Programa de Gobierno del partido que ganó las últimas elecciones presidenciales, asimismo no se utiliza un lenguaje científicamente adecuado, pues el enunciado principal: “Política de justicia, seguridad pública y convivencia ciudadana.” Denota el limitado alcance de la Plataforma de Gobierno en materia de lucha contra la criminalidad. Lo que se desarrolla en el mismo son planteamientos generales sobre la criminalidad, la inclusión de la población en la lucha contra la misma<sup>219</sup>, el respeto de los derechos humanos y la coordinación entre instituciones públicas como la FGR, PGR, Ministerio de Justicia y Corte Suprema de Justicia.

Ahora bien, en dicho Plan de Gobierno también existen graves falencias, por ejemplo: no se menciona propuesta alguna relativa al proceso penal, la protección de víctimas y testigos, la legislación especial, el código procesal penal que entró en vigencia en 2011,<sup>220</sup> los instrumentos no penales de prevención, la delincuencia organizada, ni del aumento desmedido de la pena de prisión que ha alcanzado la cantidad de 75 años. Tampoco se

---

pública.”, “Redefinición y reestructuración organizacional de las instituciones del Órgano Ejecutivo vinculadas al sistema penal.” y, finalmente, “Monitorear y evaluar constante y participativamente el estado de la seguridad pública, mediante un Consejo Nacional de Seguridad Ciudadana, complementándolo con un Programa de Observatorios de Violencia y Delincuencia en aquellos municipios más violentos.”

<sup>219</sup> En el primer lineamiento estratégico se explica de la siguiente forma: “Prevención del delito y de la violencia social. Reducir los factores que generan violencia y delincuencia, así como identificar los recursos y potencialidades de la sociedad y de la comunidad en general, para fomentar la convivencia armónica, la construcción de ciudadanía y los mecanismos de resolución pacífica de conflictos.”

<sup>220</sup> En esta ocasión no nos referimos únicamente al Código Procesal Penal aprobado, D. L. No. 733 de fecha 22 de octubre de 2008, publicado en el Diario Oficial No. 20, Tomo 382 de fecha 30 de enero de 2009; también nos referimos al Proyecto de Código Procesal Penal anterior, que fue promovido antes de la campaña electoral, el mismo proyecto establecía una estructura distinta en los Tribunales de Sentencia, pues los convertía en Juzgados unipersonales, asimismo comprendía la posibilidad de prueba de referencia, testigos de referencia, brindaba amplias facultades a la FGR, teniendo visos de inquisitivo, entre otras cosas.

mencionan propuestas sobre cómo afrontar el problema del hacinamiento en los Centros Penitenciarios<sup>221</sup> no se diferencia los centros intermedios de los centros penales y tampoco se mencionan los centros para que se cumplan las Penas de arresto de fin de semana y las Medidas de Seguridad (que en muchos casos ni siquiera existen).

En general podemos afirmar que el Programa de Gobierno es un documento que fue preparado para la campaña política que no trata de manera científica la problemática de la criminalidad, afirmamos esto debido a que sólo se brindan propuestas generales, no se analizan las causas de la criminalidad y por tanto no se proponen medidas que traten de controlar las causas de la criminalidad, algo que no se puede hacer en menos de 3 páginas que es la extensión que se dedicó a la Política de Justicia, Seguridad Pública y Convivencia Ciudadana.

En las propuestas que sí son valiosas no se detalla la manera en cómo se realizarán, por ejemplo en la creación del instituto de Ciencias Forenses, no se detalla cuáles serán las competencias de dicha institución, los fondos con que funcionará, el mecanismo por el cual se creará, ni qué sucederá con el instituto de Medicina Legal, etc. Ejemplo de la falta de seriedad de estas

---

<sup>221</sup> “Una de las principales deficiencias que sufre el sistema penitenciario salvadoreño es el alto índice de sobrepoblación penitenciaria. De acuerdo con la información aportada por las autoridades las cárceles de adultos, que tienen una capacidad instalada de 8,110 plazas, albergan actualmente más de 24 mil internos, lo que se traduce en un nivel de hacinamiento de más del 300%. Esta masificación del encierro genera a su vez otras situaciones, como el agravamiento de las condiciones de detención e insuficiente acceso a programas de reeducación y capacitación, indispensables para la reinserción social. Asimismo, provoca violencia, roces, desorden y la comisión de actos delictivos. Adicionalmente, el hacinamiento crítico aunado a la falta de estructuras físicas adecuadas impide el acceso a servicios sanitarios, al agua potable y a espacios físicos adecuados, y facilita la propagación de enfermedades respiratorias e infecciones en la piel de los internos. En general, crea un ambiente en el que las condiciones de salubridad, sanitarias y de higiene son deplorables.” Anexo al Comunicado de Prensa 104/10. OBSERVACIONES PRELIMINARES SOBRE LA VISITA DE LA RELATORÍA SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD A EL SALVADOR. Washington, DC, 20 de octubre de 2010 - La Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) realizó una visita a la República de El Salvador del 5 al 9 de octubre de 2010. La delegación estuvo integrada por el Relator, Comisionado Rodrigo Escobar Gil, y personal de la Secretaría Ejecutiva.

propuestas fue la decisión de la Asamblea Legislativa del día 02 de diciembre de 2010, según la cual por 73 votos a favor se declaró que la creación del instituto de ciencias forenses era improcedente:

“No es procedente la creación de un Instituto de Ciencias Forenses, mediante la ratificación de la reforma constitucional sugerida, por consiguiente no es procedente la aprobación de la Ley Orgánica del Instituto de Medicina Forense”, con el fin de crear un nuevo instituto con autonomía en lo administrativo, técnico y financiero, como un ente independiente de la Corte Suprema de Justicia (CSJ).”

Algo que consideramos positivo es que en dicho documento se retoman algunas propuestas que fueron realizadas hace algunos años pero que no han sido tomadas en cuenta: “Esta estrategia será la aplicación estructurada de una política de acceso a la justicia, de seguridad ciudadana y de promoción de la convivencia social, retomando las recomendaciones de la Comisión Nacional para la Seguridad Ciudadana y Paz Social, emitidas en el 35 año 2007”.<sup>222</sup> Finalmente cabe aclarar que en el Programa de Gobierno no encontramos propuesta según la cual se utilice a la Fuerza Armada en labores de seguridad, pero en la práctica sí se implementó esta acción.

Ese rumbo es este Plan Quinquenal de Desarrollo que ahora presentamos y que constituye por sí mismo una novedad en la forma de gobernar. Por primera vez un Gobierno pone al alcance del pueblo

#### **4.2.1.4.8.4.3.7.8.2 Planteamientos Político Criminales del Plan Quinquenal de Desarrollo**

En el Documento denominado como Plan Quinquenal de Desarrollo podemos encontrar algunos planteamientos político-criminales, consideramos importante su análisis para comprender las estrategias con las

---

<sup>222</sup> Plan de Gobierno, página 86.

que se pretende luchar contra la criminalidad en nuestro país, desde el Órgano Ejecutivo, aun cuando este documento no sea un documento académico, y a pesar que no esté totalmente finalizado<sup>223</sup>, consideramos su estudio debido a que en el mismo, según las palabras del Presidente de la República: “Por primera vez un Gobierno pone al alcance del pueblo su visión, sus prioridades, sus objetivos y sus metas y se compromete a cuantificar las iniciativas que llevará a cabo y los resultados que de ellas espera obtener<sup>224</sup>”.

El documento se divide en **cinco partes**: **Primera Parte**: El punto de partida del gobierno nacional y la respuesta frente a la crisis, **Segunda Parte**: Apuestas, estrategias, prioridades, objetivos, metas. **Tercera Parte**: La estrategia de intervención para alcanzar los objetivos y las metas, **Cuarta Parte**: El Sistema de Seguimiento y Evaluación del Plan Quinquenal de Desarrollo; y la **Quinta Parte**: Anexos.

---

<sup>223</sup> “Cinco son las políticas que se presentan a continuación: la política nacional de justicia, seguridad y convivencia, la política de desarrollo territorial y descentralización, la política nacional de gobernabilidad y modernización del Estado, la política nacional de transparencia y anticorrupción y la política exterior (que incluye las principales acciones que se tomarán para proteger los derechos y fomentar la participación ciudadana de la población salvadoreña viviendo en el exterior). Estas políticas están siendo consultadas con los diferentes sectores interesados y por tanto su desarrollo y contenido definitivo será integrará con posterioridad al Plan Quinquenal de Desarrollo”. Plan Quinquenal, pág. 117.

<sup>224</sup> Los resultados electorales del 15 de marzo de 2009 fueron la expresión del apoyo mayoritario del pueblo salvadoreño a un proyecto de país que se acuñó en dos palabras: cambio seguro. En esta frase resumimos la profunda transformación social y cultural que estamos impulsando y que siempre entendimos como un proceso ordenado, predecible y responsable. Cambio seguro significa para este gobierno tener claros sus objetivos y trazar un rumbo realista, factible y de común acuerdo que nos permita cumplirlos.

Ese rumbo es este Plan Quinquenal de Desarrollo que ahora presentamos y que constituye por sí mismo una novedad en la forma de gobernar. Por primera vez un Gobierno pone al alcance del pueblo su visión, sus prioridades, sus objetivos y sus metas y se compromete a cuantificar las iniciativas que llevará a cabo y los resultados que de ellas espera obtener. Por primera vez una planificación fue consultada con los diferentes sectores sociales y orientada a la creación de políticas de largo plazo.

Este Plan Quinquenal de Desarrollo es, por tanto, una herramienta para edificar el cambio y una pieza clave para generar confianza y seguridad. Es también una muestra de nuestro compromiso con la transparencia y una manera de responder a las dudas que pueden haberse suscitado con la alternancia gubernamental.” Mensaje del Presidente de la República, Plan Quinquenal, 2010, pág. 9.

55 Plan Quinquenal, pág. 120.

En el texto de dicho Plan Quinquenal, a pesar de que el Plan Quinquenal es un documento mucho más serio que el Plan de Gobierno, no encontramos un diseño de Política Criminal. Pero podemos encontrar algunos postulados mínimos en materia de lucha contra la criminalidad. A continuación exponemos los objetivos de dichos postulados, las acciones concretas y finalmente nuestra valoración sobre dichos postulados.

#### **4.2.1.4.8.4.3.7.8.2.1 Objetivos<sup>225</sup>**

En la Tercera Parte del Plan Quinquenal, exactamente en la página 119 se detalla que: “La política nacional de justicia, seguridad pública y convivencia está compuesta por cinco ejes: **a)** control y represión del delito; **b)** prevención social de la violencia y del delito; **c)** ejecución de penas y medidas: sanción, rehabilitación y reinserción social; **d)** atención a víctimas, y **e)** reforma institucional y legal.”

El Objetivo General de dichas Política es: “convertir a El Salvador en un país permanentemente seguro, en el que se respete el estado constitucional 37 de derecho y en el que la vida familiar se desenvuelva despojada del miedo; un país donde exista un clima que favorezca la inversión y las oportunidades de mejora individual y colectiva”.

Dentro de cada eje podemos encontrar un Objetivo Específico: “Con respecto a los objetivos específicos, se han definido los siguientes:

**“a)** Controlar y reprimir la criminalidad común, organizada y de pandillas, para ello se incrementará la capacidad de gestión, de control territorial, de inteligencia policial, de investigación científica del delito, de capacidad de respuesta, de coordinación interinstitucional de carácter nacional y regional y otros recursos de la seguridad en el marco del estado constitucional de derecho;

---

<sup>225</sup> Plan Quinquenal, pág. 120.



**b)** Prevenir y reducir los factores y causas que propician la violencia y el delito, al identificar los recursos y las potencialidades de la comunidad para aumentar la protección y fomentar la convivencia y la participación ciudadana y activar los mecanismos de resolución pacífica de conflictos;

**c)** Implementar un nuevo modelo de ejecución de penas y medidas que garantice el orden, la seguridad y el control de los centros penitenciarios, intermedios y de menores, y que dé a las personas privadas de libertad un tratamiento apegado a la ley y a los derechos humanos, de manera que se favorezca la efectividad del proceso de rehabilitación y reinserción social;

**d)** Promover junto con otras instituciones la atención a víctimas de delitos en las esferas administrativas y judiciales y;

**e)** Ejercer una eficaz dirección estratégica de la seguridad pública que permita fijar prioridades, analizar tendencias, diseñar estrategias, monitorear y evaluar el impacto de las políticas, rendir cuentas a la ciudadanía y 38 fortalecer la relación entre las instituciones responsables del sector justicia y seguridad.”<sup>226</sup>

#### **4.2.1.4.8.4.3.7.8.2.2 Acciones Concretas.**

Las acciones más importantes en las que podemos resumir los Postulados Político Criminales del Plan Quinquenal son las siguientes:

(eje 1) Control y Represión del Delito:

- ❖ Fortalecimiento de la investigación criminal y de la inteligencia policial.
- ❖ Fortalecimiento de la presencia policial en el ámbito nacional.
- ❖ Creación del Centro de Monitoreo y Reacción Policial.
- ❖ Mejora de la gestión de la Policía Nacional Civil para alcanzar organización, administración y procedimientos eficientes.

---

<sup>226</sup> Plan Quinquenal de Desarrollo, 2009-2014. Pág. 120.

- ❖ Fortalecer la seguridad migratoria.
- (eje 2) Prevención social de la violencia y del delito:
  - ❖ Creación de los Consejos Municipales de Prevención de la Violencia.
  - ❖ Intervención coordinada y articulada de distintas instituciones públicas, privadas y locales en comunidades.
  - ❖ Ejecución de acciones para reducir factores de riesgo, como armas de fuego, alcohol y otras Drogas.
  - ❖ Formular y ejecutar la política criminal de prevención de la violencia juvenil.
  - ❖ Formulación de programas. 39 (eje 3) Ejecución de medidas y penas, rehabilitación y reinserción social:
    - ❖ Sistema de seguridad tecnológica.
    - ❖ Readecuación de los centros penales y reformas legales para reducir el hacinamiento.
    - ❖ Proyecto industrial.
    - ❖ Plan cero corrupción.
  - ❖ Reestructuración y fortalecimiento de la Escuela Penitenciaria. (eje 4) Atención a las víctimas:
    - ❖ Revisión y actualización del marco normativo, institucional y programático existente.
    - ❖ Hacer un inventario, en coordinación con las instituciones de seguridad y justicia, de los recursos disponibles para atender víctimas.
    - ❖ Elaboración coordinada de protocolos de atención en sede judicial y administrativa.
    - ❖ Creación de una red nacional de asistencia a las víctimas.
  - ❖ Promover la revisión del régimen de protección a víctimas y testigos. (eje 5) Reforma institucional y legal:
    - ❖ Revisar y ajustar la organización, gestión y roles de las dependencias e instituciones adscritas al Ministerio de Justicia y Seguridad Pública con el

fin de mejorar la administración, de darle coherencia al sistema, de evitar la duplicidad de funciones y de optimizar los recursos e intervenciones.

- ❖ Impulsar la adopción de la justicia restaurativa o reparadora, en especial en lo referente a la justicia penal juvenil.
- ❖ Desarrollar una estrategia para gestionar información sobre violencia y delincuencia.
- ❖ Fortalecer los medios de control interno en la Policía Nacional Civil por medio de la Inspectoría General.
- ❖ Garantizar el cumplimiento de normas por medio de reformas legales, de difusión de la ley y de buenas prácticas.
- ❖ Desarrollar una política migratoria integral.

#### **4.2.1.4.8.4.3.7.8.2. Valoraciones sobre los planteamientos Político-Criminales del Plan Quinquenal de Desarrollo 2009-2014**

Luego de exponer los principales objetivos y las acciones concretas con las cuales se pretende lograr dichos objetivos, nos dedicamos a valorar el documento en relación a la Política Criminal.<sup>227</sup>

Entre algunas valoraciones generales podemos mencionar que el Plan de Desarrollo ha sido diseñado aparentemente con personas calificadas en el tema de seguridad, lo que no ocurrió con el Plan de Gobierno, a pesar de ello no podemos dejar de mencionar que debe existir un documento especializado en el tema de lucha contra la criminalidad, es decir que un documento que hable principalmente del Desarrollo de un país, no es el lugar propicio para tratar el tema de la criminalidad. Esta es la mayor falencia del Plan Quinquenal de Desarrollo, pues el gobierno actual no tiene como objetivo crear una Política Criminal.<sup>228</sup>

---

<sup>227</sup> Reforma 45: Decreto Legislativo No. 310 de fecha 24 de marzo de 2010, publicado en el Diario Oficial No. 64, Tomo 387 de fecha 09 de abril de 2010.

<sup>228</sup> Se incluye el epígrafe siguiente: "UTILIZACIÓN DE MENORES O INCAPACES". Según esta disposición constituye agravante general: "20) Ejecutar el delito utilizando a menores de edad o incapaces".

Otra valoración que consideramos importante es que en ningún lugar del Plan Quinquenal se encuentra la utilización de efectivos de la Fuerza Armada en labores de Seguridad, fortaleciendo instituciones públicas como la Dirección General de Centros Penales, consideramos importante esta falencia teniendo en cuenta que esta medida ha sido la principal decisión político criminal que el Estado de El Salvador ha tomado en el gobierno actual.

En materia de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad no se menciona nada sobre los Centros para el cumplimiento de las Medidas de Seguridad, tampoco se menciona nada sobre los Centros en donde se deben cumplir las Penas de Arresto de Fin de Semana, el tratamiento de los detenidos no condenados y la separación de los internos condenados.

Sobre los postulados realizados consideramos que son atinados y lo único que podemos criticar sobre los mismos es que no se establecen los mecanismos en que se realizarán dichas acciones.

#### **1.6.-Política Criminal del Estado Salvadoreño: período 2009-2011**

A partir del resultado de las últimas elecciones presidenciales en la cual hubo alternancia en el ejercicio del poder, cambian algunas estrategias, objetivos y prioridades en materia de seguridad en el país. Para nuestro análisis a lo largo de la presente investigación vamos a dividir los temas a abordar en tres grandes áreas: el Derecho Penal, el Derecho Procesal Penal y el Derecho de Ejecución de Penas y Medidas.

En materia penal durante el período comprendido entre el primero junio de dos mil nueve hasta los primeros meses de 2011 no hubo mayores cambios. Se sigue aplicando el código penal, que es reformado únicamente en marzo 42 de 2010, dicha reforma comprende los artículos 29 numeral 20) y el artículo 345 inciso tercero relativo a menores de edad. Otras leyes penales

tampoco fueron modificadas significativamente, la Ley Contra El Lavado De Dinero y de Activos<sup>60</sup> no se reforma, únicamente se reformó en 2006, Ley Contra El Crimen Organizado Y Delitos De Realización Compleja tampoco es reformada, únicamente se reformó en 2007<sup>62</sup>, la Ley Reguladora de Las Actividades Relativas a Las Drogas tampoco es reformada, fue reformada por última vez en 2006.

El que reclutare a menores de edad para su ingreso o incorporación a las agrupaciones mencionadas en el inciso segundo del presente artículo, o utilizare a éstos últimos para la comisión de delitos, será sancionado con prisión de diez a quince años.

En Septiembre de 2009 la Asamblea Legislativa interpretó auténticamente el artículo 72 de La Ley De Control Y Regulación De Armas De Fuego, Municiones, Explosivos Y Artículos Similares, lo que no constituye un cambio de carácter importante para la población, más bien sólo para los funcionarios beneficiados con dicha interpretación.

La creación de la Ley De Proscripción De Maras, Pandillas, Agrupaciones, Asociaciones Y Organizaciones De Naturaleza Criminal<sup>65</sup> constituye el único cambio significativo en la legislación penal de carácter material desde junio de 2009, la iniciativa de ley fue promovida por el Órgano Ejecutivo en la cartera de Seguridad y Justicia. Si bien es cierto no existe desarrollo de tipos penales, establecimiento de penas, proceso especial, medios de prueba especiales, ni ningún tipo de innovación en la lucha contra las pandillas y grupos similares, sí podemos encontrar algunas disposiciones que limitan el derecho de propiedad y posesión para las personas involucradas en actividades ilícitas ejecutadas por los grupos mencionados, entre estas disposiciones podemos mencionar: 4, 5, 6 y 7. Aunque cabe aclarar que muchas de las disposiciones de dicha ley son innecesarias por estar regulados en el código procesal penal vigente desde 2011, figuras como la

inmovilización de cuentas Art. 278 C.P.P., el secuestro Art. 285 C.P.P., decomiso, comiso, restitución o embargo Art. 500 C.P.P.

A excepción de la pena de inhabilitación contenida en el artículo 3 de dicho cuerpo normativo: “Las personas indicadas en el artículo anterior quedarán inhabilitadas por el doble de tiempo de la condena establecida en el proceso penal o por el término de seis años en la sentencia administrativa, civil o de otra jurisdicción, en los casos siguientes: a) Pertenecer a partidos políticos; b) Ser candidato a cargos de elección popular o de segundo grado; c) Ser socio, accionista, avalista, miembro, directivo, representante judicial, administrador o asociado de cualquier persona jurídica; d) Ser concesionario, licitante o contratista del Estado o del municipio; e) Ser titular de autorizaciones o permisos estatales o municipales para la apertura o funcionamiento de negocios; f) Ser autoridad, funcionario, agente de autoridad o empleado del área de seguridad y justicia del Estado o del municipio; y, g) Ser titular, directivo, accionista, administrador o empleado de las personas a las que se refiere la Ley de los Servicios Privados de Seguridad.”.

Finalmente podemos afirmar que la redacción de dicha ley no ha sido realizada atendiendo a criterios válidos en Derecho Penal, para muestra el artículo 2:

“Art. 2.- Cualquier acto jurídico que como parte de la actividad delictiva o de su estructura realicen estos grupos por medio de sus integrantes u otras personas en su nombre serán ilícitos y por lo tanto acarrearán las responsabilidades penales, civiles y administrativas correspondientes para sus promotores, creadores, organizadores, dirigentes, miembros,

colaboradores, financistas y cualquier persona que, a sabiendas de su ilegalidad, reciba provecho directa o indirectamente.”<sup>229</sup>

En la presente disposición podemos observar que se establece la ilicitud de todos los actos jurídicos, además se menciona que habrán responsables penalmente, pero sin mencionar ningún delito, infracción administrativa alguna o procedimiento para hacer efectiva esta sanción. Por lo cual esta disposición en nuestra opinión se vuelve ley muerta, ya que no podemos encontrar algún mecanismo para hacer efectiva la prohibición tan extensa que se hace en este artículo.

