

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
SEMINARIO DE GRADUACION EN CIENCIAS JURIDICAS AÑO 2011
PLAN DE ESTUDIO 1993 (reformado)



**LA POLÍTICA CRIMINAL EN EL SALVADOR Y SU EFECTIVIDAD EN
EL COMBATE CONTRA LA CRIMINALIDAD**

TRABAJO DE INVESTIGACION PARA OBTENER EL GRADO Y TITULO DE:

LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS

PRESENTA:

JONATAN MITCHEL SISCO MARTÍNEZ

DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO:

LICENCIADO: LADISLAO GILBERTO GONZÁLEZ BARAHONA

Ciudad Universitaria, Noviembre de 2011

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

INGENIERO MARIO ROBERTO NIETO LOVO
RECTOR

MAESTRA ANA MARÍA GLOWER DE ALVARADO
VICERRECTORA ACADEMICA

VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

DOCTORA ANA LETICIA DE AMAYA
SECRETARIA GENERAL

FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DOCTOR JULIO ALFREDO OLIVO GRANADINO
DECANO

LICENCIADO DONALDO SOSA PREZA
VICEDECANO

LICENCIADO ÓSCAR RIVERA MORALES
SECRETARIO

LICENCIADO LADISLAO GILBERTO GONZÁLEZ BARAHONA
DIRECTOR DE SEMINARIO DE GRADUACIÓN

DEDICATORIA

Al Creador, sin importar su nombre, por haberme prestado la sabiduría en los momentos difíciles del camino, porque sólo vi dos huellas cuando me llevabas en tus hombros.

A mi Padre, por brindarle a sus hijos el mejor ejemplo que podemos tener nosotros, la sangre de su sangre: siempre has sido un trabajador honesto, inteligente, dedicado, sincero, estricto pero a la vez cariñoso, gracias por luchar por el bien de su familia, en usted encuentro no sólo un padre sino un amigo incondicional. Gracias por los regaños.

A mi Madre, porque este título es también tu título, porque pronto serás doctora en medicina e ingeniera eléctrica. Gracias por darme tu cariño infinito y tu apoyo eterno, por bromear con tus hijos y aguantarnos bromas, por darnos consejos día a día, por consentirnos y por ser la mejor madre de todas. “Una vida ejemplar es el mejor obsequio a nuestros semejantes...gracias mamá. (Bertold Bretch: aquel de la canción de Silvio Rodríguez que ya te tiene harta)”

A la Universidad de El Salvador, por darme tu protección, por nutrirme con dedicación y con paciencia, por permitirme desarrollar mi carácter en los años de juventud, porque me acogiste a los dieciséis años y me entregas al mundo a los veintitrés, “mi mamacita chula vas a ver que linda vas a ser cuando seas libre, bien peinadita, vestidito nuevo, cachetes chapuditos, vas a ser bien hermosa, vas a ser grandota, Universidad chiquita mía”.

Jonatan Mitchel Sisco Martínez

AGRADECIMIENTOS

A la Universidad de El Salvador; porque aún con heridas de muerte te niegas a dejar a tus hijos en desamparo.

A los miembros del personal docente, administrativo y trabajadores de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales; por haber facilitado la formación científica, ética y humana de este graduando, a pesar de todas las dificultades con la que debemos enfrentar el día a día, en especial los días viernes.

Al Doctor Henry Alexander Mejía; mi maestro de Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional y Derecho Procesal Administrativo, por ser un ejemplo a seguir en la formación académica, por fomentar valores en los estudiantes y por nunca aceptar ni tolerar la mediocridad, que Dios le dé la fuerzas para continuar en la lucha constante en contra de los demonios propios y ajenos. Mi apoyo incondicional.

Al Doctor Julio Alfredo Olivo Granadino; por su colaboración en la finalización de este trabajo de graduación, con la esperanza de que en su gestión como decano sea de provecho para la Facultad y se creen las condiciones favorables para rescatar la calidad académica combatiendo la mediocridad. Porque la historia nos juzgará.

Al Licenciado Vicente Salvador Iglesias Mejía; docente de la cátedra de Investigación Social I, en el año 2005, por su valiosa colaboración como Asesor Metodológico, a pesar de no serlo, mi estima, mi aprecio y mi admiración constan en este trabajo.

A los Estudiantes de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, en especial a los estudiantes de Ciencias Jurídicas; por haberme brindado su apoyo incondicional, gracias a ustedes pude desempeñar los cargos de: síndico de la Asociación de Estudiantes de Derecho, 2007, Presidente de la Asociación de Estudiantes de Derecho, 2008-2009, Secretario del Comité de Administración de la Carrera del Personal Académico, 2007-2009, y miembro propietario de Junta Directiva de la Facultad, 2009-2011. Sin su apoyo en la Universidad no habría podido ser representante estudiantil, espero haber cumplido mis tareas dignamente.

A los miembros de la Junta Directiva de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, período 2009-2011; por su comprensión y compañerismo en el desempeño de las funciones inherentes al “órgano colegiado de mayor jerarquía administrativa a nivel de la Facultad, responsable de las funciones administrativas, financieras, académicas, técnicas y disciplinarias de la misma”.

A los lectores; por consultar nuestro trabajo el cual esperamos les sea de utilidad académica, porque ha sido elaborado pensando en vosotros.

Jonatan Mitchel Sisco Martínez

ÍNDICE

ABREVIATURAS UTILIZADAS	I
INTRODUCCIÓN.....	II
CAPÍTULO UNO.....	1
CONSIDERACIONES TEÓRICAS SOBRE LA POLÍTICA CRIMINAL.....	1
1.1-Definición de Política Criminal	1
1.2.-Contenido de la Política Criminal	9
1.2.1.-Decisiones Políticas	9
1.2.2.-Sistemas Penales	10
1.2.3.-Mecanismos no Represivos de Control.....	15
1.2.4.-Finalidad de la Política Criminal	20
1.3.-Política Criminal del Estado Salvadoreño: período 1998-2009.....	22
1.4.-Planteamientos Político Criminales de la Plataforma de Gobierno del FMLN.....	28
1.4.1.-Valoración sobre los planteamientos Político-Criminales de la Plataforma de Gobierno del FMLN	32
1.5.-Planteamientos Político Criminales del Plan Quinquenal de Desarrollo	35
1.5.1.-Objetivos	36
1.5.2.-Acciones Concretas.....	38
1.5.3.-Valoraciones sobre los planteamientos Político-Criminales del Plan Quinquenal de Desarrollo 2009-2014.....	40
1.6.-Política Criminal del Estado Salvadoreño: período 2009-2011.....	41
CAPÍTULO DOS	46
SISTEMA PENAL SALVADOREÑO	46
2.1.-El Sistema Penal Salvadoreño. Definición.....	46

2.2.-El Programa Penal de la Constitución de la República de 1983	49
2.3.-La Reforma Penal de 1998.....	52
2.3.1.-Código Penal de 1974 como antecedente de la Reforma Penal	53
2.3.2.-Código Procesal Penal de 1974 como antecedente de la Reforma Penal	62
2.4.-El Código Penal que entró en vigencia en 1998	65
2.5.-El Código Procesal Penal que entró en vigencia en 1998	68
2.6.-La Ley Penitenciaria	75
2.7.-La Ley Penal Juvenil.....	81
2.8.-La Contrarreforma Penal.....	84
2.8.1.-Exposición de las reformas realizadas al Código Penal desde 1997 hasta 2011.....	84
2.8.2.-Valoraciones Político-Criminales sobre las reformas realizadas al Código Penal desde 1997 hasta 2011	104
2.8.3.-Exposición de las Reformas realizadas al Código Procesal Penal desde 1998 hasta 2010.....	128
2.8.4.-Valoración Político-Criminal sobre las Reformas realizadas al Código Procesal Penal desde 1998 hasta 2010	136
2.9.-El Sistema Penal Salvadoreño después de la Contrarreforma Penal.....	142
2.9.1.-La Teoría del Delito después de la Contrarreforma penal	142
2.9.2.-El Proceso Penal después de la Contrarreforma penal.....	152
2.9.3.-Análisis sobre el Código Procesal Penal que entró en vigencia en 2011	156
2.10.-Caracterización del Sistema Penal Salvadoreño en el año 2011.....	172
CAPÍTULO TRES	181
EL SISTEMA PENITENCIARIO	
COMO PARTE INTEGRANTE DEL SISTEMA PENAL.....	181
3.1.-Programa Penal de la Constitución en atención a la Ejecución de Penas y Medidas	181
3.1.1.-Las propuestas para restaurar la pena de muerte. Consideraciones político-criminales sobre la pena de muerte.	185
3.2.-Fundamentos de las Penas y Medidas de Seguridad	191

3.3.-Consideraciones sobre las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad	198
3.4.-Estructura del Sistema Penitenciario Salvadoreño	200
3.4.1.-Instituciones públicas competentes en materia de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad	201
3.4.2.-El Sistema Penitenciario en El Salvador	206
3.4.3.-Clasificación de los Centros Penitenciarios	218
3.4.4.-Valoraciones sobre las decisiones político-criminales que inciden en la estructura del Sistema Penitenciario	222
3.5.-El estado de las prisiones en El Salvador	229
3.6.-Análisis político-criminal sobre la efectividad de la pena en la lucha contra la criminalidad en El Salvador	238
3.7.-Consideraciones Político-Criminales sobre las alternativas a las pena de prisión	244
3.8.-Consideraciones sobre la Política Criminal Preventiva	248
3.9.-La Responsabilidad de las instituciones públicas	251
3.10.-La Política de transformación social e institucional como propuesta de Política Criminal	256
CAPÍTULO CUATRO	276
SÍNTESIS DE LA INVESTIGACIÓN DE CAMPO	276
4.1.-Problema e Hipótesis	276
4.2.-Métodos y Técnicas usadas	277
4.3.-Procesamiento de la Información Obtenida	279
4.3.1.-Entrevista a funcionario del DEPLA	280
4.3.2.-Entrevista realizada al funcionario de la FGR	282
4.4.-Comprobación de las Hipótesis	289
4.4.1.-Hipótesis Específicas	290
4.4.2.-Hipótesis General	298
CAPÍTULO CINCO	305

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	305
5.1.-Conclusiones Teóricas	305
5.2.-Conclusiones Prácticas	314
5.3.-Recomendaciones	317
5.3.1.-A la Asamblea Legislativa	318
5.3.2.-A la Corte Suprema de Justicia	319
5.3.3.-Al Órgano Ejecutivo	320
5.3.4.-A la Sociedad Salvadoreña	321
BIBLIOGRAFÍA.....	322
ÍNDICES COMPLEMENTARIOS.....	328
ANEXOS.....	333

ABREVIATURAS UTILIZADAS

Art.....	Artículo
CADH.....	Convención Americana de Derechos Humanos
CIDH.....	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Corte-IDH.....	Corte Interamericana de Derechos Humanos
C.P. / C.Pn.....	Código Penal Salvadoreño
C.P.P.....	Código Procesal Penal Salvadoreño
C.P.E.....	Código Penal Español
Cn.....	Constitución de la República de El Salvador
CNJ.....	Consejo Nacional de la Judicatura
CSJ.....	Corte Suprema de Justicia
DEPLA.....	Departamento de Prueba y Libertad Asistida
DGP.....	Dirección General de Centros Penales
FGR.....	Fiscalía General de la República
JVPEN.....	Juez de Vigilancia Penitenciaria
L. Pen.....	Ley Penitenciaria
PNC.....	Policía Nacional Civil
REF.....	Referencia
StG.....	Strafgesetzbuch (Código Penal Alemán)
UES.....	Universidad de El Salvador

INTRODUCCIÓN

Desde la época científica del Derecho Penal los estudiosos del Derecho Penal han desarrollado debates que han servido como inspiración para el desarrollo de la ley penal. Los debates se han enfocado en diferentes temas según la época de que se trate.

En el siglo XXI, en el ínterin de las guerras mundiales, la dogmática penal experimenta un desarrollo inusitado con la inclusión de postulados finalistas a las teorías Causalistas que inspiraron al Derecho Penal desde la época de las Escuelas Penales Italianas. Finalizando con la introducción del Finalismo en la Teoría del Delito, con las teorías del dominio del hecho, de la imputación objetiva y de los delitos culposos. Se alcanza cierto consenso sobre temas tan importantes como los elementos del delito, la acción, la relación causal y el resultado como elementos del tipo penal y el Principio de Culpabilidad.

Luego de la segunda guerra mundial se desarrolla el principio de lesividad del bien jurídico, como consecuencia de la antijuricidad material, como límites al *ius puniendi*. Esto ocurre como rechazo a los excesos cometidos y fundamentados en el Derecho Penal Nacional-Socialista, iniciándose la época del Derecho Penal Liberal, como límite del ejercicio del poder de castigar del Estado pero también como Garantías de los ciudadanos en la persecución del delito, caracterizándose por la incolumidad del ser humano en relación a la coerción penal. Se diseñan en España lineamientos generales sobre el Estado Social y Democrático de Derecho, en el cual el Derecho Penal debe responder a los lineamientos democráticos contenidos en las Constituciones.