En materia procesal penal, en cambio, sí hubo cambios importantes desde 2009, el primero de ellos es la entrada en vigencia del Código Procesal Penal, que modifica la tipología del proceso penal<sup>67</sup>, los medios de prueba<sup>68</sup>, el régimen de la acción penal<sup>69</sup> y en general trata de darle coherencia a un código procesal penal que fue reformado en varias ocasiones, así como llenar algunos vacíos que el mismo tenía, con algunas disposiciones criticables.

Al incorporar el proceso sumario Art. 445 - 451 C.P.P., el recurso de apelación de sentencia definitiva Art. 464 - 477, al retomar la prescripción del procedimiento Art. 34, al incrementar el período de detención provisional en los casos de sentencia recurrida, Art. 8 Inc. 2° y 3°, al quitarle la potestad a

---

<sup>229</sup> A excepción de la pena de inhabilitación contenida en el artículo 3 de dicho cuerpo normativo: “Las personas indicadas en el artículo anterior quedarán inhabilitadas por el doble de tiempo de la condena establecida en el proceso penal o por el término de seis años en la sentencia administrativa, civil o de otra jurisdicción, en los casos siguientes: a) Pertenecer a partidos políticos; b) Ser candidato a cargos de elección popular o de segundo grado; c) Ser socio, accionista, avalista, miembro, directivo, representante judicial, administrador o asociado de cualquier persona jurídica; d) Ser concesionario, licitante o contratista del Estado o del municipio; e) Ser titular de autorizaciones o permisos estatales o municipales para la apertura o funcionamiento de negocios; f) Ser autoridad, funcionario, agente de autoridad o empleado del área de seguridad y justicia del Estado o del municipio; y, g) Ser titular, directivo, accionista, administrador o empleado de las personas a las que se refiere la Ley de los Servicios Privados de Seguridad.”.

los jueces de paz de sobreseer definitivamente Art. 300 y 350 C.P.P. Salvo las excepciones establecidas en el artículo 350 Núm. 4) inciso segundo.

Al incorporar la prueba de referencia Art. 220-222 C.P.P., prueba de carácter Art. 224 y prueba de Hábito o Costumbre Art. 225.

Por ejemplo el Criterio de Oportunidad queda a total criterio de la Fiscalía General de la República y el juez de Instrucción únicamente puede presentar inconformidad ante el fiscal superior que de ser ratificada la actuación fiscal "el juez resolverá en el sentido solicitado", esto se infiere de la lectura de los artículos 18, 19 y 20 C.P.P.

En materia de Ejecución de Penas y Medidas se realizan varios cambios, se crean programas como la Carretera de Oportunidades, las "Siete mesas de la esperanza", que tenía como objetivo reunir a los familiares de los reos y los mismos internos para dialogar la forma de que estos reciban beneficios, pero después de algunos meses se endurecen las medidas limitando las visitas a los internos, registrando exhaustivamente a los visitantes, se militariza la Seguridad dentro y fuera de los Centros Penitenciarios, se prohíbe la realización de llamadas de teléfonos móviles y se realizan actividades en coordinación con las telefónicas para disminuir la señal en los alrededores de las cárceles. En materia legislativa no se reforma la Ley Penitenciaria ni su Reglamento.<sup>230</sup>

El análisis con mayor profundidad del proceso penal y de la Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de manera integral se realiza en los próximos capítulos, tanto en el ser como en el deber ser.

---

<sup>230</sup> Al incorporar el proceso sumario Art. 445 - 451 C.P.P., el recurso de apelación de sentencia definitiva Art. 464 - 477, al retomar la prescripción del procedimiento Art. 34, al incrementar el período de detención provisional en los casos de sentencia recurrida, Art. 8 Inc. 2° y 3°, al quitarle la potestad a los jueces de paz de sobreseer definitivamente Art. 300 y 350 C.P.P. Salvo las excepciones establecidas en el artículo 350 Núm. 4) inciso segundo.



Finalmente destacamos el uso de efectivos de la Fuerza Armada en labores de seguridad pública, en colaboración con la Policía Nacional Civil, como medida de disuasión para controlar la criminalidad, que se ha vuelto una actividad ordinaria de la Fuerza Armada.

### **4.3. ANÁLISIS JURÍDICO DEL CASO EN CONCRETO DONDE VIOLENTAN EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA PENA EN UN DELITO DE TENENCIA, PORTACIÓN O CONDUCCIÓN ILEGAL O IRRESPONSABLE DE ARMA DE FUEGO.**

#### **4.3.1 Argumentación Jurídica del hecho.**

En este caso se relaciona el hecho de la manera siguiente. “Que como a eso de las catorce horas y diez minutos del día dieciséis de octubre del dos mil trece, a la altura del desvío del caserío Agua Caliente Cantón Santa Rosita Jurisdicción de la Ciudad del Sauce; cuando agentes policiales proceden a intervenir a Roberto de Jesús Rojas Alvarado, quien recién se bajaba de un autobús y al observar la presencia policial se dio a la fuga, dándole alcance los agentes policiales a unos metros, seguidamente el agente Coca Vásquez, le realiza una requisita personal encontrándole a la altura de la cintura un arma de juego de las características siguientes: Tipo pistola, calibre 380i marca Macarov, serie número 04M1768, sin modelo, pavón deteriorado, cache de baquelita, color café sus respectivos cargadores y siete cartuchos para la misma, no presentando la documentación de ley para su portación, razón por la cual fue detenido dicho imputado por dicho delito.

#### **4.3.2 Motivos alegados por parte del apelante.**

El apelante expresó que se debe puntualizar con respeto a la solución de los motivos alegados por el Licenciado OSCAR MAURICIO CRUZ MAJANO, que en dicho escrito de apelación no se señala concretamente y

por separado los motivos que se fundamenta dicha petición del mismo, dicho recurso contiene una serie de ideas expuestas de forma conjunta y desordenada, ignorando lo dispuesto en el Art. 470 del Código procesal penal que expresa: que dicho recurso de apelación se deberá presentar por escrito en el plazo de Diez días notificado la sentencia. Donde se citaran todas las disposiciones legales que se consideren inobservadas o erróneamente aplicadas y se expresara cual es la solución que se pretende, deberá indicarse separadamente cada motivo con sus fundamentos.

Motivo uno: falta o insuficiente identificación del Imputado. Art. 400 N<sup>o</sup>. 1 del código procesal penal.

Motivo segundo: vicio señalado erróneamente aplicación de las Leyes en la Valoración de las pruebas. Arts. 400 n<sup>o</sup> 4 y 5, y 479 del código procesal penal

Tercer motivo: infracción a los Arts. 30 y 74 inc. 2<sup>o</sup> del código penal, como el art. 346 –B del código penal.

#### **4.3.3 Valoración de la Cámara.**

A juicio de la cámara de lo penal fundamentan que el delito de TENENCIA, PORTACIÓN O CONDUCCIÓN ILEGAL O IRRESPONSABLE DE ARMA DE FUEGO, como un delito de peligro abstracto, debe de entender al referirnos a la graduación de la pena al lugar como uno de los elementos para graduar la pena imposible, esto es entre el mínimo y el máximo señalado por ley, ya que la afectación al bien jurídico no será igual cuando el campesino posee una arma ilegal en su vivienda para protegerse de la delincuencia, que el delincuente la porte en lugares públicos para servirse como medio para delinquir, de ello no queda la menor duda, no obstante resulta cuestionable el señalamiento de la gravedad de irrespeto del lugar que no termina de encajar en la conducta, ni que decir del aspecto probatorio, pues el único testigo señala que.

El señor OSCAR DE JESÚS ROJAS ALVARENGA, fue intersectado en la calle cuando ya había bajado del autobús, aunque nadie señaló concretamente que en el lugar recién hubiese transitado, por ello la circunstancia agravante como bien lo señala no es aplicable al caso, por no constituir un lugar especial que merezca respeto y en consecuencia exigir la imposición de la pena máxima. La imposición de tal elemento motivo a la sentenciadora a imponer la pena máximo de CINCO AÑOS DE PRISION, lo cual a efectuar el juicio de supresión mental hipotético, se tendría que la pena imponible sería inferior al máximo previsto en la ley penal, para lo cual debe de entenderse a los criterios de graduación de la pena.

### **La pena imponible.**

La pena es el medio con que cuenta el Estado para reaccionar frente al delito, expresándose. El o se como la “restricción de derechos del responsable”, por ello, el Derecho que regula los delitos se denomina habitualmente derecho penal. La pena también se define como una sanción que produce la pérdida o restricción de derechos penales contemplada en la ley e impuesta por el órgano jurisdiccional, mediante un proceso al individuo responsable de la comisión de un delito. El término pena se deriva del latín poena y posee una connotación del dolor causado por un castigo, la cual evoca las concepciones retributivas de las penas, superadas actualmente por las vertientes mixtas que entienden los fines de la pena incluyendo la readaptación y resocialización del delincuente.

La pena para el delito de TENENCIA, PORTACIÓN O CONDCCIÓN ILEGAL O IRRESPONSABLE DE ARMA DE FUEGO, oscila entre los tres a cinco años de prisión de conformidad al Art. 346- B del código penal y conformidad al Art. 62 inc. 2º del mismo cuerpo legal que establece: El juez fijara la medida de la pena sin pasar de los límites mínimos y máximos establecidos por la ley para cada delito y, al dictar sentencia razonara los

motivos que justifican la medida de la sanción impuesta, so pena de incurrir en responsabilidad.

El imputado OSACAR DE JESÚS ROJAS ALVARADO, ejecuto el delito en grado de autor directo, sin observar esta cámara circunstancias atenuantes o agravantes especiales que infieran un mayor mal causado, pero evidentemente la portación de arma de fuego ilegal en la calle, hace suponer razonablemente que el imputado se trasladaba de un lugar a otro, y bien pudo a t3emorizar a los pasajeros del autobús como lo ha señalado referencialmente el testigo de cargo, pero esa falta de prueba directa era motivo suficiente para que la juzgadora evitase la imposición de la pena máxima, pues ha de entenderse que ella está prevista para los casos más graves y de mayor relevancia como en la concurrencia de circunstancias agravantes. **Por tanto se solicitó reformar la sentencia impugnada debiendo el señor OSCAR DE JESÚS ROJAZ ALVARADO ser condenado a la pena principal de CUATRO AÑOS DE PRISION.**

Facultades resolutorias del Tribunal de Segunda Instancia. La Garantía al derecho al recurso mencionado en párrafos anteriores ampara a toda persona inculpada en tanto para poder ejecutarse contra ella una sentencia condenatoria es menester contar con la doble conformidad de dos tribunales que coincidan sobre la procedencia de la condena cuando el imputado o su Defensor así lo petitionen. En este caso, esta Cámara difiere con el criterio del juez sentenciador únicamente en respecto a la circunstancia de la constancia agravante, lo cual posee incidencia directa en la pena impuesta.

De conformidad a lo dispuesto en el Art. 475 del código procesal penal:

La apelación atribuye al Tribunal, dentro de los límites de la pretensión, la facultad de examinar la resolución recurrida tanto en lo relativo a la valoración de la prueba como de la aplicación del derecho.

Según corresponda pueda confirmar, reforma, revocar o anular total o parcialmente, la sentencia recurrida. En caso que proceda a revocarla resolverá directamente y pronunciara la sentencia que, corresponda enmendando la inobservancia o errónea aplicación de la ley. En caso de anulación total o parcial de la sentencia, ordenara la reposición del juicio por otro Tribunal, salvo cuando la anulación se declara por falta de fundamentación, en cuyo caso corresponderá al mismo tribunal.

Cuando la anulación sea parcial se indicara el objeto concreto del nuevo juicio o resolución. Bajo esta premisa y de conformidad a los fundamentos expresados corresponde reformar la sentencia condenatoria con respecto a la pena impuesta tal como se expresó en el considerando anterior.

POR TANTO, de conformidad a lo expuesto y con fundamento en los artículos 11, 12 y 15 de la Constitución de la Republica, 8 y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 346-B del código penal, 1,2,7,395,453, 459, 468, 469,470,471,472,473,475,476 del código procesal penal, la Cámara de Segunda Instancia de la Tercera Sección de Oriente a nombre de la Republica de El Salvador **RESUELVE: a)** declárese sin a lugar los motivos primero y segundo invocado por el licenciado OSCAR MAURICIO CRUZ MAJANO en calidad de defensor particular; **b) declárese a lugar el motivo tercero señalado por el recurrente, por existir vicio de la sentencia condenatoria en cuanto a la concurrencia de circunstancias agravantes y determinación de la pena; c) Reformase la quince horas con diez minutos del día nueve de enero de dos mil catorce, en lo relativo a la pena impuesta; debiendo el señor OSACAR DE JESUS ROJAS ALVARADO, cumplir la pena principal de CUATRO AÑOS DE PRISION, por el delito de TENENCIA, PORTACIÓN O CONDUCCIÓN ILEGAL O IRRESPONSABLE DE ARMA DE FUEGO, previsto y sancionad o en el Art. 346-B del código penal, en perjuicio de la PAZ PUBLICA; d) remítase certificación de lo resuelto al Tribunal de origen**

para los efectos legales correspondientes, e) De no interponerse recurso contra la presente sentencia declárese ejecutoriada la misma.

## MARCO TEÓRICO-CONCEPTUAL.

### Marco Teórico-conceptual.

**Asesinato:** Francisco Muñoz Conde, prefiere definirlo como “la muerte de una persona a consecuencia de la acción realizada por otra, valiéndose de medios especialmente peligrosos o revelando una especial maldad o peligrosidad, ha sido tradicionalmente castigada más severamente que el simple homicidio” **MUÑOZ CONDE, Francisco;** *Derecho Penal, Parte Especial*, 18° ed. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2010, Pag. 34-46

**Antijuridicidad:** “Es una relación de discordancia entre la acción y el ordenamiento jurídico, la realización de la voluntad no es como espera objetivamente el derecho que sean las acciones en el ámbito social.”

WELZEL, HANS, *El Nuevo Sistema del Derecho Penal, una introducción a la doctrina de la acción finalista*, Editorial B de F, Montevideo – Buenos Aires, 2ª reimpresión, 2004, pag 125.

**Bien Jurídico.** “Un bien vital de la comunidad o del individuo que a causa de su significado social es protegido jurídicamente”.

Piedecabras Fernández, Terradillos Basoco, *Teoría Jurídica del Delito*, 1ª Edición, San Salvador, El Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, 2003.Pag. 49.

**Coautoría:** Es la realización conjunta de un delito por varias personas que colaboran consiente y voluntariamente. La coautoría es una especie de

conspiración llevada a la práctica y se diferencia de esta figura precisamente en que el coautor interviene de algún modo en la realización del delito, lo que por definición, no sucede con la conspiración. *Muñoz Conde Francisco, García Arán Mercedes, Derecho Penal Parte General, Sexta Edición, revisada y puesta al día, Valencia, 2004, pág. 438.*

**Conspiración:** Concierto o confabulación. Preliminar en los delitos realizados con ayuda o colaboración ajena. Constituye la preparación de los elementos, el plan, los detalles de ejecución, la determinación de la fecha. En el ámbito penal se entiende por conspiración el proceder de dos o más personas que se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo. Para que exista la conspiración, como delito sancionable, es necesario: a) pluralidad de personas. b) concierto entre ellas para la ejecución de un delito; y c) acuerdo de ejecutar éste. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, 1998, Revisada, actualizada y ampliada por Luis Alcalá y Castillo. Guillermo Cabanellas. Editorial Heliasta S. R. L. Tomo II C-H. 26ª Edición.*

**Consumación:** Es la plena realización del tipo en todos sus elementos. *Muñoz Conde Francisco, García Arán Mercedes, Derecho Penal Parte General, Sexta Edición, revisada y puesta al día, Valencia, 2004, pág. 414.*

**Culpabilidad:** “el conjunto de condiciones que justifican la imposición de una pena al autor de un delito”, Claus Roxin, *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, Madrid, Editorial Reus, 1981, Pág. 14.

**Criminología:** “Una ciencia empírica, e interdisciplinaria, que se ocupa del estudio del crimen, de la personalidad del infractor, de la víctima y del control

social del comportamiento delictivo” PABLOS DE MOLINA, Tratado de Criminología, Tomo I, Rubinzal – Culzoni Editores, Pág. 35.

**Delito:** Etimológicamente, la palabra delito proviene de la similar latina “delictum”, aun cuando en la técnica romana poseyera significados genuinos, dentro de una coincidente expresión calificadora de un hecho antijurídico y doloso sancionado con una pena. En general, delito es culpa, crimen, quebrantamiento de una ley imperativa. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, 1998, Revisada, actualizada y ampliada por Luis Alcalá y Castillo. Guillermo Cabanellas. Editorial Heliasta S. R. L. Tomo II D-E. 26ª Edición.*

**Dolo:** “Se concibe como la conciencia y voluntad del sujeto de realizar el hecho tipificado objetivamente en la figura delictiva.” Piedecosas Fernández, Juan María, Terradillos Básico, Teoría Jurídica del Delito 1ª Edición, San Salvador, El Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, 2003.pag, 76.

**Dogmática Penal:** la dogmática penal, que es una disciplina cuya función estriba en la interpretación, sistematización y desarrollo de los preceptos legales y de las opiniones científicas en el contexto del Derecho penal.

**Expansionismo Penal:** “Se configura por el conjunto de fenómenos sociales, jurídicos y políticos que implica el incremento de las sanciones y flexibilización de los principios políticos criminales”. Jesús María Silva Sánchez, La Expansión del Derecho Penal, Editorial, B de F, Montevideo, 2006, pág.

**Participación:** Es la cooperación dolosa en un delito doloso ajeno. De esta definición se desprende que la participación es un concepto de referencia, ya



que supone la existencia de un hecho ajeno (el autor o coautores), a cuya realización el partícipe contribuye. De aquí se deduce también que la participación no es un concepto de autor, y que sólo en base a éste puede enjuiciarse la conducta del partícipe. *Muñoz Conde Francisco, García Arán Mercedes, Derecho Penal Parte General, Sexta Edición, revisada y puesta al día, Valencia, 2004, pág. 441.*

**Pena:** “Es el mal que impone el legislador por la comisión de un delito”

Francisco, Muñoz Conde, *Introducción al Derecho Penal*, 2ª Edición, Editorial IB de F, Montevideo – Buenos Aires, 2001, Pág. 69.

**Política Criminal:** “es el contenido sistemático de principios garantizados por la investigación científica de las causas del delito y de la eficacia de la pena y de sus formas de ejecución” Liszt. *Tratado de Derecho Penal*, Tomo. II. Pág. 56.

**Principio de Proporcionalidad:** Es una idea de Justicia inmanente a todo el derecho. Con él se quiere decir, ni más ni menos, que a cada uno debe dársele según sus merecimientos y que los desiguales deben ser tratados desigualmente. Trasladado al campo del derecho penal, este principio quiere decir que las penas deben ser proporcionadas a la entidad del delito cometido o que éstos no pueden ser reprimidos con penas más graves que la propia entidad del daño causado por el delito.

Afirma que el principio de proporcionalidad de las penas posee dos exigencias. Por una parte, la necesidad misma de que la pena sea proporcionada al delito. Por otra parte, la exigencia de que la medida de la proporcionalidad se establezca en base a la importancia social del hecho (a su “nocividad social”). *Muñoz Conde Francisco, García Arán Mercedes,*

*Derecho Penal Parte General, Sexta Edición, revisada y puesta al día, Valencia, 2004, pág. 85.*

**Proposición:** Acción de proponer. La proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a ejecutarlo. Como elementos definidores de la proposición habría que destacar: a) invitación para la ejecución de un hecho previsto en la ley como delito; b) ha de tratarse de uno o varios delitos concretos, no bastando, con una acción estimulante, vaga o generalizada en orden a delinquir; c) percepción por el destinatario de las palabras o medios excitantes, como independencia de su eficacia, es decir, de que hayan o no logrado la finalidad propuesta de decidir al sujeto receptor a la perpetración del hecho criminal; d) la incitación instrumentada ha de ser posible eficacia, es decir, que pueda reconocérsele virtualidad disuasoria y de convencimiento, pero sin exigírsele un eco o reflejo de real eficacia. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, 1998, Revisada, actualizada y ampliada por Luis Alcalá y Castillo. Guillermo Cabanellas. Editorial Heliasta S. R. L. Tomo II O-P. 26ª Edición.*

**Tentativa:** Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor. *Muñoz Conde Francisco, García Arán Mercedes, Derecho Penal Parte General, Sexta Edición, revisada y puesta al día, Valencia, 2004, pág. 415.*

**Tipicidad:** “La acción ha de ser típica, o sea ha de coincidir con una de las descripciones de delitos, de las que las más importantes están reunidas en la parte especial del Código Penal.” Claus Roxin, *Derecho Penal, parte general, tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito, Alemania, 1997, pag.194.*

**Tipo:** “En el tipo se valora la acción desde el punto de vista de la necesidad abstracta de la pena; es decir independientemente de la persona del sujeto concreto y de la concreta situación de la actuación, un acción se declara punible para el caso regular (o sea, a reserva de especiales situaciones y circunstancias de la vida” Claus Roxin, Derecho Penal, parte general, tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito, Alemania, 1997, pag.218.

## OPERACIONALIZACIÓN DE LAS HIPÓTESIS

### HIPÓTESIS GENERALES:

### HIPÓTESIS GENERAL 1

#### Objetivo General 1:

Comprender en que consiste el principio de proporcionalidad de la pena y cuál es su fin; desde el contexto histórico y su evolución hasta la actualidad.

#### Hipótesis General 1:

El Principio de proporcionalidad de la pena ha contribuido a facilitar procesos meramente constitucionales que se dan durante la aplicación de una pena al inculpado; Sin embargo es un tema que se ha venido abordando desde la historia constitucional para que la población se informe de como se ha venido viviendo desde la historia hasta la actualidad que desde esos principios se ha venido violentando el derecho a una pena adecuada y justa conforme al delito cometido y que aun constitucionalmente carecemos de un sistema no adecuado para aplicar leyes o aprobar leyes por parte de los Órganos del Estado.