Es en este contexto en el que los doctrinarios vuelven la mirada hacia la Política Criminal, preocupándose por temas como la Función del Derecho Penal, los Fines de la Pena, la relación entre Política Criminal y Derecho Penal, el balance entre los Derechos Fundamentales y la efectividad en la persecución del delito, el Derecho Penal Simbólico, entre otros temas. Con los aportes de penalistas alemanes se reconoce de manera indudable la relación existente entre Derecho Penal y Política

Criminal. Doctrinarios españoles han traducido obras del alemán al castellano posibilitando que dichos planteamientos influyan en las reformas penales llevadas a cabo en Latinoamérica en las últimas décadas, incluyendo a nuestro país en dicho desarrollo legislativo.

A pesar de ello en nuestro país ha existido poco desarrollo doctrinario en materia de Política Criminal. Este hecho ha dificultado nuestra empresa pero al mismo tiempo ha servido de estímulo para realizar una investigación jurídica seria sobre la Política Criminal en El Salvador y su efectividad en el combate contra la criminalidad. Entre otras razones consideramos que los altos índices de criminalidad deben llamar la atención de los diversos sectores de la sociedad, incluyendo a la Academia, por lo cual quisimos brindar nuestro pequeño aporte para la solución de un problema que afecta a la población en El Salvador. El hilo conductor de nuestra investigación es la hipótesis según la cual el Estado de El Salvador no ha diseñado una Política Criminal que responda tanto a razones de efectividad en la lucha contra el crimen como a los postulados del Programa Penal de la Constitución, el cual condiciona la persecución del delito al respeto irrestricto de los Derechos Fundamentales.

La Política Criminal en nuestra opinión es una Ciencia Social, como parte integrante de la Política. Sin perjuicio de lo anterior nuestro abordaje lo realizamos en base a los métodos de las Ciencias Jurídicas, especialmente desde postulados de ciencias como el Derecho Penal, el Derecho Procesal Penal y el Derecho de Ejecución de Penas y Medidas, es decir que nuestro trabajo es producto de una investigación jurídica que tiene como objetivo exponer las decisiones políticas que configuran y fundamentan a nuestro sistema penal, las que lo han modificado y finalmente las decisiones que deberían tomarse para que la Política Criminal sea acorde con el Programa Penal de la Constitución de la República.

Los obstáculos que encontramos en la ejecución de nuestro Seminario de Graduación podemos citar la falta de bibliografía sobre el tema, la falta de publicidad de los decretos legislativos que contienen las reformas de los Códigos Penal y Procesal Penal, así como la falta de transparencia de la Administración Pública. A

pesar de los obstáculos, y teniendo en cuenta que esta es una obra realizada por humanos por lo cual siempre encontraremos errores que deben ser superados, hemos tratado de realizar nuestro mejor esfuerzo y estamos satisfechos con el producto obtenido, que quisiéramos que fuera un pequeño aporte tanto a estudiosos del Derecho como a Funcionarios Públicos, personal docente y público en general.

Es necesario aclarar que en el desarrollo de nuestra obra el lector encontrará numerosas citas al pie los cuales podrían obstaculizar la lectura o hacer de ella un proceso compendioso, lo cual se justifica debido a que se ha tratado de evitar el uso de citas con motivos únicamente bibliográficos y se ha pretendido que su uso sea con motivos explicativos, en algunos casos se ha incluido de manera íntegra los textos en otros idiomas que hemos traducido, para que puedan ser consultados en su idioma original y que nuestra traducción pueda ser perfeccionada. Reconocemos que el uso puede ser excesivo pero consideramos necesaria esta inconveniencia tanto para evitar el plagio como para fundamentar nuestra posición y exponer las razones doctrinarias de manera fidedigna, es decir del puño y letra de los autores respectivos.

Se ha dispuesto dividir nuestra investigación en tres capítulos de contenido, a lo cual se suma un capítulo en el que se expone la síntesis de la investigación en relación al sistema de hipótesis, y finalmente el capítulo que contiene las conclusiones y recomendaciones pertinentes. En el primer capítulo de contenido se brinda el marco teórico, en el segundo se analiza la teoría del delito y el proceso penal en El Salvador y en el tercero se analiza el sistema penitenciario y se hacen breves consideraciones sobre las instituciones públicas.

De esta forma nos dispusimos a realizar en el capítulo uno las consideraciones doctrinarias que servirían de base para abordar la temática en su extensión global, estableciendo el marco doctrinario, realizando un breve análisis histórico de las decisiones político-criminales desde 2004 hasta 2009, puntualizando las propuestas desde 2009 sobre el tratamiento de la criminalidad, desde el programa electoral del partido que ganó las elecciones presidenciales, el Plan Quinquenal de Desarrollo 2009-2014, hasta las decisiones político-criminales desde 2009 hasta 2011.

Lo anterior nos permitió realizar un análisis con mayor detenimiento sobre el sistema penal salvadoreño, en el capítulo dos, iniciando con las bases doctrinarias del sistema penal, brindando una perspectiva sobre el programa penal de la constitución de 1983 y contrastando la legislación secundaria con los postulados constitucionales, continuamos con el análisis de la reforma penal de 1998, analizando el proceso de contrarreforma realizado desde 1998 y detallando el *status quo* del sistema penal en la actualidad.

Consideramos especialmente importante analizar al sistema penitenciario en el capítulo tres, realizando un análisis doctrinario sobre las teorías que explican los fines de la pena, la regulación constitucional de estos y el cotejo entre la realidad normativa y la realidad fáctica. Finalizando nuestro trabajo con el análisis sobre los medios no represivos de control de la criminalidad y algunas consideraciones sobre la institucionalidad en el salvador. Finalizamos el tercer capítulo con la propuesta de una Política Criminal que hemos denominado política de transformación social e institucional.

Las conclusiones se han dividido en teóricas y prácticas, en atención al carácter más o menos abstracto de las mismas y finalizamos nuestro estudio con las recomendaciones, tanto a los órganos fundamentales de gobierno como a la Sociedad en general.