Definición Conceptual	Definición Operacional	Variable Independiente	Indicadores	Variable Dependiente	Indicadores
<p><b>Proporcionalidad:</b> es el principio por medio del cual, se reconoce la necesidad de que la intervención del sistema penal como instrumento Coactivo esté reducido a la menor expresión, es decir, es una garantía de la Prohibición de Exceso.</p> <p>El Estado salvadoreño es Democrático y Republicano conforme al artículo 86 Cn. Como en toda República democrática, su poder está limitado. Lo primero que convendría señalar es que, el Principio de intervención mínima, en un primer aspecto, está dirigido al legiferante, por lo que es a ese poder a quien corresponde la</p>	<p>En nuestro país existe un incremento a la aplicación de la pena, puesto que para unos es fácil cumplir una pena aplicada y para otros el ciclo de vida que estas personas tiene no es la adecuada para cumplir dicha pena pueden debido a esto se separan de sus familias y se les niega el de</p>	<p>El principio de proporcionalidad tiene una triple dimensión en cuanto al ejercicio del poder punitivo del Estado, que se formula en tres subprincipios, en el que enfoca que la intervención de los poderes públicos sobre los derechos de los ciudadanos debe ser: 1- Necesaria, 2- Adecuada y 3- Proporcionada.</p> <p>En relación al primer subprincipio, reclama que la incriminación de una conducta, sea medio imprescindible de protección de bienes</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Métodos científicos.</li> <li>❖ Derecho a una pena adecuada conforme al ciclo de vida de la persona</li> <li>❖ Capacidad de aplicar y de aprobar leyes justas conforme al hecho cometido.</li> </ul>	<p>El Salvador debería estar a la vanguardia con los avances científicos y tecnológicos puesto que cada descubrimiento de la ciencia se hace en pro de la humanidad, para su desarrollo.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Proporcionalidad de la pena en sentido abstracto.</li> <li>❖ Proporcionalidad de la pena en sentido concreto</li> <li>❖ Desproporción de los límites de la pena asignada al tipo penal.</li> </ul>

<p>potestad de definir lo prohibido con rango penal y de asociarle consecuencias jurídicas a dichas prohibiciones, en tal sentido, ese poder de configuración de toda la normativa penal, le concede al legislador el dominio de incrementar o reducir los márgenes de la criminalización, lo cual genera consecuencias en la aplicación e Interpretación del orden jurídico penal.</p>	<p>derecho de vivir con sus hijos dentro del hogar, a causa de dicha pena impuesta por el legislador. Debido a que es un derecho consagrado desde el ámbito constitucional al que la pena sea proporcional al delito cometido.</p>	<p>jurídicos, y comporta la intervención mínima posible sobre los derechos de las personas, para alcanzar tal fin; que conocemos como Principio de protección de bienes Jurídicos o Principio de intervención mínima. El segundo subprincipio, requiere, que la incriminación de la conducta y la consecuencia jurídica de la misma pena o medida de seguridad sea apta para alcanzar el fin que lo fundamenta. El tercer subprincipio, que se refiere a la Proporcionalidad en sentido estricto, requiere un juicio de ponderación entre la carga de privación o restricción de derechos que comporta la pena y el fin perseguido con la incriminación y con las penas en cuestión.</p>			
---	--	--	--	--	--

## HIPÓTESIS GENERAL 2

<b>Objetivo General 2:</b>					
Determinar cuáles son los aspectos legales del principio de proporcionalidad de la pena desde el ámbito constitucional					
<b>Hipótesis General 2:</b>					
El Principio de proporcionalidad de la pena no está completamente estructurada en un cuerpo de normas específicas que le sirvan de base legal; por lo tanto existen violaciones a los derechos de las personas que han cometido un hecho punible desde el ámbito constitucional porque una pena debe de ser proporcional al hecho se debe valorar la el ciclo de vida de la persona humana porque es algo inconstitucional que le impongan una pena mayo a una persona que ya tiene un ciclo de vida avanzada y es in lógico que dicha persona cumpla con dicha pena establecida por el legislador.					
Definición Conceptual	Definición Operacional	Variable Independiente	Indicadores	Variable Dependiente	Indicadores
Base legal: tomando en cuenta que base significa el Fundamento o apoyo principal en que descansa alguna cosa la línea o superficie en que descansa una figura, entenderemos que base legal es el fundamento encontrado en las leyes.	La base legal sobre cualquier asunto que compete a la sociedad es necesaria para cumplir un principio muy importante en nuestro ámbito jurídico, que es el principio de legalidad, ya que serán las leyes quienes prescriban las conductas humanas permitidas y prohibidas. Art. 8.- Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni a privarse de lo que ella no prohíbe.	El principio de proporcionalidad de la pena no está completamente estructurada en un cuerpo de leyes que le sirvan de base legal.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Regulación del principio de proporcionalidad de la pena.</li> <li>• Derechos positivos.</li> <li>• Creación de normas jurídicas</li> </ul>	La no regulación produce vulneración de derechos en el país.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Vacíos legales.</li> <li>• Estado de Derecho</li> <li>• Fortalecimiento de marcos jurídicos existentes.</li> </ul>

## HIPÓTESIS ESPECÍFICAS

### HIPÓTESIS ESPECÍFICA 1

<p><b>Objetivo Específico 1:</b>          Verificar el grado de conocimiento en los Tribunales de Sentencia en la Zona Oriental sobre el principio de proporcionalidad de la pena aplicables a los delitos de proposición y conspiración.</p>					
<p><b>Hipótesis Específica:</b>          Los Tribunales tiene conocimientos generales, como información a fondo sobre la aplicación de penas excesivas por parte del legislador; por lo tanto conocen las ventajas, desventajas, los derechos y garantías que se violentan en el incremento de la pena en algunos delitos ya que esto con lleva a una saturación al sistema y al ciclo de vida humana.</p>					
Definición Conceptual	Definición Operacional	Variable Independiente	Indicadores	Variable Dependiente	Indicadores
<p>Grado de conocimiento: se refiere hasta que nivel se encuentra al corriente de algún tema. Para el caso poder medir que tanto sabe o conoce los Tribunales sobre estas realidades modernas, los avances científicos que ya están a las puertas y si hacen uso o no de tales.</p>	<p>Los Tribunales no solo tiene el derecho sino también el deber de la población de conocer las leyes del lugar donde les corresponden, porque de esa manera podrá defender sus derechos de terceros que puedan ser transgredirlos. Art. 15 de la Constitución de la Republica</p>	<p>Los Tribunales tienes conocimientos más profundizados sobre lo referente al principio de proporcionalidad de la pena que se violenta en el país.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Principio de legalidad.</li> <li>• Acceso a información.</li> <li>• Impacto social</li> <li>• Derechos fundamentales.</li> </ul>	<p>El Principio de proporcionalidad de la pena es vista como algo malo, que va en contra de las leyes naturales, y al tipo penal.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• pena excesiva.</li> <li>• Pena proporcional.</li> <li>• Interpretación constitucional</li> </ul>

## HIPÓTESIS ESPECÍFICA 2

<p><b>Objetivo Especifico 2:</b> Identificar la existencia o no de violaciones al principio de proporcionalidad de la pena a la hora de imponer una pena a una persona que ha cometido un delito.</p>					
<p><b>Hipótesis Especifica:</b> Los derechos existen por sí mismos, pero deben ser reconocidos en una norma para ser tutelados; Sin embargo el principio de proporcionalidad de la pena no se encuentra regulada en el país y ello da lugar a que se vulneren derechos fundamentales como el derecho a una pena proporcional en cuando al hecho cometido por parte del hechor.</p>					
Definición Conceptual	Definición Operacional	Variable Independiente	Indicadores	Variable Dependiente	Indicadores
Derechos fundamentales: Los derechos fundamentales son aquellos inherentes al ser humano, que pertenecen a toda persona en razón a su dignidad y libertad personal como persona humana.	Los derechos fundamentales: son derechos humanos tutelados constitucionalmente en el artículo 2 y siguiente.	La igualdad, la proporcionalidad de la pena, y los beneficios de los avances científicos, son derechos de la persona humana, que no se sujeta a la modalidad de la proporcionalidad de la pena que puede darse por el exceso de penas que son aplicables en nuestro país debido a un sistema inseguro.	<ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Derechos humanos.</li> <li>• Avances científicos.</li> <li>• Proporcionalidad de la pena.</li> <li>• Derechos Fundamentales.</li> </ul>	La vulneración de derechos, debido a la falta de recursos económicos por parte del Estado, que afecta el desarrollo humano y científico en el país.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Jurisdicción</li> <li>• Competencia</li> <li>• Protección jurídica.</li> <li>• Derecho a la igualdad.</li> </ul>



### HIPÓTESIS ESPECÍFICA 3

#### Objetivo Especifico 3:

Elaborar un análisis de la política criminal, sobre el principio de proporcionalidad de la pena en los delitos de proposición y conspiración en la Zona Oriental.

#### Hipótesis Especifica:

En El Salvador ya es una realidad las prácticas del exceso de la pena en violentando al principio de proporcionalidad por que la pena debe de ser proporcional para el inculpado; por lo tanto con la elaboración de una política criminal comparando con la realidad del sistema de nuestro país sobre esta temática se toman las riendas de este contexto para evitar o solucionar conflictos jurídicos que se susciten y así resolver los vacíos legales existentes.

Definición Conceptual	Definición Operacional	Variable Independiente	Indicadores	Variable Dependiente	Indicadores
Vacíos legales: es la ausencia de regulación o reglamentación legislativa en una materia en concreto.	Los vacíos legales: son una situación de vacío en la ley que ha sufrido la patología jurídica de omitir en su texto la regulación concreta de una determinada situación, que no encuentra respuesta legal específica; debe existir sujeción a la constitución por parte de todos, y debe aplicarse ésta conforme el artículo 246 Cn.	La regulación jurídica del principio de proporcionalidad la pena, da cumplimiento a la aplicación del mandato constitucional, y a que su aplicación no sea alterada, sino adecuada a al mandato y al cumplimiento de principios y derechos que son establecidos por la misma constitución.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Mandato constitucional</li> <li>• Regulación jurídica.</li> <li>• Principios Legales.</li> <li>• Fortalecimiento legal.</li> <li>• Control jurídico.</li> </ul>	La no regulación de leyes referentes a la aplicación del principio de proporcionalidad de la pena, ya que esta pena debe de ser proporcional al hecho cometido genera conflictos legales a raíz de la moderna realidad, y de los avances científicos. En nuestro país debe regularse este tipo de aplicación de la pena, debido a problemas de un hecho punible, y así poder evitar posibles conflictos con respecto a los efectos legales que puedan ocasionarse en cuanto al incremento de la pena.	<ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Derecho a la igualdad.</li> <li>• Leyes.</li> <li>• Conflictos legales.</li> <li>• Efectos legales.</li> </ul>

## **6.0 PROPUESTA CAPITULAR**

El reporte final constará de cinco capítulos que se han estructurado en un diseño metodológico que pretende integrar el aspecto monográfico y el aporte propio del grupo investigador, los cuales se dividen así:

### **6.1 Capítulo I. Síntesis del Planteamiento del Problema.**

En el cual se desarrolla un cuadro sinóptico donde se puede identificar una situación que genera problema en la sociedad, lo cual se presenta como una serie de interrogantes a las que se dará un resultado certero en el transcurso de la investigación.

### **6.2 Capítulo II. Marco Teórico.**

Este comprende: Antecedentes, donde se da a conocer la evolución histórica del principio de proporcionalidad de la pena, en la edad contemporánea hasta la modernidad, comprende también la base teórica, donde se presentan las diversas opiniones de pensadores muy renombrados en este entorno donde se desarrolla el inicio y evolución de la temática, tanto de entes especializados en el tema como lo son los principios constitucionales, como de gobierno, la opinión de la iglesia respecto al tema, así como desde el punto de vista más importante en nuestro estudio, que es el jurídico.

### **6.3 Capítulo III. Presentación de Hipótesis.**

Contiene la elaboración de hipótesis, mismas que serán verificables en el desarrollo de la investigación, se define el tipo de investigación, la técnica e instrumento a utilizar así como los Tribunales y la población y muestra que se tomara en cuenta para la investigación de campo siendo ésta la siguiente: Jueces de Sentencia, Jueces de Paz y demás personas, para adquirir

conocimientos específico ya que estos por su labor diaria tienen un mayor acercamiento a la práctica de esta temática; a empleados de los Tribunales, para efectos de conocer de qué manera puede promoverse un futuro sistema que regule la debida a aplicación de la pena que se proporcional al hecho cometido por parte del hechor en El Salvador; órganos del Estado, y otros representantes de las diferentes órganos del Estado como los magistrados de la sala de lo constitucional, para conocer los diferentes puntos de vista constitucional.

#### **6.4 Capítulo IV. Presentación, Descripción e Interpretación de Resultados.**

De las hipótesis surgirán las entrevistas, cuya temática resulta compleja y de alto contenido profesional, es decir que solamente se puede abordar el tema con expertos en el derecho penal, incluida la regulación internacional, en consecuencia, para comprobar la veracidad de las hipótesis se efectuará entrevistas o estructuradas dirigidas a profesionales expertos en el área indicada.

De estas entrevistas es que se detallara de forma clara y compleja los resultados que arrojará un parámetro de medición de la magnitud del problema, para que, con base a estos resultados, determinar si se cumplieron los objetivos propuestos y a la vez, si el problema que se planteo efectivamente es un flagelo en la sociedad, haciéndolo costar e las conclusiones, en el apartado posterior.

#### **6.5 Capítulo V. Conclusiones y Recomendaciones.**

Este capítulo contiene las conclusiones y recomendaciones a las que el grupo investigador ha considerado oportunas una vez conocidas las diferentes opiniones de los conocedores del tema y de la percepción que

tiene los tribunales de ésta aplicación de la pena adecuada según el principio de proporcionalidad.<sup>231</sup>

Se debe resaltar la falta de regulación normativa en El Salvador acerca del principio de proporcionalidad de la pena, por ello se comprende aquí un análisis de la política Criminal para hacer una comparación al principio de proporcionalidad que se adecue a la actualidad de ésta disciplina en el país. Por último se incluye la bibliografía que el grupo investigador ha consultado para la recopilación de datos pertinentes para la elaboración del trabajo de investigación y anexos correspondientes.

## 7.0 DISEÑO METODOLÓGICO.

### 7.1 Tipo de Investigación.

A partir de una teoría expuesta por especialistas, se explica el fenómeno estudiado y se propone una solución a fin de disminuir o erradicar esta problemática. El tipo de investigación utilizada es la **Investigación Descriptiva**, debido a que al principio de proporcionalidad de la pena en los delitos de proposición y conspiración respecto al tema en cuestión han provocado un cambio trascendente en el ordenamiento jurídico actual, imponiendo líneas y corrientes jurídicas novedosas y creando con ello paradigmas constitucionales erga omnes, especialmente a jueces. El objetivo al investigar de forma descriptiva es conocer las costumbres predominantes de los afectados a través de la descripción de objetos, personas y principalmente, de actividades. Por medio de la investigación descriptiva se tratara de comprobar la veracidad de las hipótesis planteadas.

---

<sup>231</sup> Todo lo que se está proponiendo en todos los capítulos que comprenderá esta tesis de grado, son temas de gran importancia para el lector que conozcan los funcionamientos de los derechos constitucionales y como también su origen como avenida surgiendo desde épocas pasadas y que este principio viene a exigir una condena adecuada conforme al hecho cometido y que no violenten los principios constitucionales.

Por último, con la investigación descriptiva se utilizara también la **Investigación Analítica**, ya que se propone una teoría, la cual, a partir de la descripción del fenómeno, se analiza el mismo para adecuarlo a una teoría que mejor se apegue a la realidad.

## **7.2 Población.**

Es debido al fenómeno a investigar, esto si bien le atañe a la generalidad, pero los que han emitido nuevos criterios jurisprudenciales, pueden aportar sus riquezas académicas, experiencias en el área y sus conocimientos, son los Jueces de Sentencia y Jueces de Paz de la Zona Oriental. Por esa razón, se realizarán entrevistas no estructuradas a los siguientes funcionarios:

1. Un Juez del Tribunal Primero de Sentencia de San Miguel
2. Una Jueza del Tribunal de Sentencia de La Unión
3. Dos jueces del Tribunal de Sentencia de San Francisco Gotera del departamento de Morazán
4. Un Juez del Juzgado Segundo de Paz de Usulután

### **7.2.1 Criterios para establecer la población.**

La razón por la cual se decidió entrevistar al Juez del Tribunal Primero de Sentencia de la ciudad de San Miguel al licenciado Ricardo Torres Arieta. A pesar de que en este Tribunal Primero de Sentencia, solo se decidió entrevistarlo porque tiene conocimiento acerca de éste tema ya que las entrevistas serán similares y se entiende que todos comparten los mismos criterios planteados acerca del principio de proporcionalidad de la pena en los delitos de proposición y conspiración. En Tribunal de Sentencia de La Unión se decidió tomar solamente la entrevista de la Licda. Rosa Imelda Meza de González, y en los Tribunales de Sentencia de San Francisco Gotera del departamento de Morazán, al licenciado Juan Carlos Flores Espinal y al licenciado Mario Alejandro Hernández Robles, quienes tienen

conocimiento; para que con sus experiencias en dicho ramo nos brinden información en la toma de las decisiones más importantes del país.

Y por último al licenciado José Baudilio Amaya Ortez del Juzgado Segundo de Paz de Usulután, pues ellos tienen conocimientos acerca del tema ya que han llegado a tener la experiencia más cercana con el fenómeno jurídico que se está investigando, por dicha razón nos brindara la más cercana experiencia para el combate de dichas violaciones a los principios constitucionales.

### **7.3 Método Técnicas e Instrumentos de la Investigación.**

#### **7.3.1 Método.**

Para el desarrollo de la investigación se utilizara el **método científico**, el cual se encuentra sustentado por dos pilares fundamentales. El primero de ellos es la reproducibilidad, es decir, la capacidad de repetir un determinado experimento, en cualquier lugar y por cualquier persona. Este pilar se basa, esencialmente, en la comunicación y publicidad de los resultados obtenidos. El segundo pilar es la refutabilidad, es decir, que toda proposición científica tiene que ser susceptible de ser falsa o refutada. Pero este método tiene subclasificaciones, y el que se va a utilizar para una efectiva y exitosa investigación es el método **empírico-analítico**, el que se basa en la experimentación y la lógica empírica que junto a la observación de fenómenos y su análisis es el más utilizado, principalmente en los trabajos de grado, como en el presente.

#### **7.3.2 Técnicas de la Investigación.**

La investigación adecuada y pertinente para este proyecto es la técnica de investigación informativa o documental, consistente en observar desde fuentes bibliográficas la problemática acarreada. Existe la necesidad de indagar y obtener una vasta cantidad de artículos académicos para desarrollar con éxito el presente proyecto.

Además, la investigación de campo será de vital importancia para conocer las opiniones, criterios y visiones de los entrevistados supra mencionados, esto se realizara a través de entrevistas no estructuradas.

### **7.3.3 Instrumentos de la Investigación.**

Debido a la naturaleza del tema, los que tienen conocimiento del mismo son los expertos, y no es adecuado que cualquier persona opine sobre el tema, ya que no tienen los conocimientos para dar una opinión profesional, analítica y racionalizada. Es por ello, que como instrumentos de investigación se usarán **entrevistas no estructuradas**, dirigidas a los expertos sobre la temática, sean, Juez del Tribunal Primero de Sentencia de San Miguel y Jueces de Sentencia de San Francisco Gotera del departamento de Morazán, una Jueza del Tribunal de Sentencia de La Unión, como también a un Juez de Paz del departamento de Usulután.

### **7.3.4 Procedimiento para la Realización de Entrevistas.**

Se pretende realizar las entrevistas en las fechas que oscilan entre el 28 de Junio al 25 de julio del presente año. No se tiene una fecha exacta para entrevistarlos debido a que son funcionarios y que estaremos sujetos a sus horarios de trabajo y por ello a lo que ellos nos indiquen.

Por otra parte, para efectos de encontrar contacto con los eventuales entrevistados, se enviara una solicitud formal a su lugar de trabajo y de acuerdo al artículo dieciocho de la Constitución, en el que indica el derecho de petición y respuesta, se solicitara una audiencia con ellos explicando el motivo, la temática a abordar y la fecha y hora en pueden recibir el equipo de trabajo.

#### **7.3.4.1 Procesamiento de Datos.**

Se aplicarán las siguientes fases:

- a) Se realizará entrevista dirigida al Juez del Tribunal Primero de Sentencia del departamento de San Miguel, relacionando temas fundamentales, señalando enfoque, detectando posibles teorías, doctrinas y extraer una conclusión optima sobre la el principio de proporcionalidad de la pena en los delitos de proposición y conspiración.
- b) Se evaluará a profundidad las respuestas dadas por los Jueces del Tribunal de Sentencia de San Francisco Gotera del departamento de Morazán, incorporando una visión desde el punto de vista sobre el principio de proporcionalidad de la pena en los delitos de proposición y conspiración.
- c) Se parte de revisar las respuestas de la Jueza suplente del Tribunal de Sentencia del departamento de La Unión, con el objetivo de tener visión desde el ámbito de la realidad nacional y sobre todo incluir dicha visión a una perspectiva desde el punto de vista jurídico a la recién del principio de proporcionalidad de la pena en los delitos de proposición y conspiración.
- d) Así mismo también se entrevistará al Juez del Juzgado Segundo de Paz del departamento de Usulután, para que nos brinde conocimientos acerca de dicho tema de investigación.