Hemos tratado de realizar nuestra investigación de la manera más comprensible que hemos podido, para que este estudio sea útil a la población en general, a pesar de ello la naturaleza misma del tema en cuestión nos ha obligado a recurrir a conceptos abstractos en algunas ocasiones, ante este hecho ineludible sólo hemos de hacer la siguiente observación, realizada por el ilustre alemán en el siglo XIX:

“Nada puedo contra ese inconveniente, sin embargo, salvo advertir y prevenir acerca de él a los lectores que buscan la verdad. En la ciencia no hay caminos reales, y sólo tendrán esperanzas de acceder a sus cumbres luminosas aquellos que no teman fatigarse al escalar por senderos escarpados. Reciba usted, estimado ciudadano, las seguridades de mi devoto aprecio.” K.M. Londres, 18 de marzo de 1872. Al ciudadano Maurice Lachâtre (Prólogo a la Edición Francesa de *Das Kapital*).

CAPÍTULO UNO

CONSIDERACIONES TEÓRICAS SOBRE LA POLÍTICA CRIMINAL

SUMARIO

1.1.-Definición de Política Criminal. 1.2.-Contenido de la Política Criminal. 1.2.1.-Decisiones Políticas. 1.2.2.-Sistemas Penales. 1.2.3.-Mecanismos no Represivos de Control. 1.2.4.-Finalidad de la Política Criminal. 1.3.-Política Criminal del Estado Salvadoreño: período 1998-2009. 1.4.-Planteamientos Político Criminales de la Plataforma de Gobierno del FMLN. 1.4.1.-Valoración sobre los planteamientos Político Criminales de la Plataforma de gobierno del FMLN. 1.5.-Planteamientos Político Criminales del Plan Quinquenal de Desarrollo. 1.5.1.-Objetivos. 1.5.2.-Acciones Concretas. 1.5.3.-Valoraciones sobre los planteamientos Político Criminales del Plan Quinquenal de Desarrollo 2009-2014. 1.6.-Política Criminal del Estado Salvadoreño: período 2009-2011.

1.1-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*”.¹

¹ BARATTA, Alessandro, *Criminología y Sistema Penal: Compilación In Memoriam*, Editorial B de F, Buenos Aires, Argentina, 2004. 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 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”.

Definiéndola en sentido amplio “*como política de transformación social e institucional*”, esta definición la realiza para diferenciar la Política Penal de la Política Criminal.²

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”³.

² BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal: Introducción a la Sociología Jurídica Penal*, 1ª Edición, 1ª Reimpresión, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, Argentina, 2004. 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".

³ Obra Citada, BARATTA, Alessandro, *Criminología y Sistema Penal: Compilación In Memoriam*, Pág. 328. “El principio general de prevención ofrece una indicación política fundamental para una estrategia alternativa de control social. Se trata, esencialmente, de desplazar, cada vez más, el énfasis puesto en las formas de control represivo hacia formas de control preventivo. Las primeras responden a las expresiones individuales de los conflictos manifestados por acciones definidas como desviadas; las segundas atienden a las situaciones complejas en las cuales los conflictos se producen. En este sentido, 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 sistema penal no es apto para proporcionar las defensas más eficaces de los derechos humanos, por el hecho de que su intervención está estructuralmente limitada a la formulación de respuestas sintomáticas a los conflictos, es decir, a

El criminólogo Holandés Louk HULSMAN nos da una definición más precisa sobre el concepto que será la base de nuestra investigación científica:

“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".⁴

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:

una respuesta a los conflictos en el lugar y en el momento en que éstos se manifiestan dentro del sistema social.”

⁴ HULSMAN, Louk, AA. VV., *Criminología Crítica y Control Social*. Vol. 1: *El Poder Punitivo del Estado*, Editorial Juris, Rosario, Argentina. 1993. 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".

“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”⁵

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”.⁶

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

⁵ BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal y El Estado de Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile. 2005. 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”

⁶ SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino Tomo I*. Actualizado por Guillermo J. Fierro. Tipográfica Editora Argentina. 5ª Edición Parte General, 4ª Edición Parte Especial, 10ª Reimpresión Total. 1992. 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 Derecho⁷”.

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 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.”⁸

⁷ ROXIN, Claus, *La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*, Tirant Lo Blanc, Valencia, 2000. 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.”⁷

⁸ ROXIN, Claus, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I: Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, Civitas, Madrid, 1997. Pág. 192.

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.”⁹

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 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

⁹ Ibídem. 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.”

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.”¹⁰

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.

¹⁰ BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Editorial Ad-Hoc, Segunda Edición, Buenos Aires, 1999. 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.”

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.

1.2.-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.

1.2.1.-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.¹¹

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.

1.2.2.-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.

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

¹¹ BINDER, Óp. Cit., 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.”

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.).”¹²

¹² BUSTOS RAMÍREZ, Juan, et. al., *Lecciones de Derecho Penal. Vol. I.*, Editorial Trotta, Madrid. 1999. 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

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 comunes¹³, 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.

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

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”

¹³ La pena de muerte está prohibida por la Constitución de la República, únicamente se permite la pena de muerte durante el estado de guerra internacional para los delitos de Traición, artículo 54 del Código de Justicia Militar, Espionaje, artículo 64 del Código de Justicia Militar, Rebelión, artículo 76 del Código de Justicia Militar, Complot de Deserción, artículo 140 relacionado con el artículo 135 del Código de Justicia Militar. D. L. N° 562 de fecha 05 de mayo de 1964. D. O. N° 97, Tomo 203 de fecha 29 de mayo de 1964.

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.¹⁴

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.¹⁵

¹⁴ 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 anejas 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 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.”

¹⁵ 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

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 Judicial¹⁶, como alternativas a la Pena, es decir a los que ya fueron juzgados y condenados.

1.2.3.-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 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.

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.

¹⁶ 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.

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.¹⁷”

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

¹⁷ PASTOR, Disraely Omar, *Constitución y Política Criminal*, Revista Derecho. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador. Época VI N° 1. Año 2006. 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: 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.”

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.¹⁸

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 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"¹⁹.

Según BUSTOS RAMÍREZ:

¹⁸ 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.

¹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *En Busca de las Penas Perdidas: deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, 2ª Reimpresión, EDIAR, Buenos Aires, 1998. 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".

“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”²⁰.

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”.²¹

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.

1.2.4.-Finalidad de la Política Criminal

Alessandro BARATTA hace una distinción entre las diferentes finalidades de la Política Criminal, asignándole diferentes niveles a dicha finalidad:

²⁰ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, et. al., *Lecciones de Derecho Penal. Vol. II.*, Editorial Trotta, Madrid. 1999. 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”.