### **8.0 PRESUPUESTO.**

Para el desarrollo de esta investigación no se cuenta con un detallado presupuesto pero si se puede realizar un recuento aproximado de lo que podrían ser las áreas en las cuales se pretende invertir de manera económica y se puede describir de la siguiente manera: el costo de las impresiones y demás formalidades de los avances materializados en cada fase de la investigación, de los viáticos para trasladarnos a realizar las respectiva investigación de campo, así como los preparativos de los ejemplares finales y finalmente la ceremonia de defensa de tesis,



desde la invitación y atención que se les dará a cada uno de los que se hagan presentes así como a nuestro tribunal evaluador.<sup>232</sup>

Elementos		Propiedades	
<b>Recursos Materiales</b>	<b>Propiedades</b>	<b>Financiamiento</b>	<b>Costos</b>
Computadora	SANSUM	\$500	\$500
Impresora	Canon	\$50	\$50
Papelería		\$6	\$36
Tinta		\$40	\$120
USB	Kingstong	\$12	\$24
Transporte	Autobús	\$250	\$750
Fotocopias		\$0.06	\$50
Empastados		\$15	\$30
Folders		\$0.25	\$100
Anillados		\$2	
<b>TOTAL</b>		<b>\$875.31</b>	<b>\$1750</b>
<b>Recursos Humanos</b>	<b>Institución</b>	<b>Responsabilidad</b>	
1- Coordinador del Proceso de Grado	UES	Reuniones generales para el proceso de grado	
2- Asesor Metodológico	UES	Asesoría	

<sup>232</sup> La investigación tiene diversos puntos de limitantes y métodos que seguir para dar afondo con la investigación del principio de proporcionalidad de la pena.

<b>3- Miembros del Equipo de Investigación</b>	UES	metodológica Elaboración de la investigación	
<b>Recursos Institucionales</b>			
<b>Biblioteca</b>			
<b>Internet</b>			

**CAPÍTULO III  
PRESENTACIÓN,  
DESCRIPCIÓN E  
INTERPRETACIÓN  
DE RESULTADOS**

## CAPITULO III

### 4.1.2 RESULTADOS DE LA ENTREVISTA NO ESTRUCTURADA

La entrevista no estructurada fue dirigida a personas con experiencias y conocedoras de la temática de investigación, como: Jueces de Sentencia de los departamentos de San Miguel, Morazán y La Unión, como también a un Juez de Paz del departamento de Usulután, ya que ellos por su labor diaria tienen conocimientos jurídicos pegados a la ley sobre el tema en investigación.

#### ENTREVISTA NO ESTRUCTURADA NÚMERO UNO

Dirigida a: Lic. Ricardo Torres Arieta.

Juez del Tribunal Primero de Sentencia de San Miguel.

**PREGUNTA 1. ¿Considera usted que la pena establecida a los delitos de proposición y conspiración en los delitos comunes, violenta el principio de proporcionalidad de la pena?**

RESPUESTA: Pues yo diría de que no. La parte del principio de proporcionalidad es una adecuación de los principios generales y de la parte que corresponde a la determinación de la pena, siempre en los delitos comunes la pena es proporcional a la gravedad del hecho cometido o sea las circunstancias que pueden darse sobre la acción realizada por un sujeto al infringir la norma penal, el mismo dispositivo penal establece un mínimo y un máximo en el cual la acción reflejada por el sujeto activo se determina una pena cuantificada por el juez al momento de sancionar esa conducta, entonces siempre hay un principio de proporcionalidad que debe respetarse porque lógicamente está establecida dentro del principio de legalidad: la

proporcionalidad de la pena, no hay ninguna circunstancia que vaya a violentar ese principio en los delitos comunes por el caso de la proposición y conspiración.

**PREGUNTA 2. ¿Es necesario tomar en cuenta los criterios que establece la doctrina para aumentar las penas?**

RESPUESTA: La doctrina ha venido a señalar como un conocimiento para aquellos casos que ya han sido estudiados por diversos autores, no sé qué autores están ustedes llevando en la doctrina, si es el caso de la doctrina legal si es la jurisprudencia ya la Sala de lo Constitucional se ha pronunciado en la sentencia, esa parte nos determina unas líneas jurisprudenciales sobre las cuales los juzgadores y en éste caso el legislador debe adecuar y así queda establecido mediante las reformas legales pertinentes. Entonces sí, la doctrina nos señala al menos pautas sobre las cuales se puede resolver casos sometidos al conocimiento de un juzgador que lo conozca no solamente el legislador ni los autores sino que también es una forma de enseñanza a los futuros abogados en éste caso los estudiantes. La doctrina de los diversos autores y aun en este caso la jurisprudencia nos ayuda para poder adecuar el conocimiento en el estudio de éstos temas.

**PREGUNTA 3. ¿Considera usted que al aumentar la pena en los delitos de proposición y conspiración el legislador no tomó en cuenta los criterios que establece la doctrina?**

RESPUESTA: Ahí es donde entramos en dos circunstancias: 1- El legislador tiene al menos un límite. El legislador cuando crea los dispositivos penales al menos

debe de considerar un estudio sobre los aspectos doctrinales o al menos los aspectos jurisprudenciales porque en cualquier momento el exceso de una pena cuantificable más allá del máximo vendría en detrimento en el caso del principio de proporcionalidad de la pena o sea el legislador no puede excederse de esos límites sino que debe de adecuar una pena en el delito de proposición y conspiración proporcional en este caso al delito cometido, en esa circunstancia el legislador tiene ese primer parámetro el segundo aspecto: es que el juzgador cuando entra en la adecuación de la pena o determinación de la pena en los casos en los cuales se va a revisar lo de la proposición y conspiración, entonces debe de ser un examinador del principio de legalidad y debe aplicar el principio de proporcionalidad. Anteriormente es lógico pensar que el juzgador tenía parámetros dentro de los dispositivos penales en la actualidad con la última jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional pues el juzgador ya debe de tener conocimiento que debe adecuar ese dispositivo penal en las penas máximas una proporcionalidad al hecho cometido o sea no puede exceder más allá de esos límites. Entonces por lo tanto por una parte el legislador tiene un límite en base a su actividad de legislar o sea adecuar los dispositivos penales y el juzgador en la apreciación e interpretación de la norma para no excederse en ese límite máximo y que sea proporcional a la hora de adecuar la pena.

**PREGUNTA 4. ¿A su criterio la proposición y la conspiración advierten algún rose constitucional?**

RESPUESTA: La proposición y conspiración ya la Sala de lo Constitucional ha emitido un juicio, no se puede equiparar unas circunstancias de una acción de proposición y conspiración con un acto ejecutable o un hecho concreto una acción que lo hace el sujeto activo o sea la proposición y conspiración en algunas circunstancias está determinado por el considerar realizar la acción a propuesta de otra persona y que por lo tanto podría en algún momento invadir el aspecto del derecho constitucional por el hecho de que se necesita un criterio objetivo de adecuación de una pena determinada en base a una acción determinada, entonces por lo tanto la proposición y conspiración pues lógicamente al momento de ejecutar el hecho podría violentar algún derecho constitucional que no sea juzgado en base a criterios subjetivos, principio de igualdad diría yo, que ese es uno de los elementos esenciales el que sea juzgado una persona en base a la ley, considerarse su hecho proporcional a lo que ha realizado, no adecuarlo a la acción ejecutiva del que ya lógicamente lo ha ejecutado.

**PREGUNTA 5. ¿Una pena de prisión de larga duración vulnera la dignidad humana del penado?**

RESPUESTA: Nos vamos a los criterios jurisprudenciales, la Sala de lo Constitucional ha venido adecuando diversos criterios no solamente en los criterios no solamente en la parte que ustedes están estudiando en la proposición y conspiración, en el caso de las penas excesivas por ejemplo la Sala de lo Constitucional en el precedente anterior decía que la pena de prisión de setenta y cinco años era constitucional, penas excesivas de setenta y

cinco años en ese criterio de la Sala de lo Constitucional en el precedente anterior si era constitucional, me acuerdo que en una ocasión se hizo un foro en la Universidad Nacional aquí en la Facultad y estuvo de expositor Néstor Castañeda, en ese entonces era magistrado de la Sala de lo Constitucional y defendió a ultranza su posición de que era constitucional.

Hoy la nueva Sala de lo Constitucional cambia el precedente y dice que las penas de prisión en el homicidio agravado en el artículo 128 mediante el decreto mil nueve se reforman y se adecua la pena que no es setenta y cinco años sino que de treinta a cincuenta años y en el caso de los numerales tres, cuatro y siete del artículo 128 adecua la pena de diez a veinte años, veinte años como máximo y establecen en esa resolución que no pueden haber penas que vulneren la dignidad de la persona considerando de que según el sensu poblacional del PNUD, la parte de la población actualmente activa su límite de edad promedio es ochenta años, entonces lógicamente imponer una pena mayor a setenta y cinco años vendría en detrimento de esa dignidad de la persona.

La última resolución que establece sobre dignidad de las personas en el momento de ser sancionados con pena es el hecho del hacinamiento de las cárceles y dice que no puede haber condenas superiores que tengan en detrimento a la dignidad de la persona y adecua el término dignidad de la persona. Hay otras resoluciones que son de Hábeas Corpus cuando dice el derecho a la salud de los internos que ya están cumpliendo pena y en ese cumplimiento de pena esas personas reciben del sistema carcelario un mal tratamiento,



no les atienden el derecho a la salud, entonces dice vulnera la dignidad de la persona y se va por la vía adecuada que es el Hábeas Corpus porque viene en detrimento de la libertad de la persona en el enfoque de la dignidad misma de la persona.

El interno aun tratados internacionales dice de que estando ya condenado debe ser tratado dignamente como un persona con ciertos derechos es cierto la sentencia emitida por el juzgador dice que pierde ciertos derechos pero no deja de ser persona el Estado debe garantizarle a esa persona condenada limitada a ciertos derechos pero resguardando siempre la dignidad de esa persona el goce de su salud, el de no recibir tratos inhumanos, torturas crueles y ha sido también esa forma de ver a la persona condenada en exceso de prisión con una persona con dignidad hay resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que establecen que la persona condenada siempre se le debe resguardar su dignidad como persona.

**PREGUNTA 6. ¿En el momento de determinar la pena se toma en cuenta la readaptación y resocialización del imputado?**

RESPUESTA: Al determinar la pena no es que se considere la readaptación y resocialización de la persona o del sujeto, es desde el momento que ingresa al sistema penitenciario, el juez emite una sentencia es un quantum de pena, es un reproche penal, pero ingresa esa persona ya condenada a un sistema penitenciario. La disposición constitucional dice que todo sujeto el cual ha sido juzgado y sentenciado pues debe de establecerse al menos una garantía de que sea readaptado y resocializado ese es un fin

que tiene la pena. Ustedes ya conocen el fin especial de la pena hay un fin represivo pero hay un fin especial cuando se aplica la pena aun en las sentencias se dice que la pena persigue un fin utilitario, el fin utilitario de la pena según los autores del derecho penal es que tiende a garantizar la readaptación y la resocialización del sujeto, por estar en prisión no pierde ese fin la pena debe de readaptarse pero no es cuando cumpla la pena sino en ese proceso desde que ingresa al sistema penitenciario todo ese sistema, todo el Estado debe de estar garantizando la readaptación y resocialización del sujeto cuando ya sale entonces se vuelve a insertar a la sociedad como una persona de bien. Entendería yo que así sea.

**PREGUNTA 7. ¿Es justo sancionar un delito que no pasa de los actos preparatorios con igual gravedad que el delito consumado?**

RESPUESTA: No, ya la sentencia que ustedes han estudiado ya establece los parámetros sobre los cuales la Sala resolvió que no se deben considerar los actos preparatorios como actos ejecutables ahí si hay una afectación del principio de proporcionalidad de la pena.

**PREGUNTA 8. ¿Los principios son la base de todo ordenamiento jurídico por lo que tanto debe ser respetados por lo que debe ser respetado por el legislador al momento de crear las leyes?**

RESPUESTA: Si, la creación de ley y eso creo que lo vieron en derecho constitucional, dicen algunos autores un italiano que menciona sobre la pena no recuerdo el nombre de él, pero en el país lo refiere Carlitos Sánchez en una sentencia, el magistrado Carlitos Sánchez dice que el

legislador debe adecuar los dispositivos penales en base a un principio de legalidad, el principio de legalidad establece una ley cierta, una ley cierta, debe de ser una ley impositiva en el tiempo y esa ley debe de establecer parámetros cuantificables entre un mínimo y un máximo.

El legislador al establecer dispositivos penales no debe de adecuar la configuración de delitos en base a una demanda de la sociedad sino que debe de ser con criterios objetivos por ejemplo si estamos hablando en la actualidad de los actos de terrorismo o asociaciones ilícitas pues el legislador debe de adecuar el dispositivo penal en base a criterios objetivos. El legislador lógicamente no está para crear dispositivos por anuencia de la población, es decir una demanda de la población que urge de seguridad jurídica, entonces creamos un dispositivo aumentemos las penas eso es un criterio falso, la forma que el legislador hace y esto creo que lo vieron ustedes en técnica legislativa, el legislador primero se informa que es lo que está sucediendo en la sociedad hay un elemento cuantificador de lo que la sociedad le está diciendo al legislador mire sobre esto es necesario legislar, si, están las noticias, están las manifestaciones de la sociedad civil, pero luego ese elemento cuantificador lo hace el legislador cuando se reúne con sus pares con sus propios legisladores diputados de una fracción contrarios con otros porque esa es la dinámica del legislador.

Cuando ya el legislador entiende cual es el problema específico entonces se reúnen y van todas la parte de la legislación a crear un dispositivo cuando ya se tiene esa

adecuación entonces se sigue un estudio objetivo por eso es que cuando se dice vamos a adecuar ciertas penas entonces se va una comisión, la comisión de puntos constitucionales y legislativos para hacer un estudio de la base de que se debe de crear.

El legislador no es lo que nosotros teníamos anteriormente como el juez es la boca de la ley en el sistema anterior, en el sistema austriaco, entonces el legislador en aquella época decía creamos leyes para que el juez solamente las aplique sin interpretarlas un silencio que el solamente la pueda expresar entonces el legislador hizo mudo al juez en aquella época hoy en la actualidad el legislador debe de crear dispositivos con orientación democrática que lógicamente tienden a garantizar que cuando el juez va a aplicarla la interprete y sea objetivo en la aplicación de esa norma de dispositivo penal por eso es que la adecuación de los dispositivos penales es un criterio normativo de manera democrática o sea en un Estado de derecho o sea no podemos decir que el legislador haga a su antojo el crear dispositivos penales, tiene ciertos límites en un sistema democrático.

**PREGUNTA 9. ¿Los jueces tienen la facultad de aplicar o no estas penas si viola los principios del derecho penal?**

RESPUESTA: Claro, no solamente no aplicar el principio del derecho penal sino como el juez es un juez de la Constitución de ahí le da la facultad de la inaplicabilidad de una norma contraria a la Constitución. Si hay principios informadores del derecho penal uno de ellos es el principio de legalidad hay otros principios también importantes que

también lo creo en este nuevo código es este principio de la dignidad humana toda persona a quien se le atribuya delito o falta tiene el derecho de ser tratado con el respeto debido de dignidad del ser humano y dice no podrá imponerse pena o medidas de seguridad que afecten los derechos y las libertades de las personas que implique tratos inhumanos y degradantes.

Entonces como les decía, ese principio nos orienta pero sobre la base que es inaplicar un dispositivo penal contrario pues lógicamente debe aplicar al examen de la Constitución, el principio de dignidad humana es uno de los derechos Constitucionales o sea garantizar que esa persona sea tratada con dignidad lógicamente las penas son una parte que va en detrimento de esa persona o sea las penas no pueden ser arbitrarias ni tampoco llevan un fin que vulnere esa dignidad de la persona, tratos inhumanos y crueles.

**PREGUNTA 10. ¿Alguna recomendación o sugerencia que sobre el tema podría agregar?**

RESPEUESTA: Pues yo diría de que como ustedes están haciendo un proceso de investigación ya ustedes creo que han entrevistado a los que han emitido las jurisprudencias en estos casos los magistrados de la Sala de lo Constitucional pues en algún momento ustedes hacer una adecuación de su tesis para poder hacer un foro de divulgación sobre esta temática, esa sería una primera parte, invitar a un foro a expositores sobre éste tema. Segundo, que en el pensum de las materias que ustedes reciben como técnica legislativa que es una optativa o en el caso del derecho penal pues, tener más énfasis a considerar éstos

temas de importancia no solamente el que sean temas de investigación sino que reviertan la importancia porque lógicamente esto no termina acá, va haber otra jurisprudencia que en un momento determinado va haber un cambio de esa jurisprudencia, entonces lógicamente ustedes como estudiantes deben recomendar no solamente a los principales autores, al legislador y a los jueces en la aplicación de éstos dispositivos penales y para su tema pues yo diría de que una recomendación es proponer una reforma a los dispositivos penales que ustedes en algún momento han evaluado y que todavía no han sido considerados por la sentencia porque la sentencia se resume solamente a ciertos delitos no a todos.

### **ENTREVISTA NO ESTRUCTURADA NÚMERO DOS**

Dirigida a: Lic. José Baudilio Amaya Ortez.

Juez Segundo de Paz de Usulután.

**PREGUNTA 1. ¿Considera usted que la pena establecida a los delitos de Proposición y Conspiración en los delitos comunes, violentan el Principio de Proporcionalidad de la Pena?**

RESPUESTA: No, porque se toma en cuenta los parámetros establecidos en los artículos 33, 34, 36 y 64 del código penal, no obstante a ello no hay unificación de criterios por parte de los juzgadores en cuanto a la determinación de la pena a aplicar en un caso concreto.

**PREGUNTA 2. ¿Es necesario tomar en cuenta los criterios que establece la doctrina para aumentar las penas?**

RESPUESTA: Si, pero en efecto de normativa que regula los parámetros para la determinación de la pena.

**PREGUNTA 3. ¿Considera usted que al aumentar la pena en los delitos de Proposición y conspiración el legislador no tomó en cuenta los criterios que establece la doctrina?**

RESPUESTA: En relación a esta interrogante no se logra determinar específicamente que es en realidad lo que se pregunta es ambigua, no obstante a ello se considera que en los delitos de proposición y conspiración ya está determinada la pena a aplicar en dichos delitos, por tanto no existe la posibilidad de aumentar la pena; en relación a si se tomó en cuenta los criterios que establece la doctrina como ya se dijo anteriormente es aplicable la misma en defecto de normativa creada al respecto.

**PREGUNTA 4. ¿A su criterio la proposición y la conspiración advierten algún rose Constitucional?**

RESPUESTA: No, porque la técnica legislativa al crea delitos se rompe los principios de hechos y valores que contemplan nuestra constitución.

**PREGUNTA 5. ¿Una pena de prisión de larga duración vulnera la dignidad humana del penado?**

RESPUESTA: Considero que sí, porque si el Estado reconoce a la persona como el principio y el fin del mismo al aplicar una pena larga se estaría tentando no solo en contra del derecho a la vida y a la propia existencia del Estado.

**PREGUNTA 6. ¿En el momento de determinar la pena se toma en cuenta la readaptación y resocialización del imputado?**

RESPUESTA: Si, se toma en cuenta alternativas para que el imputado no pueda estar en prisión en ciertos casos, ejemplo: suspensión condicional de la ejecución de la pena, en donde se aplica con el fin que el imputado se readapte y se resocialice, evitando con ello que siga cometiendo nuevos hechos delictivos.

**PREGUNTA 7. ¿Es justo sancionar un delito que no pasa de los actos preparatorios con igual gravedad que el delito consumado?**

RESPUESTA: No es justo, pues debería de hacerse una diferenciación en cuanto a la determinación de la pena en el delito de proposición y conspiración y el delito consumado.

**PREGUNTA 8. ¿Los principios son la base de todo ordenamiento jurídico por lo que tanto debe ser respetados por lo que debe ser respetado por el legislador al momento de crear las leyes?**

RESPUESTA: Claro que si, al momento de crear leyes el Legislador debe respetar no solo los principios si no también los Derechos y Valores que contiene la Constitución de la Republica.

**PREGUNTA 9. ¿Los jueces tienen la facultad de aplicar o no estas penas, si viola los principios del derecho penal?**

RESPUESTA: Si viola principios del derecho penal el juez debe valorar si esta pena o esta violación de principios rosan con alguna norma secundaria por ser contraria a la Constitución.

**PREGUNTA 10. ¿Alguna recomendación o sugerencia que sobre el tema podría agregar?**



RESPUESTA: Que este tema debe analizar desde la realidad penitenciaria que vive el país, para evitar la imposición de penas mínimas a los imputados que solo permitan la sobrepoblación en los centros penales.

### **ENTREVISTA NO ESTRUCTURADA NÚMERO TRES**

Dirigida a: Lic. Juan Carlos Flores Espinal.

Juez del Tribunal de Sentencia de San Francisco Gotera departamento de Morazán.

**PREGUNTA 1. ¿Considera usted que la pena establecida a los delitos de Proposición y Conspiración en los delitos comunes, violentan el Principio de Proporcionalidad de la Pena?**

RESPUESTA: **SI**, en el catálogo de delitos en la parte especial del código penal, en principio ya los tipos penales muchos son violentadores al principio de proporcionalidad de las penas, desde los delitos de libertad sexual aún más que la vida, la pena es más elevada por eso la penalidad no va acorde a la figura porque debería prevalecer más la de tutelar la vida misma.

**PREGUNTA 2. ¿Es necesario tomar en cuenta los criterios que establece la doctrina para aumentar las penas?**

RESPUESTA: **SI**, los jueces a la hora de resolver no solo deben apoyarse en la norma sino también en la doctrina.

**PREGUNTA 3. ¿Considera usted que al aumentar la pena en los delitos de Proposición y conspiración el legislador no tomó en cuenta los criterios que establece la doctrina?**

RESPUESTA: **NO**, porque él lo toma como una teoría del delito del enemigo, cuando lo que se debe hacer es ampliar más los criterios de realidad, casi no se usa doctrina.

**PREGUNTA 4. ¿A su criterio la proposición y la conspiración advierten algún rose Constitucional?**

RESPUESTA: **SI**, el derecho penal debe sancionar los actos que realmente representen un peligro, porque se está adelantando con la sanción anterior al riesgo que se pone el bien jurídico.

**PREGUNTA 5. ¿Una pena de prisión de larga duración vulnera la dignidad humana del penado?**

RESPUESTA: **SI**, objeto de consideración de la Sala según el art. 27 de la Constitución de la Republica de El Salvador y la práctica demuestra aparte que la realidad judicial dice que las penas largas no son resocializadoras, cuando en el país es prohibida la pena perpetua prescriptiva.

**PREGUNTA 6. ¿En el momento de determinar la pena se toma en cuenta la readaptación y resocialización del imputado?**

RESPUESTA: **SI**, se hacen argumentos para adoptar al proporcional en esos fines.

**PREGUNTA 7. ¿Es justo sancionar un delito que no pasa de los actos preparatorios con igual gravedad que el delito consumado?**

RESPUESTA: Ya no es una decisión judicial bajo el concepto que ante una justicia o legislación hecha que debe

determinar todos los criterios. Es más respuesta de otra naturaleza y no penal.

**PREGUNTA 8. ¿Los principios son la base de todo ordenamiento jurídico por lo tanto deben ser respetados por el legislador al momento de crear las leyes?**

RESPUESTA: **Si**, son las líneas orientadoras y a la hora de crear la norma debe ser garantizadora por el juzgador.

**PREGUNTA 9. ¿Los jueces tienen la facultad de aplicar o no estas penas, si viola los principios del derecho penal?**

RESPUESTA: Los jueces incluso pueden inaplicar una norma bajo el control difuso de la constitución la orientación y fundamentación debe cotejar si la pena no viola los principios de la constitución.

**PREGUNTA 10. ¿Alguna recomendación o sugerencia que sobre el tema podría agregar?**

RESPUESTA: Revisar la estructura especial del código penal sobre las penas y hacerlas proporcional atendiendo criterios objetivos a efecto del bien jurídico.

#### **ENTREVISTA NO ESTRUCTURADA NÚMERO CUATRO**

Dirigida a: Lic. Mario Alejandro Hernández Robles.

Juez del Tribunal de Sentencia San Francisco Gotera departamento de Morazán.

**PREGUNTA 1. ¿Considera usted que la pena establecida a los delitos de Proposición y Conspiración en los delitos comunes, violentan el Principio de Proporcionalidad de la Pena?**

RESPUESTA: Considero que no, porque las penas son mínimas en relación al delito conspirado y propuesto.

**PREGUNTA 2. ¿Es necesario tomar en cuenta los criterios que establece la doctrina para aumentar las penas?**

RESPUESTA: Si, porque son instrumentos necesarios para la determinación de la pena, aunque muchas veces el legislador violenta esos criterios y el principio de proporcionalidad al crear leyes.

**PREGUNTA 3.- ¿Considera usted que al aumentar la pena en los delitos de Proposición y conspiración el legislador no tomó en cuenta los criterios que establece la doctrina?**

RESPUESTA: Considero que sí, pues es una forma de prevenir el delito en su fase de ejecución.

**PREGUNTA 4. ¿A su criterio la proposición y la conspiración advierten algún rose Constitucional?**

RESPUESTA: No, porque son actos preparatorios que conllevan la comisión de un delito, y ante la ola delincencial de nuestros tiempos es necesario reprimir el delito desde sus primeras fases.

**PREGUNTA 5. ¿Una pena de prisión de larga duración vulnera la dignidad humana del penado?**

RESPUESTA: Si es de naturaleza perpetua sí, de lo contrario no, porque hay delitos tan gravosos y delincuentes de igual naturaleza que deben ser sujetos de penas gravosas, pues, de lo que se trata es de establecer la procedencia del fin de prevención general y especial.

**PREGUNTA 6. ¿En el momento de determinar la pena se toma en cuenta la readaptación y resocialización del imputado?**

RESPUESTA: En teoría sí, aunque conociendo nuestro sistema carcelario, tales fines resultan una falacia, por lo que se debe aplicar penas privativas solo aquellos que en realidad necesitan readaptarse porque muchos van a la cárcel por delitos no tan graves o que no reflejan mayor perversidad delictual.

**PREGUNTA 7. ¿Es justo sancionar un delito que no pasa de los actos preparatorios con igual gravedad que el delito consumado?**

RESPUESTA: No, no es justo porque no se violenta un bien jurídico protegido solo se queda en la fase preparatoria. A mayor desvalor de la acción mayor pena.

**PREGUNTA 8. ¿Los principios son la base de todo ordenamiento jurídico por lo tanto deben ser respetados por el legislador al momento de crear las leyes?**

RESPUESTA: Sí, eso es parte de las reglas para legislar, aunque en muchos casos eso no se aplica por la calidad de legisladores que tenemos donde prevalece el interés partidario.

**PREGUNTA 9. ¿Los jueces tienen la facultad de aplicar o no estas penas, si viola los principios del derecho penal?**

RESPUESTA: Si, en el sentido de la individualización de la pena en la que hay figuras que pueden aplicarse de acuerdo al control difuso que tiene la Constitución pero básicamente solo partiendo de los parámetros mínimo y máximo de la pena.

**PREGUNTA 10. ¿Alguna recomendación o sugerencia que sobre el tema podría agregar?**

PREGUNTA: No hay una regulación específica para considerar los actos preparatorios es muy amplia y ambigua su determinación. Habría que regular mejor eso.

**ENTREVISTA NO ESTRUCTURADA NÚMERO CINCO**

Dirigida a: Licda. Rosa Imelda Meza de González.

Jueza Suplente del Tribunal de Sentencia de La Unión.

**PREGUNTA 1. ¿Considera usted que la pena establecida a los delitos de Proposición y Conspiración en los delitos comunes, violentan el Principio de Proporcionalidad de la Pena?**

RESPUESTA: considera que no se violentan el principio de proporcionalidad ya que la sanción es inferior a la pena del delito consumado, el juez debe de valorar las circunstancias en cada caso del proceso.

**PREGUNTA 2. ¿Es necesario tomar en cuenta los criterios que establece la doctrina para aumentar las penas?**

RESPUESTA: En base al principio de legalidad el juez debe de fijar la pena entre el mínimo y el máximo establecido para cada tipo penal, Se clasifican en dos tipos: los de considerando las circunstancias, agravantes y atenuantes en que se incurre en el caso concreto y si se puede auxiliar de la doctrina para una mejor fundamentación de la sentencia.

**PREGUNTA 3. ¿Considera usted que al aumentar la pena en los delitos de Proposición y conspiración el legislador no tomó en cuenta los criterios que establece la doctrina?**

RESPUESTA: Habría que ver de que criterio doctrinario se habla, pero todo está en relación a que tipos penales se refiere porque la proposición y conspiración solo se considera en los casos que determine el código penal, por ejemplo los Arts. 214. C, 251. C penal, el legislador considera la imposición de penas en base a políticas adoptadas sobre la criminalidad y en base a ello el juez toma la decisión.

**PREGUNTA 4. ¿A su criterio la proposición y la conspiración advierten algún rose Constitucional?**

RESPUESTA: A mi criterio no, porque siempre que se exterioricen la intención de cometer un hecho delictivo y se demuestra que si existe dolo, es adecuada una acción antijurídica.

**PREGUNTA 5. ¿Una pena de prisión de larga duración vulnera la dignidad humana del penado?**

RESPUESTA: podría ser que se vulnere más aun en nuestro sistema penitenciario que no cumple con los fines establecidos en la constitución, en el artículo 27, por que las cárceles no presentan condiciones para reinserción del delincuente.

**PREGUNTA 6. ¿En el momento de determinar la pena se toma en cuenta la readaptación y resocialización del imputado?**

RESPUESTA: En el momento de determinar la pena lo que se toma en cuenta es lo que el legislador ha establecido para cada delito, en base a los principios de legalidad y proporcionalidad, el fin que persigue la pena e lo que

difícilmente se consigue es más un fin retributivo que de readaptación.

**PREGUNTA 7. ¿Es justo sancionar un delito que no pasa de los actos preparatorios con igual gravedad que el delito consumado?**

RESPUESTA: No, debe de ser sancionado con menor pena que el delito consumado.

**PREGUNTA 8. ¿Los principios son la base de todo ordenamiento jurídico por lo que tanto debe ser respetados por lo que debe ser respetado por el legislador al momento de crear las leyes?**

RESPUESTA: Definitivamente si deben de ser respetados.

**PREGUNTA 9. ¿Los jueces tienen la facultad de aplicar o no estas penas, si viola los principios del derecho penal?**

RESPUESTA: Si hablamos de aplicar penas es porque ha habido un debido proceso ya han concluido las etapas previas donde se examina la legalidad o vicios en el procedimiento, en todo caso, el juez al examinar el caso puede aprobar.

**PREGUNTA 10. ¿Alguna recomendación o sugerencia que sobre el tema podría agregar?**

RESPUESTA: Una recomendación que haría es que deben de investigar sobre casos concretos.



**ENTREVISTA NO ESTRUCTURADA DIRIGIDA A LOS LICENCIADOS:**

**1.- Lic. Ricardo Torres Arieta.**

**2.- Lic. Juan Carlos Flores Espinal.**

**3.- Lic. Mario Alejandro Hernández Robles.**

<b>Código de las Unidades de análisis.</b>	<b>Código de la Pregunta.</b>	<b>Tema Fundamental.</b>	<b>Categorías de Enfoque.</b>
01	01	La pena establecida a los delitos de Proposición y Conspiración en los delitos comunes, violenta el principio de proporcionalidad de la pena.	Pues yo diría de que no. La parte del principio de proporcionalidad es una adecuación de los principios generales y de la parte que corresponde a la determinación de la pena, siempre en los delitos comunes la pena es proporcional a la gravedad del hecho cometido.
02	01		Sí, en el catálogo de delitos en la parte especial del código penal, en principio ya los tipos penales muchos son violentadores al principio de proporcionalidad de las penas. La pena es más elevada por eso la penalidad no va acorde a la figura porque debería prevalecer más la de tutelar la vida misma.
03	01		No, porque las penas son mínimas en relación al delito conspirado y propuesto.
01	02	Se toman en cuenta los criterios que establece la doctrina para aumentar las penas.	Sí, la doctrina nos señala al menos pautas sobre las cuales se puede resolver casos sometidos al conocimiento de un juzgador que lo conozca no solamente el legislador ni los autores sino que también es una forma de enseñanza a los futuros abogados en éste caso los estudiantes.
02	02		Sí, los jueces a la hora de resolver no solo deben apoyarse en la norma sino también en la doctrina.

03	02		Sí, son instrumentos necesarios para la determinación de la pena, aunque muchas veces el legislador violenta esos criterios y el principio de proporcionalidad al crear leyes.
01	03	Al aumentar la pena en los delitos de Proposición y Conspiración, el legislador no tomó en cuenta los criterios que establece la doctrina.	El legislador cuando crea los dispositivos penales al menos debe de considerar un estudio sobre los aspectos doctrinales o al menos los aspectos jurisprudenciales porque en cualquier momento el exceso de una pena cuantificable más allá del máximo vendría en detrimento en el caso del principio de proporcionalidad de la pena o sea el legislador no puede excederse de esos límites sino que debe de adecuar una pena en el delito de proposición y conspiración proporcional en este caso al delito cometido.
02	03		NO, porque él lo toma como una teoría del delito del enemigo, cuando lo que se debe hacer es ampliar más los criterios de realidad, casi no se usa doctrina.
03	03		Sí, pues es una forma de prevenir el delito en su fase de ejecución.
01	04		La Proposición y la Conspiración advierten algún rose Constitucional.
02	04	Si, el derecho penal debe sancionar los actos que realmente representen un peligro, porque se está adelantando con la sanción anterior al riesgo que se pone el bien jurídico.	
03	04	No, porque son actos preparatorios que conllevan la comisión de un delito, es necesario reprimir el delito desde sus	

			primeras fases.
01	05	Una pena de larga duración vulnera la dignidad humana del penado.	El interno aun tratados internacionales dice de que estando ya condenado debe ser tratado dignamente como un persona con ciertos derechos es cierto la sentencia emitida por el juzgador dice que pierde ciertos derechos pero no deja de ser persona el Estado debe garantizarle a esa persona condenada limitada a ciertos derechos pero resguardando siempre la dignidad de esa persona el goce de su salud, el de no recibir tratos inhumanos, torturas crueles.
02	05		Si, objeto de consideración de la Sala según el art. 27 de la Constitución de la Republica de El Salvador y la práctica demuestra aparte que la realidad judicial dice que las penas largas no son resocializadoras, cuando en el país es prohibida la pena perpetua prescriptiva.
03	05		Si es de naturaleza perpetua sí, de lo contrario no, porque hay delitos tan gravosos y delinquentes de igual naturaleza que deben ser sujetos de penas gravosas.
01	06	Al determinar la pena se toma en cuenta la readaptación y resocialización del imputado.	Al determinar la pena no es que se considere la readaptación y resocialización de la persona o del sujeto, es desde el momento que ingresa al sistema penitenciario, el juez emite una sentencia es un quantum de pena, es un reproche penal, pero ingresa esa persona ya condenada a un sistema penitenciario.
02	06		Si, se hacen argumentos para adoptar al proporcional en esos fines.
03	06		En teoría sí, aunque conociendo nuestro sistema carcelario, tales fines resultan de falacia, por lo que se debe aplicar penas privativas solo aquellos que en realidad necesitan readaptarse.
01	07	Es justo sancionar un delito que no pasa de los actos preparatorios con igual	No, ya la sentencia que ustedes han estudiado ya establece los parámetros

		gravedad que el delito consumado.	sobre los cuales la Sala resolvió que no se deben considerar los actos preparatorios como actos ejecutables ahí si hay una afectación del principio de proporcionalidad de la pena.
02	07		Ya no es una decisión judicial bajo el concepto que ante una justicia o legislación hecha que debe determinar todos los criterios. Es más respuesta de otra naturaleza y no penal.
03	07		No, no es justo porque no se violenta el Bien Jurídico protegido, solo se queda en la fase preparatoria. A mayor desvalor de la acción mayor pena.
01	08	Los principios deben ser respetados por el legislador al momento de crear las leyes.	Si, la creación de ley y eso creo que lo vieron en derecho constitucional, en el país lo refiere Carlitos Sánchez en una sentencia, el magistrado Carlitos Sánchez dice que el legislador debe adecuar los dispositivos penales en base a un principio de legalidad, el principio de legalidad establece una ley certa, una ley cierta, debe de ser una ley impositiva en el tiempo y esa ley debe de establecer parámetros cuantificables entre un mínimo y un máximo.
02	08		Si, son las líneas orientadoras y a la hora de crear la norma debe ser garantizadora por el juzgador.
03	08		Si, eso es parte de las reglas para legislar, aunque en muchos casos eso no se aplica por la calidad de legisladores que tenemos donde prevalece el interés partidario.
01	09	Los Jueces tienen la facultad de aplicar o no estas penas, si violenta los principios del derecho penal.	Claro, no solamente no aplicar el principio del derecho penal sino como el juez es un juez de la Constitución de ahí le da la facultad de la inaplicabilidad de una norma contraria a la Constitución. Si hay principios informadores del derecho penal uno de ellos es el principio de legalidad hay otros principios también

			importantes que también lo creo en este nuevo código es este principio de la dignidad humana toda persona a quien se le atribuya delito o falta tiene el derecho de ser tratado con el respeto debido de dignidad del ser humano.
02	09		Los jueces incluso pueden inaplicar una norma bajo el control difuso de la constitución la orientación y fundamentación debe cotejar si la pena no viola los principios de la constitución.
03	09		Sí, en el sentido de la individualización de la pena, en la que hay figuras que pueden aplicarse de acuerdo al control difuso de la Constitución, partiendo de los parámetros mínimo y máximo de la pena.
01	10	Alguna recomendación o sugerencia que sobre el tema podría agregar.	Tener más énfasis a considerar éstos temas de importancia no solamente el que sean temas de investigación sino que reviertan la importancia porque lógicamente esto no termina acá, va haber otra jurisprudencia que en un momento determinado va haber un cambio de esa jurisprudencia, entonces lógicamente ustedes como estudiantes deben recomendar no solamente a los principales autores, al legislador y a los jueces en la aplicación de éstos dispositivos penales. Una recomendación es proponer una reforma a los dispositivos penales que ustedes en algún momento han evaluado y que todavía no han sido considerados por la sentencia porque la sentencia se resume solamente a ciertos delitos no a todos.
02	10		Revisar la estructura especial del código penal sobre las penas y hacerlas proporcional atendiendo criterios objetivos a efecto del bien jurídico.
03	10		No hay una regulación específica para considerar los actos preparatorios, es muy amplia y ambigua su determinación. Habría que regular mejor eso.

## ENTREVISTA NO ESTRUCTURADA DIRIGIDA A LOS LICENCIADOS:

### 4.- Licda. Rosa Imelda Meza de González

### 5.- Lic. José Baudilio Amaya Ortez

Código de la unidad de análisis	Código de la pregunta	Tema fundamental	Categoría de enfoque
04	01	La pena establecida a los delitos de proposición y conspiración en los delitos comunes violenta el principio de proporcionalidad de la pena.	Considera que no se violentan el principio de proporcionalidad ya que la sanción es inferior a la pena del delito consumado, el juez debe de valorar las circunstancias en cada caso del proceso.
05	01	La pena establecida a los delitos de proposición y conspiración en los delitos comunes violenta el principio de proporcionalidad de la pena	No porque se toma en cuenta los parámetros establecidos en los artículos 33, 34, 36 y 64 del código penal, no obstante a ello no hay unificación de criterios por parte de los juzgadores en cuanto a la determinación de la pena a aplicar en un caso concreto.
04	02	Se toma en cuenta los criterios que establece la doctrina para aumentar las penas.	En base al principio de legalidad el juez debe de fijar la pena entre el mínimo y el máximo establecido para cada tipo penal, Se clasifican en dos tipos: los de considerando las circunstancias, agravantes y atenuantes en que se incurre en el caso concreto y si se puede auxiliar de la doctrina para una mejor fundamentación de la sentencia.
05	02	Se toma en cuenta los criterios que establece la doctrina para aumentar las penas.	Sí, pero en efecto de normativa que regula los parámetros para la determinación de la pena
04	03	Al aumentar la pena en los delitos de proposición y conspiración el legislador no toma en cuenta los criterios que establece la doctrina	Habría que ver de qué criterio doctrinario se habla, pero todo está en relación a que tipos penales se refiere porque la proposición y conspiración solo se considera en los casos que determine el código penal, por ejemplo los Arts. 214. C, 251. C penal, el legislador considera la imposición de penas en base a políticas adoptadas sobre la criminalidad y en base a ello el juez toma la decisión.

05	03	Al aumentar la pena en los delitos de proposición y conspiración el legislador no toma en cuenta los criterios que establece la doctrina	En relación a esta interrogante no se logra determinar específicamente que es en realidad lo que se pregunta es ambigua, no obstante a ello se considera que en los delitos de proposición y conspiración ya está determinada la pena a aplicar en dichos delitos, por tanto no existe la posibilidad de aumentar la pena; en relación a si se tomó en cuenta los criterios que establece la doctrina como ya se dijo anteriormente es aplicable la misma en defecto de normativa creada al respecto.
04	04	La proposición y conspiración advierten algún rose constitucional	A mi criterio no, porque siempre que se exterioricen la intención de cometer un hecho delictivo y se demuestra que si existe dolo, es adecuada una acción antijurídica.
05	04	La proposición y conspiración advierten algún rose constitucional	No, porque la técnica legislativa al crea delitos se rompe los principios de hechos y valores que contemplan nuestra constitución.
04	05	Una pena de larga duración vulnera la dignidad humana del penado.	Podría ser que se vulnere más aun en nuestro sistema penitenciario que no cumple con los fines establecidos en la constitución, en el artículo 27, por que las cárceles no presentan condiciones para reinserción del delincuente.
05	05	Una pena de larga duración vulnera la dignidad humana del penado.	Considero que sí, porque si el Estado reconoce a la persona como el principio y el fin del mismo al aplicar una pena larga se estaría tentado no solo en contra del derecho a la vida y a la propia existencia del Estado.
04	06	Al determinar la pena se toma en cuenta la readaptación y resocialización del imputado.	En el momento de determinar la pena lo que se toma en cuenta lo que el legislador ha establecido para cada delito, en base a los principios de legalidad y proporcionalidad, el fin que persigue la pena e lo que difícilmente se consigue es más un fin retributivo que de readaptación.
05	06	Al determinar la pena se toma en cuenta la readaptación y resocialización del imputado.	Si, se toma en cuenta alternativas para que el imputado no pueda estar en prisión en ciertos casos, ejemplo: suspensión condicional de la ejecución de la pena, en donde se aplica con el fin que el imputado se readapte y se resocialice, evitando con ello que siga cometiendo nuevos hechos delictivos.

04	07	Es justo sancionar un delito que no pasa de los actos preparatorios con igual gravedad que el delito consumado.	No, debe de ser sancionado con menor pena que el delito consumado
05	07	Es justo sancionar un delito que no pasa de los actos preparatorios con igual gravedad que el delito consumado.	No es justo, pues debería de hacerse una diferenciación en cuanto a la determinación de la pena en el delito de proposición y conspiración y el delito consumado.
04	08	Los principios deben ser respetados por el legislador al momento de crear las leyes.	Definitivamente si deben de ser respetados
05	08	Los principios deben ser respetados por el legislador al momento de crear las leyes.	Claro que si, al momento de crear leyes el Legislador debe respetar no solo los principios si no también los Derechos y Valores que contiene la Constitución de la Republica.
04	09	Los jueces tienen la facultad de aplicar o no estas penas, si vulnera los principios del derecho penal.	Si hablamos de aplicar penas es porque ha habido un debido proceso ya han concluido las etapas previas donde se examina la legalidad o vicios en el procedimiento, en todo caso, el juez al examinar el caso puede aprobar.
05	09	Los jueces tienen la facultad de aplicar o no estas penas, si vulnera los principios del derecho penal.	Si viola principios del derecho penal el juez debe valorar si esta pena o esta violación de principios rosa con alguna norma secundaria por ser contraria a la Constitución.
04	10	Alguna recomendación o sugerencia que sobre el tema podría agregar.	Una recomendación que haría es que deben de investigar sobre casos concretos.
05	10	Alguna recomendación o sugerencia que sobre el tema podría agregar.	Que este tema debe analizar desde la realidad penitenciaria que vive el país, para evitar la imposición de penas mínimas a los imputados que solo permitan la sobrepoblación en los centros penales.



## **INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS DE LA ENTREVISTA NO ESTRUCTURADA**

Las funciones del principio de proporcionalidad son una alternativa para aquellas personas que se les están violentando derechos y principios constitucionales, por lo tanto el principio de proporcionalidad de la pena contribuye y se relaciona con los demás principios constitucionales como el principio de legalidad entre otros.