²¹ HASSEMER, Winfried, *Derecho Penal Simbólico y Protección de Bienes Jurídicos*, en BUSTOS RAMÍREZ, et. al., *Pena y Estado. Función Simbólica de la Pena.*, Editorial Jurídica Cono Sur Ltda. Santiago de Chile, 1995. Pág. 36. “El Derecho penal simbólico se 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”

“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.”²²

En nuestra opinión, en El Salvador la Política Criminal únicamente puede tener una finalidad “etiológica 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

²² Óp. Cit., BARATTA, Alessandro, *Criminología y Sistema Penal. In Memoriam*, 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, 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”.

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.”²³

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.

1.3.-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.

²³ Óp. Cit. BINDER, Alberto M., *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Pág. 39.

En el año de 1998 sucede un hecho importante en materia penal, se lleva a cabo la Reforma Penal tras algunos intentos fallidos²⁴, 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.²⁵

Esta reforma penal se planteó como un avance de un sistema penal influenciado por el Causalismo²⁶ y el Positivismo²⁷, diseñado e implementado en época de dictadura militar, hacia un sistema penal democrático, acorde con el programa penal de la Constitución de la República.²⁸

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:

²⁴ El 4 de diciembre de 1996 se aprueba el Decreto Legislativo N° 904 que contiene el Código Procesal Penal publicado en el D. O. N° 11, Tomo 334, de fecha del 20 de enero de 1997, pero entró en vigencia el día veinte de abril de 1998, lo mismo ocurre con el Código Penal que fue aprobado mediante el D. L. N° 205m de fecha 8 de enero de 1998, publicado en el D. O. N° 5, Tomo 338 del 9 de enero de 1998. Esto debido a que no existía la infraestructura ni el personal capacitado para llevar a cabo los juicios orales. Por lo cual se tuvo que crear la Ley Transitoria para regular la tramitación de los Procesos Penales iniciados antes del veinte de abril de mil novecientos noventa y ocho, D. L. N° 197, de fecha 20 de noviembre de 2003 publicado en el D. O. N° 361 de fecha 12 de diciembre de 2003.

²⁵ 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.

²⁶ 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.

²⁷ 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.

²⁸ 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.

“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 1996²⁹; 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, 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”.³⁰

Pero la misma no pudo implementarse debido a que en el mismo año de 1998 se reformó el código penal en 6 ocasiones³¹, en el año de 1999 se

²⁹ Refiriéndose al Código que entró en vigencia en 1998.

³⁰ 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.

³¹ 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.

reforma en 4 ocasiones más³², 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 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.³³

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 Antimaras³⁴”, 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

³² 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°.

³³ 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”.

³⁴Decreto 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.

declarados inconstitucionales por conexión, en relación con la violación al derecho de igualdad, verificada en los artículos 1 y 3 LAM.³⁵

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 Terrorismo³⁶, la Ley contra el Crimen Organizado y Delitos de Realización Compleja³⁷, Ley Especial para la Protección de Víctimas y Testigos³⁸ y finalmente se promulgó un nuevo Código Procesal Penal³⁹, que todavía no ha entrado en vigencia.

La Ley Penal Juvenil fue reformada⁴⁰ básicamente para aumentar la duración de las medidas de seguridad impuestas a los menores⁴¹, pues

³⁵ 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.

³⁶ 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.

³⁷ 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.

³⁸ 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.

³⁹ 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.

⁴⁰ 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.

⁴¹ 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 incurrir 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

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.

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.”⁴²

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.

⁴² 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

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”.

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.

1.4.-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

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.”

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

destructivas.⁴³ 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 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.⁴⁴

⁴³ 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.”

⁴⁴ 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”.

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 calificado⁴⁵, en otros por falta de políticas en materia de investigación⁴⁶ y en otros por falta de tecnología.

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.”

⁴⁵ 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, Disponible en internet: http://www.elsalvador.com/mwedh/nota/nota_completa.asp?idCat=6358&idArt=5437905 título: FGR no hizo prueba para determinar quién disparó.

⁴⁶ 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.

-“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.”⁴⁷

-“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.”⁴⁸

1.4.1.-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 misma⁴⁹, el respeto de los derechos

⁴⁷ 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.

⁴⁸ 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 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.”.

⁴⁹ 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.”

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 2011⁵⁰, 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 mencionan propuestas sobre cómo afrontar el problema del hacinamiento en los Centros Penitenciarios⁵¹, 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).

⁵⁰ 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.

⁵¹ “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. Disponible en internet: <http://www.cidh.org/Comunicados/Spanish/2010/104a-10sp.htm>

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 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

año 2007”.⁵² 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.

1.5.-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 que se pretende luchar contra la criminalidad en nuestro país, desde el Órgano Ejecutivo, aún cuando este documento no sea un documento académico, y a pesar que no esté totalmente finalizado⁵³, 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”*⁵⁴.

⁵² Plan de Gobierno, página 86.

⁵³ “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.

⁵⁴ “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

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.

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.

1.5.1.-Objetivos ⁵⁵

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

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.

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;

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

fortalecer la relación entre las instituciones responsables del sector justicia y seguridad.”⁵⁶

1.5.2.-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.
- 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.

⁵⁶ Plan Quinquenal de Desarrollo, 2009-2014. Pág. 120.

(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.

1.5.3.-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.

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.

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

de 2010⁵⁷, dicha reforma comprende los artículos 29 numeral 20)⁵⁸ y el artículo 345 inciso tercero⁵⁹ relativo a menores de edad. Otras leyes penales tampoco fueron modificadas significativamente, la Ley Contra El Lavado De Dinero y de Activos⁶⁰ no se reforma, únicamente se reformó en 2006⁶¹, Ley Contra El Crimen Organizado Y Delitos De Realización Compleja tampoco es reformada, únicamente se reformó en 2007⁶², la Ley Reguladora de Las Actividades Relativas a Las Drogas tampoco es reformada, fue reformada por última vez en 2006⁶³.

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 Similares⁶⁴, 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 Criminal⁶⁵ constituye el único cambio significativo en la legislación penal de carácter material desde junio

⁵⁷ 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.

⁵⁸ 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”.

⁵⁹ 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.

⁶⁰ D. L. N° 498, de fecha 02 de diciembre de 1998. D.O. N° 240, Tomo 341, de fecha 23 de diciembre de 1998.

⁶¹ D.L. N° 1033, del 26 de abril de 2006, publicado en el D.O. N° 95, Tomo 371, del 25 de Mayo de 2006.

⁶² Decreto Legislativo No. 242 de fecha 15 de febrero de 2007, publicado en el Diario Oficial No. 31, Tomo 374 de fecha 15 de febrero de 2007.