Nuestro ordenamiento Jurídico Penal, exige por imperativo del Principio de Lesividad del Bien Jurídico, preceptuado en el artículo 4 del Código penal, que una conducta humana merecedora de una sanción penal debe ser lesiva o constitutiva de peligro para un bien jurídico, tal como se desarrolló anteriormente el ataque a un bien jurídico puede revestir cualquiera de estas dos modalidades, y en suma es lo que constituye el sustrato de la valoración de la antijuricidad materialmente entendida. La peligrosidad de una conducta se erige entonces como requisito para la determinación de su antijuricidad,

Desde esta óptica la Proporcionalidad de la Pena en abstracto se manifiesta así mismo en la fase de la Determinación legal o “Amenaza”, que es el momento legislativo, en que se “crea” el Delito y se establece una “Poena Spei” (esperanza de Pena), persigue un fin Preventivo General, ya que a través de la Amenaza, Abstracta e Impersonal, de una Pena Concreta se trata de intimidar a los sujetos destinatarios de la norma Jurídica para que se abstengan de delinquir.

En tal sentido, las exigencias preventivo generales se satisfacen por medio del establecimiento de una “Poena Spei” (Esperanza de Pena), ya que se está prefijando la respuesta que podría tener de parte del Estado por la conducta realizada, con miras a intimidar a la población para que “no delinca”. Esta respuesta, que podría variar en su contenido según estemos

ante un Sistema de Determinación de la Pena, de carácter Absolutamente Pre-determinado o Sistema de Pena Fija<sup>169</sup> o ante un Sistema de Pena Indeterminada Total o Relativamente no puede establecerse de manera antojadiza de parte del Legislador que es el único al que se le franquea este poder-deber – sino que debe, o debiera, obedecer a una valoración de Política Criminal Científica y Criminológica sobre los siguientes aspectos, cuando menos : **1. la relevancia del bien jurídico a tutelar**, de más está el explicar que el Código Penal se halla sistematizado en su parte especial en atención precisamente a la importancia que se le da a cada uno de los bienes objeto de tutela jurídico-penal, de allí que su tratamiento sea desigual; **2. la necesidad de la criminalización**, es decir, que ya se halla probado que no es posible darle solución al conflicto por medio de otra rama del ordenamiento jurídico, esto que obedece al carácter fragmentario del Derecho Penal y su carácter de “Ultima Ratio” no debe obviarse por el legisferante no obstante, en la actualidad se han dado una serie de contrarreformas al Código Penal tendiente a la criminalización y sanción de conductas que bien podrían ser tratadas – y quizás de mejor manera - por el Derecho Administrativo Sancionador.

En este momento también deben establecerse la penalidad abstracta de los amplificadores del tipo, es decir la diferenciación de la Penalidad según se trate de un Autor o un Participe, o si se trata de un delito consumado o una tentativa, pues estas diferencias forjarán una clara diferencia en la Penalidad Concreta a imponer, estamos ante una manifestación del Principio de Proporcionalidad de la Pena en el Plano Abstracto, entendemos que la citada reforma es, además de excesiva, contraria a los fines de la pena que estatuye el artículo 27 Cn. Cabe preguntarse ¿Cuál es la oportunidad de resocialización de los condenados a sesenta o setenta años?, y además, es una manifestación implícita de una pena perpetua, al negar la posibilidad.

## PARTE II

### 4.2 Análisis e interpretación de resultados

#### 4.2.1 DESCRIPCIÓN Y VERIFICACIÓN

##### PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

La proporcionalidad en el Derecho Penal es ante todo un principio de carácter transversal que puede ser descompuesto – por razones eminentemente didácticas – en las exigencias de intervención mínima (***fragmentariedad y subsidiariedad***), ***utilidad y necesidad*** de la tipificación penal en la configuración del marco penal razonable de acuerdo a las necesidades de prevención general y especial.

Del principio fundamental del respeto a la persona y su dignidad, se deriva que el uso de la pena de prisión se legitima constitucionalmente sólo en aquellos casos en que no sea posible imponer un castigo más humano; y limita su configuración de acuerdo a los estándares de humanidad consensuados internacionalmente.

Las condiciones de vida en la cárcel deben acercarse lo más posible a la de las personas en libertad, con el fin de evitar los efectos del encierro en prisión; lo cual permite cumplir con un ideal constitucional de la ***readaptación*** de los penados y evitar su posible reincidencia, garantizándose con ello la prevención de los delitos, principio que podríamos denominar “regularización de la vida en prisión”.

Al garantizar la norma fundamental, la educación y el trabajo, como parte esencial del tratamiento de las personas condenadas, se asegura que durante la ejecución de la pena privativa de libertad, puedan aquellas participar en programas que busquen compensar las carencias del recluso frente a las personas libres, ofreciéndole posibilidades de acceso a la cultura,

a actividades ocupacionales y educativas y, por ende, al desarrollo integral de su personalidad. Así como también, opciones luego del cumplimiento de una parte de la pena que puedan dar lugar a su liberación anticipada total o parcial (permisos de salida, ubicación en centros abiertos, libertad condicional, etc.).

La lógica rehabilitadora y de respeto a la dignidad humana que inspira el desarrollo constitucional, es incompatible con una lógica punitiva o retributiva que únicamente aspira a que la función de la pena de prisión sea un castigo de carácter afflictivo o expiatorio. Esto nos lleva a la conclusión que la finalidad del régimen y tratamiento penitenciarios, es el de hacer posible la vida futura en libertad del sentenciado evitando los efectos nocivos de la estancia en prisión. Lo anterior resulta entorpecido con penas que vuelven imposible un proceso gradual de reinserción o al menos lo retardan irrazonablemente.

Por todo lo dicho, considerando el criterio fáctico de la esperanza de vida (80 años según el informe del PNUD) y la edad penal mínima de los destinatarios de la norma (18 años), la pena que contempla la legislación vigente para los casos de concurso real de delitos, es una pena perpetua que no resiste un examen de **razonabilidad y proporcionalidad** tomando en cuenta los parámetros constitucionales.

Es conveniente ahora analizar la proposición y conspiración dentro de la fase del **inter criminis**, como actos preparatorios para la ejecución de delitos, vista erróneamente su sanción penal con igual gravedad que la de los delitos consumados.

Entre pena y hecho cometido debe existir una relación inmanente derivado del principio material de justicia y es que la pena no puede superar el desvalor que el hecho comparta, por lo que evidentemente un hecho

consumado no puede ser equiparado a la Proposición y Conspiración para cometer el mismo.

La reticencia de la doctrina se debe entre otras razones a que: a) se encuentran demasiado alejados de la consumación para conmover seriamente el sentimiento jurídico de la comunidad; b) la voluntad criminal no se manifiesta todavía de modo decidido y existe posibilidad del abandono del proyecto; y c) si se penalizan en forma general pueden violentar el principio de lesividad.

Al respecto, conviene resaltar que la inserción en el catálogo penal de los tipos autónomos referidos, constituye un ámbito de libre decisión del legislador, quien conforme las opiniones político criminales que estime pertinentes puede convenir en su uso.

Sin embargo, aunque ello resulte permisible constitucionalmente, la consecuencia jurídica debe respetar estrictamente el **principio de proporcionalidad** vinculado con el de **lesividad**, el cual – en materia penal – establece que la gravedad de la pena tiene que ser proporcional a la gravedad del comportamiento típico y antijurídico, así como el grado de participación en el delito o en sus grados de ejecución. Esto conlleva repercusiones prácticas para la actividad legislativa.

Para el caso, de la incriminación o tipificación de conductas plantea que la sanción a imponer debe resultar idónea para salvaguardar eficazmente los bienes jurídicos por medio de la prevención general. Además, tal análisis de conveniencia supone tomar en cuenta las modalidades de **comisión del delito** que denoten una mayor peligrosidad de comportamiento que los hechos de poca gravedad o carentes por el agente. Ello nos lleva al convencimiento que los hechos de poca gravedad o carentes de ella, no pueden ser sancionados con una pena de prisión sumamente alta.

**Los actos preparatorios** por su disminuida lesividad frente a las formas punibles consumadas y tentadas, deben merecer entonces una pena menor que ellas.

La inobservancia de lo anterior, además de causar una distorsión en el marco sancionatorio, genera un indeseable efecto criminal de castigar de forma sumamente benévola la tentativa, en relación a la proposición, conspiración y los actos preparatorios; éstos últimos equiparados a los actos consumados, pese a estar todavía muy distantes de la producción de un **peligro efectivo** para el bien jurídico.

Como anteriormente se expresó no se puede equiparar la pena de la proposición y conspiración con la misma del delito consumado, existe una violación al **principio de proporcionalidad de la pena**, porque los primeros se quedan en la fase del **iter criminis** y los delitos consumados o delitos ejecutables cumplen todas las etapas de la teoría del delito desde sus actos preparatorios hasta la consumación del mismo. Ya la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, se ha pronunciado respecto de éste caso.

### **HIPÓTESIS GENERALES.**

**Hipótesis General 1: “El Principio de proporcionalidad de la pena ha contribuido a facilitar procesos meramente constitucionales que se dan durante la aplicación de una pena al inculpado; Sin embargo es un tema que se ha venido abordando desde la historia constitucional para que la población se informe de como se ha venido viviendo desde la historia hasta la actualidad que desde esos principios se ha venido violentando el derecho a una pena adecuada y justa conforme al delito cometido y que aun constitucionalmente carecemos de un sistema no adecuado para aplicar leyes o aprobar leyes por parte de los órganos del estado..”**

Las personas desde basándose desde el ámbito constitucional, se han violentado muchos principios constitucionales, como sabemos que desde la historia se han violentado muchos derechos a la persona humana, sabemos que la persona es el origen y respaldada desde la constitución que no se le puede violentar el derecho a la vida a la libertad ambulatoria, que no existen valoraciones y pruebas adecuadas para dicha persona que se le está procesando o imponiendo una pena, porque no solo a la persona condenada se le violentan derechos sino también a los familiares de estas mismas el derecho a permanecer con sus hijos, padres, esposos y de poderse readaptarse a la sociedad sin que le den un acceso a un trabajo y que la sociedad misma lo mire con discriminación por haber sido procesado en un futuro.

Estas causas se pueden dar por igual tanto en los hombres como en las mujeres. Si no es posible tratar las causas de la infertilidad incremento de penas o de una pena adecuada, en algunos casos es necesaria la readaptación. El procedimiento exacto varía dependiendo de los casos o por el delito que se ha cometido o el daño jurídico protegido.

Como se ha venido señalando en el transcurso de la investigación los tipos de principios que la constitución y el mismo código penal contemplan que a la hora de aplicar una pena se violentan principios como persona humana que existen y definiendo cada uno, en el Capítulo II en el apartado de Reproducción humana. Se estudia más a fondo el tema; con la investigación de campo se conoció otros tipos de otras formas que violentan es decir principios que se están violentando como persona humana ya que en la práctica se ven muchas injusticias y se realizan diferentes practicas a la hora de imponer una sanción penal.

**Hipótesis General 2: “El Principio de proporcionalidad de la pena no está completamente estructurada en un cuerpo de normas**

**específicas que le sirvan de base legal; por lo tanto existen violaciones a los derechos de las personas que han cometido un hecho punible desde el ámbito constitucional porque una pena debe de ser proporcional al hecho se debe valorar la el ciclo de vida de la persona humana porque es algo inconstitucional que le impongan una pena mayo a una persona que ya tiene un ciclo de vida avanzada y es in lógico que dicha persona cumpla con dicha pena establecida por el legislador”.**

Debido al hecho de no contar con una regulación existente que establezca claramente de qué manera actuar frente a situaciones o conflictos que se susciten en los procedimientos del principio de proporcionalidad de la pena, se ha visto en la necesidad de abocarse supletoriamente a otras leyes, que no en todo está relacionado con el tema pero si dictan las bases para una especie de proceder en cuanto al tema.

La Constitución de la Republica de El Salvador establece el derecho a la libertad de toda persona, y ello comprende a la persona que ya existe merece una libertad digna, es por ello que se parte de esta ley primaria y de este derecho fundamental para establecer que debe tutelarse en el área del principio de proporcionalidad de la pena, derechos como este, y otros que ahí se encuentran en juego.

Es por eso que a lo largo de la investigación se ha venido planteando la necesidad de creación de un marco jurídico que tutele estos derechos y dicte las normas prohibitivas y permisivas en esta materia, y se cambie la política criminal en el sistema penal que nuestro Estado contempla. En su plataforma, se ha reforzado en la investigación de campo con las encuestas.



### **HIPÓTESIS ESPECÍFICAS:**

**Hipótesis Específica 1: “Los Tribunales tiene conocimientos generales, como información a fondo sobre la aplicación de penas excesivas por parte del legislador; por lo tanto conocen las ventajas, desventajas, los derechos y garantías que se violentan en el incremento de la pena en algunos delitos ya que esto con lleva a una saturación al sistema y al ciclo de vida humana”.**

Son varios los aspectos que pueden interesar a la sociedad en general, ya que el único conocimiento que esta concibe en cuanto al principio de proporcionalidad de la pena, que al momento de imponer una pena los jueces deben valorar bien basándose en la sana crítica, para no violentarles principios constitucionales a la persona como el derecho a transitar libremente y tener un trabajo digno y darles una oportunidad para poderse aptarse en la comunidad o sociedad, mas no se percatan de otros aspectos de sumo interés, quienes están en contra de estas técnicas, como la religión son las que han estudiado más a fondo los procedimientos y conocen la parte negativa que ésta conlleva.

El posible daño moralmente a los inculpados y además a sus familiares, este tipo de situaciones suele ser el resultado de la llamada normas aplicables con un acceso de pena ya que esta debe de ser proporcional a dicha persona condenada. Su aprobación debería ser desestimada en nuestro ordenamiento jurídico por considerar que se estaría negando la libertad ambulatoria.

Y de esta manera muchos aspectos negativos que en la investigación se desarrollan en el apartado del Principio de proporcionalidad de la pena en el delito de proposición y conspiración e incluso otros aspectos éticos de ésta.

**Hipótesis Específica 2: “Los derechos existen por sí mismos, pero deben ser reconocidos en una norma para ser tutelados; Sin embargo el principio de proporcionalidad de la pena no se encuentra regulada en el país y ello da lugar a que se vulneren derechos fundamentales como el derecho a una pena proporcional en cuando al hecho cometido por parte del hechor.”**

Uno de los derechos que se ve inmerso en el principio de proporcionalidad de la pena, es el derecho a la libertad, por cuanto existe obligación de parte del Estado de El Salvador a protegerlo, y a velar porque sea respetado. El principio de proporcionalidad en El Salvador no se encuentra regulado, pero se tiene conocimiento en cuanto a que de acuerdo a los demás principios constitucionales que la misma constitución los protege y los ampara para toda persona;. La persona humana al cometer un delito tiene ciertos derechos que no se le deben de violentar es cierto que han cometido un delito pero no pueden ser privados de todos sus derechos, como la misma constitución es clara y precisa que no se le vulneren principios constitucionales como el de no poner un exceso de pena a la hora de interpretar la normativa penal.

La Constitución de la República, en el artículo uno, reconoce a la persona humana desde el instante de la concepción. Como bien es sabido en marco jurídico salvadoreño, que al hablar de un derecho, como lo es el de tener una libertad, por lo tanto ya es aplicable la legislación salvadoreña y destruirlo iría contra la ley. Desde que se concibe la persona tiene derecho a la libertad y hacer tratada como una persona humana, por lo tanto es inconstitucional el incremento de penas porque la pena debe de ser proporcional al hecho cometido.

El ejercicio de la función punitiva es competencia del Estado. En la medida que la humanidad se ha venido desarrollando, de igual manera lo

han hecho las diferentes formas de castigar, amoldándose así al desarrollo del derecho, y a las nuevas situaciones en las que la humanidad se ha visto obligada a controlar.

Dentro del ámbito del derecho, los principios son el eje central de toda producción normativa, dentro del derecho penal, estos han surgido como una reacción social, frente a las arbitrariedades del poder, y con el afán de racionalizar la aplicación del Poder Punitivo del Estado, teniendo en cuenta que el derecho penal es de Ultima Ratio.

**Hipótesis Específica 3: “Las penas con que se sancionan los delitos de Proposición y Conspiración revisten igual gravedad que los delitos consumados y mayor que la tentativa de delitos, volviéndose una violación directa a los límites que señala el Principio de Proporcionalidad de la pena.”**

El Principio de Proporcionalidad es la directriz Jurídico Penal que informa al Sistema Penal en su conjunto, según la cual la Pena ha de ser una retribución directamente equivalente a la Gravedad del delito, la Relevancia del Bien Jurídico, la Naturaleza y el Alcance del Ataque, y el Grado de Culpabilidad del Autor del mismo”. Por ello, afirma la doctrina, la Medida de la Pena se establece en atención a los criterios siguientes, si es que ha de existir Proporcionalidad.

En este punto, es necesario antes de establecer si se da la Proporcionalidad de la Pena en estos casos es necesario analizar una sola de estas figuras para ejemplificar mejor la idea, que se adecua a todos los casos en que se sancione la Proposición y la Conspiración para delinquir.

Así, se analiza la figura de Proposición y Conspiración en el caso de Homicidio Agravado, artículo 129-A, ya analizado específicamente en el capítulo II de esta obra. Partimos, lógicamente de la conducta que en

palabras simples es “el que solicitase ayuda para matar a alguien en cualquiera de las circunstancias del artículo 129 (Proposición) o quienes acordaran y planificaran la muerte de otra persona en cualquiera de las circunstancias del art. 129 (Conspiración) será sancionado con la misma pena que si hubiese consumado el homicidio agravado (con una “poena spei” de 30 a 50 años)”. La anterior cita, no literal por supuesto, es la definición de la conducta prohibida y de la Pena en abstracto que tiene regulada.

Los vacíos legales dan lugar a que se den conductas negativas en la sociedad pero legales pues no existe una ley que dicte lo contrario como lo establece la Constitución de la Republica de El Salvador en su art 8 que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni a privarse de lo que ella no prohíbe, por lo tanto si una conducta dada en la sociedad no está prohibida se entiende que está permitida.

#### **4.2.2 LOGRO DE LOS OBJETIVOS**

En inicio se plantearon una serie de objetivos tanto específicos como generales, los que se pretendían cumplir en el transcurso de la investigación. En este apartado se verifican el cumplimiento y logro de dichos objetivos presentados a continuación.

#### **OBJETIVOS GENERALES**

**Objetivo General 1: “Comprender en que consiste el principio de proporcionalidad de la pena y cuál es su fin; desde el contexto histórico y su evolución hasta la actualidad”.**

.Se logró Comprender en qué consisten el principio de proporcionalidad de la pena, se realizó un desglose de éste, dando primero una conceptualización, naturaleza jurídica, clasificación de los derechos que se violentan, como se desarrolla en el marco normativo salvadoreño y a nivel

internacional, desde la respectiva norma constitucional y jurisprudencia. Todo ello se realizó en desarrollo del Capítulo II.

**Objetivo General 2: “Determinar cuáles son los aspectos legales del principio de proporcionalidad de la pena desde el ámbito constitucional”.**

Se logró Determinar los aspectos legales como la regulación jurídica o las bases legales y se determinó que no se encuentra regulado en el sistema normativo salvadoreño, por lo tanto se tomó en cuenta diversas leyes que de alguna manera se encontraban relacionadas con esta temática como la Constitución ya que este se relaciona con otros principios que también se regulan en la misma y en el Código Penal, entre otros. Todo lo relativo a normas jurídicas relacionadas con el principio de proporcionalidad de la pena en el delito de proposición y conspiración se realizó en la Base Normativa del Capítulo II.

#### **OBJETIVOS ESPECÍFICOS:**

**Objetivo Específico 1. “Verificar el grado de conocimiento en los Tribunales de Sentencia y la población en la Zona Oriental sobre el principio de proporcionalidad de la pena aplicable a los delitos de proposición y conspiración”.**

Se logró verificar el grado de conocimiento de las persona conocedoras sobre el principio de proporcionalidad de la pena y los delitos de proposición y conspiración, siendo este un poco corta, según el desarrollo de la investigación de campo en la sección de las entrevistas, pues en el país es poca la demanda que existe el abuso de violaciones de derechos y no por ser poco común la esterilidad o infertilidad sino por el alto o incremento de penas que no son proporcional.

**Objetivo Específico 2: “Identificar la existencia o no de violaciones al principio de proporcionalidad de la pena a la hora de imponer una pena a una persona que ha cometido un hecho punible.”**

Se logró Identificar las posibles violaciones que con llevan a la constitución al momento de crear leyes no toman en cuenta la carta magna de nuestro país para que esta ley no se contradiga con la misma y no se violenten derechos a las personas

El desarrollo de esta temática se hizo en el Capítulo II, en el apartado de los Aspectos del principio de proporcionalidad de la pena y proposición y conspiración.

**Objetivo Específico 3: “Elaborar un análisis de la política criminal, sobre el principio de proporcionalidad de la pena en los delitos de proposición y conspiración en la Zona Oriental.”**

Se logró Elaborar un análisis sobre la política criminal y crítica de cómo se debe de crear una política criminal en nuestro país para que el sistema penitenciario no sea un fracaso en la necesidad que en El Salvador existe de ésta, para que regule conductas, procedimientos, derechos, responsabilidades y muchos aspectos más referentes al principio de proporcionalidad y a lo delito de proposición y conspiración , al que se adecuaron los criterios normativos de otras leyes ya existentes sobre dicho tema de investigación y que se apegan a nuestra normativa tanto constitucional como leyes secundarias y respetando también los tratados y convenciones relacionados con el tema, tal labor se efectuó en el Capítulo V en el apartado de las Propuestas a la Asamblea Legislativa.

**Objetivo Específico 4. “Determinar el alcance de la Punibilidad de la Proposición y Conspiración en los delitos comunes y la posible**

## **vulneración de los Principios de Proporcionalidad y de Necesidad de la Pena.”**

Se logró Determinar dicho alcance sobre la punibilidad que existe en tanto al delito de proposición y conspiración en los delitos comunes ya que se violentan al principio de proporcionalidad de la pena, ya que en nuestras leyes existen muchos vacíos legales por no tener una política meramente adecuada en nuestro país.

En toda la investigación y según la doctrina se esclarece que en nuestro país se carece de una buena fundamentación adecuada de manejar el poder como para dirimir o eliminar violencias que se enfrenta nuestro país. Como se explica detalladamente en el capítulo que contiene el marco teórico de la investigación

**CAPÍTULO IV**  
**CONCLUSIONES Y**  
**RECOMENDACIONES**



## **CAPITULO IV**

### **CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

#### **CONCLUSIONES GENERALES**

El presente trabajo está fundamentado en dos objetivos generales y tres específicos orientando la investigación en el ámbito social, jurídico, económico, político y cultural, tanto a nivel nacional, a fin de poder obtener una visión más amplia sobre los inicios, avances, aplicación y reconocimientos legales del PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA PENA, EN EL DELITO DE PROPOSICIÓN Y CONSPIRACIÓN EN LA ZONA ORIENTAL, ya que a nivel nacional se puede entender que hay suficiente documentación jurídica en la que advierte la violación a los principios constitucionales como el principio de proporcionalidad de la pena en nuestro país no es la excepción el cual es evidente a la hora de aplicar una pena a una persona condenada. Hemos detectado una serie de obstáculos que se le están presentando al principio de proporcionalidad de la pena en El Salvador, debido a una gran gama de factores no solo el incremento de las penas a la persona, declarando culpable de un ilícito con la aparición de nuevas leyes, que se aprueban que violentan a principios constitucionales incluido el de nuestro tema en estudio.

Los Jueces y Magistrados para implicar penas mayores de treinta años de prisión, transgreden no solo normas fundamentales sino que también caen en el incumplimiento de la norma Constitucional, así como la vulneración a la Dignidad del Condenado y los fines constitucionalmente establecidos para la pena de prisión, como la resocialización de la persona condenada, además consideran también que inaplicar una pena excesiva vulnera el ordenamiento jurídico Internacional como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y La Convención contra la Tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Que la facultad de inaplicar leyes cuando estas transgredan el ordenamiento constitucional, se encuentra establecida en el Artículo 185 de la Constitución como función de los jueces por lo que al inaplicar penas mayores de treinta años de prisión se cumple con principios como el de Supremacía Constitucional, Justicia, Proporcionalidad, legalidad, entre otros. Que la regulación de una pena máxima de setenta y cinco años de prisión en la legislación jurídico penal salvadoreña no constituye ninguna solución a los problemas de criminalidad que actualmente vive el país, porque esta pena es desproporcional a los fines que fundamenta el imponer una pena y además sobre pasa el promedio de vida de los salvadoreños.

Que la consecuencia que produce el inaplicar penas mayores de treinta años de prisión es la creación de un vacío legal que actualmente es solventado con la aplicación del principio de Ultractividad. Que los delitos de Secuestro y Homicidio Agravado constituyen casos frecuentes en que se inaplican penas de prisión exageradas.

### **CONCLUSIONES DOCTRINARIAS.**

- Una de las posturas más importantes de la sociedad se encuentra en contra del exceso de penas que violentan principios constitucionales como el principio de proporcionalidad de la pena puesto que el hecho de aplicar una pena que sea adecuada al delito cometido, la aplicación de una pena tiene que ser valorada por parte del juez que no violente principios constitucionales, que estén contemplados en la Constitución, pero cuando se trata de dictar una sentencia por un juez competente no hace las valoraciones correspondientes conforme a la infracción que se ha cometido por parte del delincuente o persona que cometió dicho delito .
- La doctrina en cuanto al principio de proporcionalidad de la pena establece que este principio es un aporte positivo para la sociedad pues

constituye un límite y protege los derechos conforme la Constitución, dado que técnicamente implica que la pena deberá ser adecuada para cada persona, considerando el grado de atropello a la dignidad puesto que es mayor cuando existe el exceso de la pena.

## **CONCLUSIONES JURÍDICAS**

- ✚ Se ha comprobado que la sanción establecida en el delito de Proposición y Conspiración en el Homicidio Agravado regulada en el art. 129-A de nuestro Código Penal violenta el Principio de Proporcionalidad, Lesividad, y Resocialización de la Pena. Que el aumento deliberado de las penas no es el instrumento ideal para erradicar la delincuencia, se ha visto desde un principio, que no ha funcionado esta modalidad, por lo cual ya no debe de seguirse implementando tipos penales con plus de pena.
  
- ✚ El art. 27 de la Constitución de la República de El Salvador, prohíbe las penas perpetuas y en su tercer inciso, reconoce el principio de resocialización cuando establece que “El Estado organizará los Centros Penitenciarios con objeto de corregir a los delincuentes, educarlos y formarles hábitos de trabajo, procurando su readaptación la prevención de los delitos.”
  
- ✚ Este artículo es violentado con la implementación de esta sanción, pues al establecer la sanción privativa de libertad de 30 a 50 años de prisión, tácitamente, se está convirtiendo al condenarlo en una sanción Perpetua pues para la calidad de vida que tenemos en nuestro país, quien sufra esta condena posiblemente morirá en la cárcel cumpliéndola, de igual manera esta sanción deviene de inconstitucional. Porque en primer lugar respecto a la readaptación del penado no se cumple, pues los centros penitenciarios no tienen las facilidades para readaptarlos y resocializarlos, aunque les formen hábitos de trabajo dentro del Centro Penal no funciona

porque cuando salen a la vida social, si es que lo hacen, ya no pueden laborar pues les piden antecedentes penales y su fuerza de trabajo la dejaron en el ocio del Centro Penitenciario y como consecuencia su capacidad de delinquir es mayor.

- ✚ Una pena de larga duración trae consigo, si es el caso, una desintegración familiar puesto que el padre debe guardar prisión, lo que obliga a la madre a trabajar, dejando a sus hijos solos en casa a merced del reclutamiento para nuevos pandilleros y otros tipos de delincuencia, pues en su mayoría provienen de hogares desintegrados, lo que indirectamente constituye una cadena delincencial.
- ✚ El legislador, al imponer una pena de 30 a 50 años de prisión al cometer el delito de proposición u conspiración en el Homicidio Agravado, que es igual sanción que la del Homicidio Agravado consumado, incita a que se ejecuten con más rapidez los delitos de homicidio agravado, pues si llegan al grado de tentativa, gozan del beneficio del Homicidio Agravado imperfecto o Tentado que conlleva una sanción de entre la mitad del mínimo y la mitad del máximo, del delito consumado, también incita a que se cometa mejor en homicidio simple en vista que este tiene una pena mucho menor que la de Proposición y Conspiración.

### **CONCLUSIONES TEÓRICAS**

- ✓ Un tema de discusión muy importante en cuanto a los procedimientos y aplicación del principio de proporcionalidad de la pena es sobre las penas que deben de ser adecuadas, que no debe de haber un exceso de incremento de la pena por un delito que se ha cometido , puesto que se trata de asegurar desde el momento que se le dicta una sentencia ante los Tribunales; el principio de proporcionalidad tiene una triple dimensión en cuanto al ejercicio del poder punitivo del Estado, que se

formula en tres subprincipios, en el que enfoca que la intervención de los poderes públicos.

En relación al control constitucional del derecho penal como forma de control social formalizado, la Sala de lo Constitucional expresó que: “De esta manera, el Derecho Constitucional conforma la política criminal, que en una primera acotación constituye una forma de control social lo suficientemente importante para que sea monopolizada por el Estado, y que por tanto, requiere ser limitada –la política criminal – jurídicamente con la máxima claridad posible como garantía para el ejercicio de los derechos de la persona humana”.

- ✓ El principio de protección de bienes jurídicos, no opera solo en el momento legislativo de creación del delito, sino, en el de aplicación de la ley penal, exigiendo que tanto la figura típica como la conducta concreta comporten la lesión o la puesta en peligro del bien jurídico tutelado, lo que convierte a la idea del bien jurídico, en un elemento central de la interpretación del tipo penal y por lo tanto del alcance de su aplicación. La exigencia de la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos requiere que, lo que se incrimine sean hechos y no meros pensamientos, actitudes o modos de vida; comportando así, la exigencia de un derecho penal del hecho al que se opone la idea autoritaria de un derecho penal de autor.
  
- ✓ Se concluye también que a pesar de no haber un marco regulatorio sobre el Principio de proporcionalidad de la pena de manera expresa, existen Derechos e intereses así como responsabilidades que se derivan de esta violación al principio en mención que la Constitución y otras leyes siguen protegiendo, como el derecho a la libertad, dignidad moral y física.

## **CONCLUSIONES SOCIALES.**

- ❖ A medida avanza el tiempo, así avanzan las sociedades en todas las áreas, unas por méritos propios otras siendo una réplica o copia. Ante las personas se regían por los derechos de la persona, ahora los medios de comunicación influyen en la conformación de nuevas categorías constitucionales, penales, las aprobaciones de leyes que van en contra de nuestra Constitución, el incremento de penas excesivas, etc. Pero lo que aún se mantiene es la búsqueda de continuar con la debida aplicación del principio de proporcionalidad de la pena que sea una pena proporcional adecuada según el delito cometido, considerando la expectativa de vida de los ciudadanos.
- ❖ El Salvador pretende estar en actualidad en cuanto a muchos temas pero en cuanto a la debida aplicación del principio de proporcionalidad de la pena aún no está preparada socialmente para ver con naturalidad términos como violación al derecho de este principio. Aunque buena parte de la población esta compaginando cultura propia con la de otros países por haber emigrado aún no existe un conocimiento básico de principios de proporcionalidad de la pena ni de las violaciones de este principio.
- ❖ No van al mismo ritmo las necesidades de la población con las normas que rigen sus comportamientos, desde la educación de las mismas familias, pasando por las escuelas y terminando con el día a día de la sociedad. No hay conexión entre todos los entes de información y formación sobre derechos constitucionales.

## **CONCLUSIONES ECONÓMICAS**

- 🌐 La Coyuntura económica por la que atraviesa el país limita las diferentes investigaciones que permitan más avances en temas del principio de

proporcionalidad y los pocos que pueden realizarlas lo hacen con fines de lucro poniendo sus conocimientos al alcance de unos pocos o respondan intereses de grupos poderosos económicamente como los de clase capitalista.

- ✚ El Salvador por estar clasificado como un país subdesarrollado cuenta con pocos medios para velar por sus habitantes, pero más bien es una categoría que les permite a los gobernantes eludir responsabilidades frente a sus conciudadanos, sin prever que la necesidad de cobertura para control de violaciones al principio de proporcionalidad hoy en día es una señal de alerta del número de habitantes del mañana, habitantes que serán privados de libertad.
- ✚ La insuficiente asignación en el presupuesto del Estado para fines de rehabilitación a los privados de libertad imposibilitan la actualización del sistema penitenciario en cuanto a la aplicación del principio de proporcionalidad de la pena y la violación de dicho principio que violentan a la constitución primaria de nuestro país.
- ✚ La libertad está dejando de ser un Derecho y se está convirtiendo en un tema meramente económico, pues viene saturando el sistema penitenciario en nuestro país, es un tema de pocos y por ello parece ser que no es competencia del Estado y no lo recintos adecuados a los reos privados de libertad. Todo un tema económico, considerando que es un buen negocio para los que ahí se encuentran.

## **CONCLUSIONES CULTURALES**

- ❖ Que la población esta propiamente preocupada por la vida, cultura que se vive en nuestro país que hay un incremento del exceso de pena ya que los familiares buscan la manera de que se les escuchen y tiene su incidencia en la economía familiar.
- ❖ Que la Cultura eminente en el país posee alto porcentaje de miedo a optar por otras formas que no sean las formas adecuadas en temas

del principio de proporcionalidad, al dar la sanción penal desproporcionada no existe reinserción social.

- ❖ Sera necesario esperar que las nuevas generaciones hagan el relevo a las anteriores a fin de renovar principios, creencias y/o costumbres.

### **CONCLUSIONES ESPECÍFICAS**

La presente investigación se compone de dos partes importantes, una es la investigación documental y la otra que es la que nos interesa en este apartado es la investigación de campo, ya que nos ha llevado a concluir que, las violaciones a los principios constitucionales como el principio de proporcionalidad de la pena hoy en día, podría estimarse que toda la población conoce en que consiste a escasos rasgos es decir: que es una solución factible a la mayoría de los problemas de aplicación del principio, que ayuda a las personas a que se le concede una pena adecuada cuando se le dicte una sentencia condenatoria, que es un proceso con un alto costo económico, que se da por el costo de los alimentos dentro de los recintos carcelarios, entre otras opiniones.

Con el principio de proporcionalidad de la pena esta debe ser proporcional al momento que se le imponga una pena que no se violenten este principio pero hoy en día se están violentando principios constitucionales. Problema que tenemos en nuestro país que solo aprueban Leyes que no van de acorde a la Constitución porque no es solo aprobar Leyes si no ver que no vallan contradiciendo a nuestra carta magna porque hoy existe un gran exceso de penas a la persona que comete un delito y no es esa la solución para mejorar el país se deben de tomar otras medidas por parte del Estado esto generan un importante debate social.



## **RECOMENDACIONES.**

### **A LA ASAMBLEA LEGISLATIVA.**

La implementación políticas represivas, el Estado debe esforzarse en fomentar Políticas Preventivas y de Protección de la Niñez y la Adolescencia, dándoles más oportunidades de trabajo y estudio para que mantengan su mente ocupada en cuestiones que, a largo plazo ayudarán a la Sociedad. Implementando una verdadera Política Criminal.

### **AL ORGANO EJECUTIVO.**

- ❖ Procurar la creación de nuevos Centros reeducativos Nacionales que presten mayores facilidades a la población juvenil y formen técnicos y profesionales útiles en la sociedad y no estar llenando las cárceles de jóvenes con un buen potencial de trabajo, que no pudieron desarrollar, debido a que no tuvieron la oportunidad de profesionalizarse o de aprender un oficio.
- ❖ Que se trabaje de la mano con la empresa privada, para que esta dé la oportunidad a los jóvenes y adultos que quieran estudiar puedan hacerlo proporcionándoles trabajo a medio tiempo, para que en el otro medio tiempo restante puedan estudiar ó proporcionando becas de estudio.

### **A LAS UNIVERSIDADES.**

- ✓ Que se unan y presenten proyectos al Órgano Legislativo, para erradicar la delincuencia por medio de políticas Preventivas, pues las Represivas le causan un gasto innecesario al gobierno, porque deben mantener a muchos reclusos, que con una buena política, estarían contribuyendo al desarrollo de la sociedad y no se hubieran convertido en delincuentes.
- ✓ Fomentar en los estudiantes y futuros profesionales el respeto a los principios constitucionales, procesales penales y penales.
- ✓ Que se cree un consenso con los sectores sociales, para que presten su opinión al respecto y se busque una solución al problema.

## 9.0 REFERENCIAS.

### LIBROS.

ABELLADO PERROT, "Derecho penal", 4ª Edición, Editorial Glem S.A. Buenos Aires, Argentina, 1966.

ACALE SANCHEZ, María, *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000

ARRIETA GALLEGOS, MANUEL, "Lecciones de Derecho Penal", Editorial Universitaria, San Salvador, El Salvador 1972.

ARROYO DE LAS HERAS, Alfonso. *Manual de Derecho Penal: El Delito*. Editorial ARANZADI, S.F., Pamplona, España.

BUSTOS RAMIREZ, Juan, "*Manual de Derecho Penal*". Parte Especial, 2ª Edición, Ariel, Barcelona, 1991.

BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. 4ta. Ed. Barcelona, 1994.

CAMPO MORENO, JUAN CARLOS, "*Actos Preparatorios Punibles*", en la Obra Colectiva: "Problemas de Autoría"; Ed. Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial, España, 1995.

CEREZO MIR. "*Curso de Derecho Penal Español*". Parte general I". 5ª Edición, Editorial Tecnos, España, 1996. CEREZO MIR, JOSÉ, "La Regulación del Iter Criminis y la concepción de lo injusto". RDPC, Nº 1, 1998. Pág. 25; "*Actos Preparatorios y Tentativa*", en la obra colectiva Jornadas

sobre el nuevo Código Penal de 1995, Servicio Editorial Universitario del País Vasco, Barcelona, España, 1998.

COBO DEL ROSAL, MANUEL y VIVES ANTON, TOMAS S., *“Derecho Penal (Parte General)”*, Cuarta Edición, Conforme al Código Penal de 1995, Tirant Lo Blach, Valencia, España, 1997.

CORTAZAR, JULIO, *“La Vuelta al Día en Ochenta Mundos”*, 3° Edición, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, Argentina, 1968.

DE VILLALAZ, DRA. AURA GUERRA, Texto proporcionado por la... al *“Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD)”* Y cotejado por la LIC. GRACIELA GÓMEZ AUDIFFRED, Investigadora Legislativa de la Suprema Corte de Justicia de México (SCJN), 2005.

EL KHOURY JACOB, DR. HENRY ISSA, Texto proporcionado por el... al *“Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD)”*, 2004.

FERRAJOLI, Luigui, *Derechos y Garantías. “La Ley del Más Débil”*, traducido al español por Perfecto Andrés Ibáñez, Ediciones Trotta, Madrid, 1999

FERRAJOLI, Luigui, *Derecho y Razón, “Teoría del Garantismo Penal”*, Ediciones Trotta, Madrid, 2005.

FONTAN PALESTRA, Carlos, *“Tratado de Derecho Penal”*, Parte General, Tomo I. 4ª Edición, Buenos Aires, Argentina, 1975.

GALLEGO DIAZ, Manuel, *“El Sistema Español de Determinación Legal de la Pena”*, ICAI, Madrid, España, 1985.

GARCIA ARAN, MERCEDES, *“Los Criterios de determinación de la Pena en el Derecho Español”*, Editorial Bosch, Barcelona, España, 1982.

GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo, *“Lecciones de Derecho Penal”*, Parte General, 2º Edición, España, 1996.

HANS KELSEN, *“Teoría General del Derecho y del Estado”*, Traducida por EDUARDO GARCÍA MAINEZ, Universidad Nacional Autónoma de México, UNAM, México, 1983.

HORMAZABAL MALAREE, HERNÁN. *“Bien Jurídico y Estado Social Democrático de Derecho. El Objeto protegido por la Norma Penal”*. Primera Edición. Ppu. Barcelona. España. 1991.

JACKOBS, Gunther; *“Estudios de Derecho Penal”*, Traducción y adiciones de Derecho Español por SANTIAGO MIR PUIG y FRANCISCO MUÑOZ CONDE, Tercera Edición, Editorial Bosch, Barcelona, 2000.

JESCHECK, HANS-HEINRICH, *“Tratado De Derecho Penal”* Parte General Vol. 1, Traducción y adiciones de Derecho Español por SANTIAGO MIR PUIG y FRANCISCO MUÑOZ CONDE, Tercera Edición, Editorial Bosch, Barcelona, 2000. JESCHECK, HANS-HEINRICH, *“Lehrburch des Strafrechts, Allgemeiner Teil”*, 4º edición, 1988, Traducción y adiciones de Derecho Español por SANTIAGO MIR PUIG y FRANCISCO MUÑOZ CONDE, Tercera Edición, Editorial Bosch, Barcelona, 2000.

JIMÉNEZ DE ASÚA, *“Derecho Penal”*, Parte General, Editorial Bosch, Barcelona, 1980.

JUSTINIANO, “El Digesto Romano (de)”.

LISZT, FRANZ VON. *“Tratado de Derecho Penal”*, traducido de la 20ª edición Alemana por LUÍS JIMÉNEZ DE ASÚA con adiciones de QUINTILIANO SALDAÑA, tomo II, “ª Edición, Ed. REUS, Madrid España, 1926.

LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL, *“Curso de Derecho Penal”* (Parte General), Volumen I, Hispaner Colombia, 1996. MAURACH - ZIPF, *“Strafzumessungsrecht”* (Sistemas de Determinación de la Pena); Heymanns, Deutschland, 1974. Traducida parcialmente por JUAN BUSTOS RAMÍREZ, Madrid, España, 1987.

MAURACH - ZIPF, *“Strafzumessungsrecht”* (*Sistemas de Determinación de la Pena*); Heymanns, Deutschland, 1974. Traducida parcialmente por JUAN BUSTOS RAMÍREZ, Madrid, España, 1987.

MAURACH REINHART, ZIPF HEINZ, *“Derecho Penal (Parte General) Tomo I Teoría General del Hecho Punible”*, Traducción de la Séptima Edición por JORGE BOFILL GENZCH y ENRIQUE AIMONE GIBSON, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1994.

MIR PUIG. *“Derecho Penal Parte General”*. Tercera Edición. PPU. Barcelona, 1990.

MIRENTXU CORCOY BIDASOLO; *“Delitos de Peligro Y Bienes Jurídicos Supra-individuales”*, editorial Bosch, Barcelona, España, 2003.

MUÑOZ CONDE Francisco, GARCÍA ARÁN Mercedes. *“Derecho Penal. Segunda Edición”*. Tirant. 1º Blanch. España, 1996.

MUÑOZ CONDE Francisco, GARCÍA ARÁN Mercedes. *“Derecho Penal Parte General”*, Sexta Edición, Revisada y puesta al día. Valencia, 2004.

PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl, *“Teoría del Delito”*, Universidad Autónoma de México, 3ra reimpresión, 2004.

QUINTANO RIPOLES, en *“Comentarios al Código Penal”*; Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1966.

QUINTERO OLIVARES, GONZALO, *“Derecho Penal (Parte General) Segunda Edición Corregida”*, Tercera Edición, Madrid, España, 1990.

REALE MIGUEL, *“Introducción al Derecho”*. Traducción de JAIME BRUFAN PRATS. Novena Edición. Editorial Pirámide. Madrid. España. 1989.

RODRÍGUEZ DEVESA, *“Derecho Penal” Parte General*, Primera Edición, Madrid, España, 1970. RODRÍGUEZ MOURULLO, *“Comentarios al Código Penal Español”*, Tomo I, España, 1968.

RODRIGUEZ MOURULLO, G., *“La Punición de los actos preparatorios”*, *Análisis del Proyecto de Código Penal*, España, 1968.

RODRÍGUEZ MOURULLO, *“Análisis del Proyecto de Código Penal”*, 1968.