⁶³ D.L. N° 1032, del 26 de abril del 2006, publicado en el D.O. N° 95, Tomo 371, del 25 de mayo del 2006.

⁶⁴ Decreto Legislativo N°: 655 de fecha: 01/07/1999, publicado en el Diario Oficial N° 139, Tomo: 344 de fecha 26/07/1999.

⁶⁵ Decreto Legislativo N° 458, de fecha 1/09/2010, publicado en el D. O. N° 169, Tomo 388 de fecha 10/09/2010.

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 penas⁶⁶, 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.

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.”

⁶⁶ 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.”

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 penal⁶⁷, los medios de prueba⁶⁸, el régimen de la acción penal⁶⁹ 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.

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

⁶⁷ 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.

⁶⁸ 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.

⁶⁹ 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.

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.

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.

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.

CAPÍTULO DOS

SISTEMA PENAL SALVADOREÑO

SUMARIO

2.1.-El Sistema Penal Salvadoreño. Definición. 2.2.-El Programa Penal de la Constitución de la República de 1983. 2.3.-La Reforma Penal de 1998. 2.3.1.-Código Penal de 1974 como antecedente de la Reforma Penal. 2.3.2.-Código Procesal Penal de 1974 como antecedente de la Reforma Penal. 2.4.-El Código Penal que entró en vigencia en 1998. 2.5.-El Código Procesal Penal que entró en vigencia en 1998. 2.6.-La Ley Penitenciaria. 2.7.-La Ley Penal Juvenil. 2.8.-La Contrarreforma Penal. 2.8.1.-Exposición de las reformas realizadas al Código Penal desde 1997 hasta 2011. 2.8.2.-Valoraciones Político Criminales sobre las reformas realizadas al Código Penal desde 1997 hasta 2011. 2.8.3.-Exposición de las Reformas realizadas al Código Procesal Penal desde 1998 hasta 2010. 2.8.4.-Valoración Político Criminal sobre las Reformas realizadas al Código Procesal Penal desde 1998 hasta 2010. 2.9.-El Sistema Penal Salvadoreño después de la Contrarreforma Penal. 2.9.1.-La Teoría del Delito después de la Contrarreforma penal. 2.9.2.-El Proceso Penal después de la Contrarreforma penal. 2.9.3.-Análisis sobre el Código Procesal Penal que entró en vigencia en 2011. 2.10.-Caracterización del Sistema Penal Salvadoreño en el año 2011. 2.4.1.-La Teoría del Delito después de la Contrarreforma Penal. 2.4.2.-El Proceso Penal después de la Contrarreforma Penal. 2.4.3.-Análisis sobre el código Procesal Penal. 2.5.-Caracterización del Sistema Penal Salvadoreño en el año 2011.

2.1.-El Sistema Penal Salvadoreño. Definición

Luego de haber estudiado las generalidades sobre la Política Criminal, los postulados político criminales desde 2003 hasta la actualidad, y finalmente los postulados de las actuales autoridades del Órgano Ejecutivo, nos disponemos a analizar al Sistema Penal Salvadoreño para lo cual iniciamos definiendo al mismo.

Según la opinión del jurista argentino Alberto BINDER: “‘Sistema Penal’ o ‘Sistema de Justicia Penal’ (...) es el conjunto de instituciones vinculadas con el ejercicio de la coerción penal y el castigo estatal”.⁷⁰ Esta definición explica

⁷⁰ Óp. Cit., BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Pág. 41. “Este curso se funda, precisamente, en la perspectiva opuesta: destacaremos, en todo momento, la estrecha relación que existe entre el Derecho penal y el Derecho procesal penal como *corresponsables* de la configuración de la política criminal y como *ejes estructuradores* de lo que se ha denominado “Sistema Penal” o “Sistema de Justicia Penal”, que es el conjunto de instituciones vinculadas con el ejercicio de la coerción penal y el castigo estatal.”

claramente los elementos del Sistema Penal, haciendo una deducción podemos afirmar que dentro del Sistema Penal Salvadoreño se encuentran instituciones como: El Ministerio Público, los Juzgados, Tribunales, las Cámaras de Segunda Instancia, La Corte Suprema de Justicia y sus dependencias, como el Instituto de Medicina Legal, las Salas y la Corte en Pleno, cuando conocen en materia penal y en materia de Ejecución de Penas y Medidas, instituciones que dependen del Órgano Ejecutivo como el Ministerio de Seguridad y Justicia, la Policía Nacional Civil, Dirección General de Centros Penales y sus dependencias; como los Consejos Criminológicos, los Equipos Técnicos Criminológicos y la Escuela Penitenciaria; y por supuesto la Asamblea Legislativa, que es la encargada de la Política Penal del Estado. Por esta razón algunos dividen al Sistema Penal en subsistemas: policial, judicial y penitenciario.

Otra definición importante es obra de BUSTOS RAMÍREZ, quien al analizar los distintos tipos de control social llega a la siguiente conclusión:

“...cuando se habla de control formal se está haciendo referencia a este complejo de instituciones integradas dentro de un sistema total, el sistema penal, cuya función específica es el ejercicio de un control social específico: el control penal”.⁷¹

Continúa -el autor- caracterizando al Control Penal de la siguiente forma:

“El control penal es un sistema de control reactivo, integral y formalizado. Su grado de formalización es alto y con predominio del texto escrito. Su formalización se manifiesta en todos los niveles de la dinámica penal. Desde el momento de la definición del delito hasta la ejecución penal e incluso más allá cuando cumplida la condena, el propio sistema mantiene un control sobre el que ha delinquido. Dentro del sistema penal, el derecho penal constituye un eslabón importante. Su elemento

⁷¹ Obra Citada, BUSTOS RAMÍREZ, Juan, et. al., *Lecciones de Derecho Penal. Vol. I.*, Pág. 19 “Pero quizá el aspecto más destacable de estas instancias de control social formal sea el hecho de que todas se integran dentro de un sistema total dinámico en que cada una de ellas constituye una pieza con funciones definidas. De ahí que cuando se habla de control formal se está haciendo referencia a este complejo de instituciones integradas dentro de un sistema total, el sistema penal, cuya función específica es el ejercicio de un control social específico: el control penal.”

consustancial es la pena. La pena constituye la reacción social formal ante una conducta desviada que ha sido definida como delito. La definición del delito, así como la de la pena a aplicar a ese delito específico, se realiza con el derecho penal.⁷²

Esta definición cobra importancia debido a que no sólo delimita al sistema penal, sino que nos recuerda de dónde proviene el sistema penal, al mencionar los procesos de criminalización primaria y secundaria.

El orden que seguiremos en nuestro estudio del Sistema Penal Salvadoreño será el siguiente: iniciaremos con el análisis del Programa Penal de la constitución de la República de 1983, debido a que es esta contempla la estructura que debe tener nuestro sistema penal, los principios desde los cuales se rige y las garantías penales que se deben respetar en la persecución del crimen y en el combate a la criminalidad, luego nos dedicamos a estudiar la legislación penal vigente antes de 1998, tanto en materia penal, procesal penal y en ejecución de penas y medidas, la Reforma Penal que finalmente se llevó a cabo en 1998, luego de lo cual procederemos al examen del proceso de contrarreforma penal, todo lo anterior nos permitirá caracterizar al Sistema Penal Salvadoreño, así como valorar el actual *status quo* del Sistema Penal Salvadoreño. A pesar que en el presente capítulo estudiamos algunas temáticas sobre la Ejecución de la

⁷² Ibídem: Pág. 19. “El control penal es un sistema de control reactivo, integral y formalizado. Su grado de formalización es alto y con predominio del texto escrito. Su formalización se manifiesta en todos los niveles de la dinámica penal. Desde el momento de la definición del delito hasta la ejecución penal e incluso más allá cuando cumplida la condena, el propio sistema mantiene un control sobre el que ha delinquido. Dentro del sistema penal, el derecho penal constituye un eslabón importante. Su elemento consustancial es la pena. La pena constituye la reacción social formal ante una conducta desviada que ha sido definida como delito. La definición del delito, así como la de la pena a aplicar a ese delito específico, se realiza con el derecho penal. Pero el proceso de criminalización no se agota con la definición legal. Es necesario, además, que la ley se ponga en acción, esto es, que se aplique. Esto significa que frente a la violación efectiva de la norma penal es necesario que las demás instancias que integran el sistema penal reaccionen *efectivamente* ante la comisión de un delito. Sólo en ese momento una persona adquiere el estatus social de delincuente. De esta forma, sólo llega a adquirir este estatus quien habiendo realizado un comportamiento punible, ha sido sometido a proceso y condenado (Baratta, 1986, 84).”

Penas y las Medidas, en el capítulo tres analizaremos con mayor detalle al Sistema Penitenciario.

2.2.-El Programa Penal de la Constitución de la República de 1983

En el Título II, “Los Derechos Y Garantías Fundamentales De La Persona”, Capítulo I, “Derechos Individuales Y Su Régimen De Excepción”, Sección Primera, “Derechos Individuales”, la Constitución de la República reconoce diversos Derechos, Garantías y Principios que nacen en el Derecho Penal y son tutelados a nivel constitucional. A este cúmulo de derechos, garantías y principios lo denominaremos como Programa Penal de la Constitución de la República, el cual está formado por distintas instituciones, tanto de carácter penal material, procesal e inclusive en materia de ejecución de la pena.

En materia penal podemos encontrar el Principio de Legalidad, Art. 15, y sus diferentes dimensiones, como el *Ne Bis In Idem*, Art. 11, la prohibición de analogía *In Malam Partem*, estableciendo la posibilidad de analogía favorable al reo, Art. 21.

En materia procesal penal se reconoce la Garantía del Juicio Previo *con arreglo a las leyes*, Art. 11, la Presunción de Inocencia, el Habeas Corpus, que también es Proceso Constitucional Art. 11 inciso segundo, Art. 13, Art. 12, la intimación procesal y la inviolabilidad de la defensa, Art. 12 inciso segundo y tercero, los tipos de detención y los límites de las mismas, Art. 13 inciso segundo: detención administrativa, inciso tercero detención por el término de inquirir las cuales no pueden ser mayores a 72 horas, la Garantía del Juez Natural, Art. 15, la Prohibición de Doble Conocimiento, Art. 16, el principio de Cosa Juzgada, Art. 17, el Recurso de Revisión en Materia Penal, Art. 17 inciso segundo, los Requisitos de la pesquisa, Art. 19, La Inviolabilidad de la morada, Art. 20, la Inviolabilidad de la correspondencia,

Art. 24, la prohibición de interferencia e intervención de las comunicaciones, Art. 24 inciso segundo⁷³.

En materia de ejecución de penas y medidas la constitución establece parámetros claros sobre los fines de la pena, Art. 27 inciso final, los tipos de penas permitidos y los tipos de pena prohibidos, Art. 27 inciso primero y segundo y la posibilidad de medidas pre-delictuales siempre y cuando exista ley que las desarrolle, Art. 13 in fine. En cuanto a las medidas de seguridad post-delictuales no se menciona de manera expresa. Es necesario dejar aclarar que el Órgano Judicial es el único que tiene la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materia penal, según el artículo 172 inciso primero⁷⁴, lo anterior significa que los jueces tienen la potestad y la obligación de aplicar el derecho penal a los casos concretos, pero también tienen la función de vigilar el cumplimiento de las penas y las medidas de

⁷³ Esta garantía fue modificada mediante el Acuerdo de Reforma Constitucional No. 5, de fecha 29 de abril, publicado en el Diario Oficial No. 88, Tomo No. 383, de fecha 15 de mayo, ratificado por Decreto Legislativo No. 36, del 27 de mayo, publicado en el Diario Oficial No. 102, Tomo No. 383, del 4 de junio, todas las fechas de 2009, en la misma se reformó el artículo 24 de la Constitución a fin de permitir excepcionalmente la intervención temporal de las telecomunicaciones, previa autorización judicial motivada, para la investigación de los delitos que una Ley Especial determine. La Redacción final del artículo 24 es la siguiente. Inciso primero: “La correspondencia de toda clase es inviolable, interceptada no hará fe ni podrá figurar en ninguna actuación, salvo en los casos de concurso y quiebra.” Inciso segundo: “Se prohíbe la interferencia y la intervención de las telecomunicaciones. De manera excepcional podrá autorizarse judicialmente, de forma escrita y motivada, la intervención temporal de cualquier tipo de telecomunicaciones, preservándose en todo caso el secreto de lo privado que no guarde relación con el proceso. La información proveniente de una intervención ilegal carecerá de valor.” Inciso tercero: “La violación comprobada a lo dispuesto en este artículo, por parte de cualquier funcionario, será causa justa para la destitución inmediata de su cargo y dará lugar a la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.” Inciso cuarto: “Una ley especial determinará los delitos en cuya investigación podrá concederse esta autorización. Asimismo señalará los controles, los informes periódicos a la Asamblea Legislativa, y las responsabilidades y sanciones administrativas, civiles y penales en que incurrirán los funcionarios que apliquen ilegalmente esta medida excepcional. La aprobación y reforma de esta ley especial requerirá el voto favorable de por lo menos las dos terceras partes de los Diputados electos.” Asimismo se crea la ley especial para la intervención de las comunicaciones. D. L. N 285, de fecha 18 de febrero de 2010, publicado en el D. O. N° 51, Tomo 386, de fecha 15 de marzo de 2010.