RODRÍGUEZ RUIZ, NAPOLEÓN, *“Historia de las Instituciones Jurídicas Salvadoreñas”*, Editorial Universitaria, 1º Edición, San Salvador, El Salvador,

1969. ROXIN, CLAUS, "Derecho Penal", Parte General, 2º Edición, Editorial Tirant Lo Blanch, España, 1996.

ROXIN, CLAUS citado por GUNTHER JACKOBS, "*Punibilidad de los Actos Preparatorios*". AURMINN KAUFFMAN, seguido por ZIELINSKI, cuya obra expuesta en 1973, "Handlungs-Lungs und Erfolgsunwert" lleva la teoría a de la acción final hasta una perspectiva radical, en América expone el contenido de su obra MARCELO SANCINETI con su obra: "Teoría del Delito y Disvalor de la Acción", Primera Edición, Buenos Aires, Argentina, 1987.

ROXIN, CLAUS, "*Derecho Penal*" (*Parte General*), Tomo I, Traducción de la Segunda Edición Alemana y notas de DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA, MIGUEL DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO y JAVIER DE VICENTE REMESAL, Editorial Civitas, Madrid, 1997.

SÁNCHEZ ESCOBAR, Carlos Ernesto, "*Fundamentos de Derecho Penal (Político Criminal y Principialismo, Una Perspectiva desde los Principios de Legalidad, Dignidad, Lesividad Y Culpabilidad)*". En la obra colectiva: "*Ensayos para la Capacitación Penal*". Primera Edición, Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, El Salvador, 2003.

SERRANO PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón, "*Manual de Teoría Jurídica del Delito*", 1ª Edición, San Salvador, El Salvador; Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, 2003.

SOLA RECHE, ESTEBAN, Obra, "*La Llamada Tentativa Inidonea, Aspectos Básicos*". Primera Edición, Granada, España, 1996. TREJO ESCOBAR, MIGUEL ALBERTO, "Introducción a la Teoría General del Delito", Primera Edición, El Salvador, 1998.

VELÁSQUEZ V. FERNANDO, *“Derecho Penal”*. Parte General. Tercera edición. Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá. Colombia, 1997. ZIFFER, PATRICIA S. *“Consideraciones acerca de la Problemática de la Individualización de la Pena”*, en la obra colectiva *“La Determinación de la Pena, Barcelona, España”*, 2001.

#### **LEGISLACION NACIONAL.**

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR, D.C. No. 38, del 15 de diciembre de 1983, D.O. No. 234, Tomo 281, publicado el 16 de diciembre de 1983.

CODIGO PENAL, Decreto Legislativo n°1030 del 26 de abril 1997, Diario Oficial n°105, Tomo 335 publicado el 10 de junio de 1997.

CODIGO PENAL, Publicado en el D.O. n° 63, tomo n° 238 del 30 de Marzo de 1973. Vigente a partir del 15 de junio de 1973. El Salvador. (Actualmente Derogado).

DECRETO LEGISLATIVO NÚMERO 280, del 8 de febrero de dos mil uno, publicado en el diario oficial con fecha trece de febrero de dos mil uno, numero treinta y dos, tomo trescientos cincuenta.

DECRETO LEGISLATIVO NÚMERO 280, del 8 de febrero de dos mil uno, publicado en el diario oficial con fecha trece de febrero de dos mil uno, numero treinta y dos, tomo trescientos cincuenta. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL CÓDIGO PENAL DE 1998, fechados San Salvador, 25 de mayo de 1994.



FISCALÍA GENERAL DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR. Política de Persecución Penal, FGR, San Salvador a los diez días del mes de Agosto del dos mil diez. D.O. No. 216, Tomo No. 389, del 18 de noviembre de 2010.

RECOPILACIÓN DE LAS LEYES DEL SALVADOR EN CENTRO AMÉRICA, FORMADA POR EL PRESBITERO, DOCTOR Y LICENCIADO DON ISIDRO MENÉNDEZ, a virtud de la Comisión del Sr. Presidente Don José María San Martín. Imprenta de L. Luna, Plazuela de Sagrario, Guatemala, 1855, Pág. 386, libro V- Titulo 16 Tomo 1°.

### **JURISPRUDENCIA NACIONAL.**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE LO CONSTITUCIONAL, “Sentencia de Inconstitucionalidad de los Arts. 2 Inc. 2° y 4°, 4, 6, 12, 14 Inc. 1°, 15 y 22 de la Ley Transitoria de Emergencia contra la Delincuencia y el Crimen Organizado”. Publicaciones Especiales N° 23 de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, El Salvador, 1997.

TRIBUNAL TERCERO DE SENTENCIA: SAN SALVADOR, Resolución 0103-16-2003, dictada a las ocho horas del día treinta de abril de dos mil tres. Vista Pública dirigida por los Jueces del Tribunal Tercero de Sentencia; Licenciados: MARTIN ROGEL ZEPEDA, CARLOS ERNESTO SANCHEZ ESCOBAR y JOSE ISABEL GIL CRUZ.

Sentencia del Tribunal Segundo de Sentencia, de la Ciudad de San Miguel, de las dieciséis horas del día siete de febrero de 2014. (Buscar más sentencias).

## DICCIONARIOS

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, nueva edición actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas de las cuevas, Editorial Eleastra S.R.L, Buenos Aires, Argentina, 1993.

PINA VARA, Rafael, Diccionario de Derecho, Editorial Porrúa, México 2004.

## SITIOS WEB.

ALBERTO, Razonamiento judicial (on lin), (citado 12 Julio 2016). Disponible en la Word Wide Web: [www.teleley.com/articulos/art\\_180608-7.pdf](http://www.teleley.com/articulos/art_180608-7.pdf).

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, Sobre prueba y proceso penal [on line], [citado 18 julio 2016]. Disponible en la Word Wide Web: [www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01482529890165929650035/discusiones3/discusiones\\_05.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01482529890165929650035/discusiones3/discusiones_05.pdf).

CABEDO MALLOL, VICENTE. Los derechos del detenido, del acusado-imputado y del condenado en la Constitución Española de 1978, CC. (on line), marzo 2004, vol. 32, Núm. 1 (citado 7 Agosto 2016), pp.119-131. Disponible en la Web: [http://www.serbi.luz.edu.ve/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S079895982004003000005&lng=es&nrm=iso](http://www.serbi.luz.edu.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S079895982004003000005&lng=es&nrm=iso). ISSN 0798-9598.

GOMEZ MARTIN, Víctor. Delitos de posición y Delitos con elementos de autoría meramente tipificadores en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. núm.14 01, Barcelona, España 2012, p.01:8. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/14/recpc1401.pdf>.

IVONNE YENISSEY ROJAS, "proporcionalidad de las penas. IVONNE YENISSEY ROJAS. La proporcionalidad e las penas portal (consultado 10 agosto 2016) Disponible: en la [wed.uclm.es/.../la%20proporcionalidad%20en%20las%20penas.pdf](http://wed.uclm.es/.../la%20proporcionalidad%20en%20las%20penas.pdf)

ROLLA, GIANCARLO, La concepción de los derechos fundamentales en el constitucionalismo Latinoamericano (on line), (citado 26 Julio 2016). Disponible en la Word Wide Web: [www.costituzionale.unige.it/crdc/docs/articles/Rolla3.pdf](http://www.costituzionale.unige.it/crdc/docs/articles/Rolla3.pdf)

VILLANUEVA HARO, BENITO, El novísimo Código Procesal Penal y la restricción de derechos fundamentales /en/ Revista Internauta de Práctica Jurídica [on line], enero-junio 2006, Núm. 17([citado 2 agosto 2016).Disponible en la Word wide Web:[http://www.ripj.com/art\\_jcos/art\\_jcos/num17/num17/Procesal%20Penal%20y%20la%20Restricci\\_%20Derechos%20Fundamentales.pdf](http://www.ripj.com/art_jcos/art_jcos/num17/num17/Procesal%20Penal%20y%20la%20Restricci_%20Derechos%20Fundamentales.pdf).

**10.0 CRONOGRAMA DE ACTIVIDADES A DESARROLLAR EN EL PROCESO DE GRADUACIÓN CICLO I Y II 2016.**

Meses	Febrero 2016				Marzo 2016				Abril 2016				Mayo 2016				Junio 2016				Julio 2016				Agosto 2016				Septiembre 2016							
Semanas	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4				
<b>Actividades</b>																																				
1. Reuniones Generales con la Coordinación del Proceso de Graduación.																																				
2. Inscripción del Proceso de Graduación.																																				
3. Elaboración del Perfil de Investigación.																																				
4. Elaboración del Protocolo de Investigación.																																				
5. Entrega del Protocolo de Investigación.																																				
6. Ejecución de la Investigación.																																				
7. Tabulación, Análisis e Interpretación de los Datos.																																				
8. Redacción del Informe Final.																																				
9. Entrega del Informe Final.																																				
10. Exposición de Resultados y Defensas del Informe Final de Investigación.																																				

**Elaborado por:**

1. Br. Guevara Reyes, Luis Antonio
2. Br. Melgar González, Ada Yamileth
3. Br. Reyes Díaz, Reyna Maricruz

# ANEXOS

**ANEXO**  
**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR**  
**FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL**  
**DEPARTAMENTO DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES.**  
**PROCESO DE GRADUACIÓN**



ENTREVISTA DIRIGIDA A JUECES QUE CONOCEN EN MATERIA PENAL,  
CON COMPETENCIA EN LA ZONA ORIENTAL DE EL SALVADOR.

**TEMA: “El principio de proporcionalidad de la pena, en el delito de  
proposición y conspiración en la Zona Oriental.”**

**1.- ¿Considera usted que la pena establecida a los delitos de  
Proposición y Conspiración en los delitos comunes, violentan el  
Principio de Proporcionalidad de la Pena?**

**2.- ¿Es necesario tomar en cuenta los criterios que establece la doctrina  
para aumentar las penas?**

**3.- ¿Considera usted que al aumentar la pena en los delitos de  
Proposición y conspiración el legislador no tomó en cuenta los criterios  
que establece la doctrina?**

**4.- ¿A su criterio la proposición y la conspiración advierten algún rose Constitucional?**

**5.- ¿Una pena de prisión de larga duración vulnera la dignidad humana del penado?**

**6.- ¿En el momento de determinar la pena se toma en cuenta la readaptación y resocialización del imputado?**

**7.- ¿Es justo sancionar un delito que no pasa de los actos preparatorios con igual gravedad que el delito consumado?**

**8.- ¿Los principios son la base de todo ordenamiento jurídico por lo tanto deben ser respetados por el legislador al momento de crear las leyes?**

**9.- ¿Los jueces tienen la facultad de aplicar o no estas penas, si viola los principios del derecho penal?**

**10.- ¿Alguna recomendación o sugerencia que sobre el tema podría agregar?**

## **ANEXO**

### **DIFERENCIACIÓN DE LA PROPOSICIÓN Y CONSPIRACIÓN CON OTRAS FIGURAS JURÍDICO-PENALES.**

Aquí conviene diferenciar la Proposición y la Conspiración como instituciones Jurídico-Penales, entre si y de otras que puedan tener alguna semejanza o relación con ellas, videlicis:

La Provocación, La Incitación y La inducción, La Apología del Delito y las Amenazas e incluso la Tentativa.

Para lograr esto primeramente estudiaremos las definiciones de estas figuras y luego sus diferencias, similitudes y rasgos característicos, Por lo cual, se vuelve por demás necesario establecer claramente que tan alejadas se hallan estas figuras de una acción delictiva consumada y cuáles son las diferenciales puntuales que guardan con respecto de las ya apuntadas figuras; para ello, se trata de sintetizar los rasgos diferenciadores, característicos de cada una de estas figuras en el siguiente cuadro resumen de este apartado (en el cual se exponen además las semejanzas), con lo que se realiza una diferenciación puntual de las mismas.



**CUADRO RESUMEN DE LAS DIFERENCIAS DE LA PROPOSICIÓN Y CONSPIRACIÓN Y OTRAS FIGURAS JURÍDICO-PENALES:**

<b>Proposición</b>	<b>Conspiración</b>	<b>Provocación</b>	<b>Incitación</b>	<b>Inducción</b>	<b>Apología</b>	<b>Amenaza</b>	<b>Tentativa</b>
<p>Hay proposición “cuando, habiendo previa resolución, se expone a otro u otros concretamente el delito que se ha decidido cometer, invitando y esperando cooperación y ayuda” Requiere: a) La resolución manifestada por el provocador para cometer un delito determinado. b) Solicitud expresa a persona o personas determinadas para que ejecuten el delito. c) La conducta tiene que ser dolosa. d) La no ejecución del delito, por cuanto si se inicia la ejecución, la Proposición es absorbida por la tentativa o el delito perfecto en su caso.</p>	<p>Hay Conspiración “cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo” Requiere: a) Concierto de dos o más personas determinadas para cometer un delito cierto y determinado. b) Resolución de ejecutar el delito determinado. c) La conducta tiene que ser dolosa. d) No debe mediar inicio de la ejecución del delito, porque si este ocurre absorbe a la Conspiración.</p>	<p>Consiste la provocación en la proposición para cometer un delito inclinándolo a su cometimiento mediante estímulos diversos a fin de mover el intelecto y la voluntad. Lo específico de la provocación consiste en los estímulos que el provocador pone en juego con el objeto de lograr lo que de inmediato persigue, cual es la aceptación intelectual y la voluntad de la persona o personas a quienes se provoca.</p>	<p>Consiste en la provocación misma mediante la cual se ha logrado ya mover el intelecto y la voluntad de una o varias personas, quien o quienes en principio aceptan la idea de delinquir aun cuando lo anterior no suponga una inmediata resolución por parte del incitado.</p>	<p>La inducción consiste en instigar a otro, determinando en su intelecto y voluntad hacia la ejecución de un delito, o sea, logrando la definitiva resolución de éste para cometer el acto delictivo.</p>	<p>Consiste en el elogio del delito como acto legítimo o de normal conducta y aún, como conveniente o justificable, lo cual se hace con el objeto de que se delinca o bien de de alabar o justificar a quien delinquiró.</p>	<p>Consisten las amenazas en la conminación de un mal delictivo que una persona hace a otra u otras, con plena conciencia del contenido de las mismas.</p>	<p>Consiste en la ejecución de todos los actos que habrían sido por su naturaleza suficientes para producir el resultado dañoso propio del delito, pero que sin embargo no lo producen por causas o accidentes independientes de la voluntad del agente. Se caracteriza: a) Son actos exteriores que pretenden modificar la realidad; b) Implican actos unívocos encaminados al delito son un principio de ejecución del acto o actos propios del delito; y, c) Si se da una interrupción y paro en la ejecución del acto por causas ajenas a la voluntad del agente, y como consecuencia, no producción del resultado dañoso que aquel acto debía</p>

producir, es decir, se da la tentativa; o, bien puede lograrse el fin y por tanto darse el delito perfecto o consumado.							
a. Se realiza una manifestación externa netamente ideológica de la voluntad de delinquir a un "tercero", es individual.		a. Se da una manifestación del propósito criminal en busca de un acuerdo con otras personas para delinquir, es colectiva.		a. Existe una manifestación de una idea criminal a otra(s) persona(s). Para que delincan.		a. Se da una manifestación de un pensamiento acerca de una conducta Criminal.	
a. Se realiza una manifestación externa ideológica de la voluntad a futuro de delinquir al sujeto pasivo o posible víctima.		a. Se realizan actos manifiestos directos y apropiados; por ende objetivos, de carácter inequívoco, que permitan consumir la voluntad criminal, pero no se logra por causas externas al agente; la acción va dirigida directamente sobre la víctima.					
b. El ánimo del sujeto es lograr ayuda para consumar el plan delictivo que ha concebido.	b. El ánimo es el de realizar la acción delictual conjuntamente entre los conspiradores.	b. Lo que se busca es que el sujeto "provocado" realice el delito. No teniendo el Provocador intención de participar en el Delito.	b. Lo que se busca es que el sujeto "incitado" realice el delito.	b. Lo que se busca es que el sujeto "inducido" o "instigado" realice el delito.	b. Lo que se pretende es hacer creer a otro(s) que el delito es algo "bueno", o "justificado".	b. El ánimo o elemento subjetivo es el de intimidar al sujeto pasivo con la mera exteriorización de la voluntad de una posible e inminente acción delictual.	b. El ánimo del sujeto es consumir la idea criminal que concibió. Realizando actos externos.
c. La conducta se consuma con la simple propuesta sin importar que la misma sea aceptada.	c. Debe existir un concierto de las voluntades de los Conspiradores, y una resolución en firme de delinquir.	c. Debe emplearse medios idóneos para lograr mover el ánimo del tercero a delinquir.	c. Se requiere aceptación de la idea de delinquir. Pero no es necesario que se ponga en marcha, bastando la decisión manifiesta del incitado.	c. Se requiere la manifestación de la aceptación del inducido y además que se haya intentado cometer el delito al que se indujo.	c. Se requiere la publicidad de la defensa o alabanza del delito y que esta sea clara e idónea, no importa que logre o no convencer a alguien.	c. Requiere la alusión clara a una conducta constitutiva de delito viable o factible, no pudiendo ser un delito imposible el que se amenace con cometer.	c. Deben realizarse acciones directas e inequívocamente encaminadas a consumar un delito. Que pongan en peligro real, actual e inminente o lesionen un bien jurídico.
d. En El Salvador están reguladas y son punibles, únicamente en los casos expresamente establecidos, volviéndose Numerus Clausus, según lo dispone el Art. 23.	d. No son Punibles en El Salvador, pues no se encuentran reguladas en la normativa penal actualmente.	d. Está regulada como forma de autoría y participación (donde aparece con el nombre de instigación) Art. 35		d. Se halla regulado en El Salvador y constituye delitos autónomos, arts. 342 que está encaminado a los	d. En El Salvador se halla regulada como un delito autónomo en virtud de que constituye, en sí mismo, un ataque a la <b>Autonomía Personal</b>		d. Se halla regulada abiertamente (no se utiliza la figura de los Numerus Clausus, que recogen la Proposición y Conspiración y los

Código Penal. Y es punible en la forma prescrita en el Art. 65 Código Penal.		(Delitos de Rebelión y/o Sedición) y 349, el cual constituye una Cláusula Abierta (y se refiere a los Delitos Comunes) Código Penal. Teniendo una expectativa de pena de seis meses a dos años, en ambos casos y una agravación la primera figura si el sujeto activo fuere funcionario o empleado público.		(la facultad de decidir y actuar) Art. 154 y 155 (Agravación Especial) Código Penal.		Delitos culposos) siendo punible todos los "conatos" de delito de resultado, interrumpidos por causa externa al agente. Excepción a esto es el caso de las lesiones, en el que no opera; Otra excepción, es que opera en caso de violación, no obstante ser un delito de mera actividad.	
e. El sujeto activo es únicamente el PROPONENTE. Quien recibe la propuesta de aceptarla pasaría a ser CONSPIRADOR.	e. Tanto quien propone como quienes reciben son sujetos activos de la Conspiración, pero solo los que deliberen y resuelven delinquir consuman la figura.	e. El sujeto activo es el que PROVOCA o INCITA y quien recibe la provocación solo será sancionado si cede a la misma, pero en tal caso será sancionado por el Delito que realice o intente.	e. El sujeto activo es el instigador o inductor, ya que esa es la calidad en que actúa pero su penalidad estará condicionada a la conducta realizada por EL INDUCIDO O INSTIGADO. Que será la que determinara el marco penal o ámbito de fuego de su pena.	e. El sujeto activo es únicamente el que realice la defensa, alabanza, etc. del Delito.	e. El Sujeto activo es el sujeto que realiza la manifestación y quien la recibe es la víctima de allí que es en la única figura de la Fase Intermedia en que se da un contacto entre el sujeto pasivo y el Activo.	e. El sujeto activo es clara y fácilmente identificable, pues es el quien realiza la acción delictual, ya no simplemente manifestando ideas sino poniéndolas en marcha. Lo realiza con intención clara de cambiar la realidad.	
f. No existe puesta en peligro del bien jurídico, ya que se limita a manifestarse la idea criminal, en caso de darse una puesta en peligro la figura es absorbida por la TENTATIVA o el DELITO PERFECTO (o consumado) según el caso.	f. No hay Puesta en peligro del Bien Jurídico, y en caso de existir, se podría convertir en una INDUCCIÓN O INSTIGACIÓN, pues quien realiza la conducta es otro sujeto, independiente del Provocador y/o Incitador.	f. Debe existir una puesta en peligro sino la conducta es atípica, pues quedaría como PROVOCACIÓN O INCITACIÓN, y estas no se hallan reguladas en El Salvador.	f. Constituye una puesta en peligro, según la doctrina por ser un delito de mera Actividad o de Peligro Abstracto, "Delictae Malum Quia Prohibitio" que con su sola realización pone en peligro: El Sistema Constitucional, art.	f. Constituye no solo una puesta en peligro, más actual e inminente que la Apología, sino un ataque al Bien Jurídico Autonomía de la Voluntad, pues en si misma ataca la facultad de obrar libremente al intentar producir un temor a un peligro futuro,	f. Claramente, aquí solo caben dos posibilidades la efectiva lesión o la real, actual e inminente puesta en peligro de un bien jurídico. Pero esto da varias posibles respuestas de calificación jurídica: a. Si se da la lesión deseada, estamos		

<p>342; o, La Paz Pública, Art. 349. Bienes Jurídicos que son Propios del Estado.</p>	<p>sufrir un ataque delictual, personal o impersonal. Un sector de la Doctrina considera que puede si se da además un intento de realizar el delito que se AMENAZA realizar se confunde con la TENTATIVA.</p>	<p>ante un Delito Consumado, b. Si se da una lesión a un bien jurídico diferente puede hablarse de Concurso de Delitos o de otra figura Consumada. c. Frente a una puesta en Peligro, es una tentativa propiamente dicha, pero dependerá de si la causa fue externa (tentativa) o interna (desistimiento) que sea punible o no. d. Si la acción fue idónea o inidónea dependerá que sea un delito tentado o un delito imposible, por ende si amerita ser sancionado o no.</p>
<p>Punto coincidente en estas figuras es el hecho de que solo se pueden dar en relación de una figura dolosa, no pudiendo darse en un delito culposos o imprudentes.</p>		
<p>Otro aspecto en común es el hecho de que no operan respecto de faltas sino únicamente, en caso de delitos.</p>		