⁷⁴ “Art. 172.- La Corte Suprema de Justicia, las Cámaras de Segunda Instancia y los demás tribunales que establezcan las leyes secundarias, integran el Órgano Judicial. Corresponde exclusivamente a este Órgano la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materias constitucional, civil, penal, mercantil, laboral, agraria y de lo contencioso-administrativo, así como en las otras que determine la ley.”

seguridad, a través de los jueces y magistrados de vigilancia penitenciaria, a lo cual aclaramos que nunca se crearon cámaras de vigilancia penitenciaria por lo que en la práctica dichas funciones son competencia de las Cámaras de lo Penal.

De esta forma la Constitución de la República establece las directrices en base a las cuales se debe fundamentar el Sistema Penal⁷⁵, siendo estas directrices acordes al Derecho Penal de Acto, que es el modelo acorde al Sistema Político de nuestro país: el Democrático.

En líneas generales podemos caracterizar al Programa Penal de la Constitución como Derecho Penal Liberal, debido a que la misma constitución establece límites al *ius puniendi*, y no se limita a establecer prohibiciones, sino que establece Derechos, Garantías, Principios que son tutelables en Jurisdicción Constitucional, recordemos que las disposiciones se encuentran en la Sección de Derechos Individuales, por lo cual están bajo la protección de la Jurisdicción Constitucional por vía de Amparo, para todos los Derechos Individuales, y de Habeas Corpus, especialmente para el Derecho a la Libertad Personal. Todo lo anterior en correspondencia con la concepción finalista del estado según la cual el individuo es la razón de ser

⁷⁵ Citamos la opinión del jurista Argentino sobre la relación entre Derecho Constitucional y Derecho Penal, en todo acordes a la realidad salvadoreña: ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *En Busca de las Penas Perdidas: deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, 2ª Reimpresión, EDIAR, Buenos Aires, 1998. Págs. 121. “El derecho penal y el derecho constitucional se vinculan de modo formal a través de la supremacía constitucional derivada del art. 31 de la Constitución nacional. Dado que la Constitución es el estatuto político del Estado, es un lugar común que el derecho penal debe someterse a su marco. *Constituir y estatuir* son verbos con etimología común, que evocan lo estatutario, lo *pétreo*: la Constitución es una ley más rígida, preservada de las decisiones de las mayorías coyunturales de la legislatura ordinaria productora de la ley penal común, por lo cual éstas deben estar siempre sometidas a aquélla y, por ende, el intérprete de las leyes penales debe entenderlas en el encuadre constitucional, o sea, que *el saber del derecho penal debe estar sujeto siempre a lo que informe el saber del derecho constitucional*. En efecto: históricamente, es casi inextricable la dinámica de ambos saberes, ya que el derecho constitucional avanza como una constante lucha contra el descontrol del poder y para ello se vale de dispositivos penales. En cierto modo se puede afirmar que el derecho penal constitucional (las disposiciones penales constitucionales) precedió al propio saber del derecho penal.” El Principio de Supremacía Constitucional en El Salvador está regulado en el artículo 246 de la Constitución.

del estado, “El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común.” (Art. 1 Cn.)

Especial importancia tienen las disposiciones que regulan el cumplimiento de las penas y las medidas de seguridad, debido a que nuestro sistema se aleja de las concepciones absolutas según las cuales la pena es un fin en sí mismo. Sobre los fines de las penas nuestra Constitución establece una suerte de mezcla, pues reconoce tanto la prevención general, como la prevención especial positiva y negativa. Recordando que es competencia del Órgano Judicial vigilar por el cumplimiento de las penas y las medidas de seguridad por virtud del art. 172 Cn.

A lo largo de los siguientes capítulos podremos encontrar referencias al Programa Penal de la Constitución brevemente esbozados en este apartado, el cual dicho sea de paso será analizado con mayor detalle al explicar los fundamentos de la legislación penal anterior a 1998 (básicamente de 1973) y la legislación penal después de 1998.

Las disposiciones constitucionales enunciadas deben entenderse como el marco en el cual debe enmarcarse toda Política Criminal en El Salvador, es decir, que toda Política Criminal, o toda decisión que trate de controlar la criminalidad debe respetar el marco constitucional expuesto, en nuestro análisis nos remitiremos a las disposiciones constitucionales y valoraremos si las decisiones de Política Criminal se han tomado respetando el Derecho Constitucional Penal o soslayando el mismo.

2.3.-La Reforma Penal de 1998

Luego de haber sentado las bases sobre las cuales se desarrollará el análisis de este Capítulo, nos disponemos a analizar los cuerpos legales más importantes en la configuración del Sistema Penal Salvadoreño. Nuestro

estudio se situará cronológicamente en la coyuntura de la Reforma Penal que inició en la década de 1990, tuvo notorios avances en el año de 1994 y que finalizó en 1998.

Previo a la exposición sobre la Reforma Penal de 1998, sometemos a nuestro examen las leyes más importantes en materia penal desde 1974 hasta 1994, siendo estos los Códigos Penal⁷⁶ y Procesal Penal⁷⁷ de 1974.

2.3.1.-Código Penal de 1974 como antecedente de la Reforma Penal

El Código Penal, piedra angular de la Teoría del Delito y de la Pena, contenía algunos preceptos que han sido superados en el desarrollo del Derecho Penal en El Salvador. Algunos de estos preceptos estaban influenciados por las doctrinas Causalistas, por ejemplo: Se contemplaba la preterintencionalidad como forma de Responsabilidad, que estaba regulada en el artículo 34, según el cual:

“Hay preterintencionalidad cuando de la acción u omisión se derive un resultado más grave que el que quiso producir el agente, siempre que dicho resultado pudiera ser previsto por él.”⁷⁸

⁷⁶ Decreto Legislativo Número 270, de fecha 13 de febrero de 1973, publicado en el Diario Oficial Número 63, Tomo 238, de fecha 30 de marzo de 1973, que entró en vigencia el día 15 de Junio de 1974, que derogó el Código Penal de 1904.

⁷⁷ Decreto Legislativo N° 450, de fecha 11 de octubre de 1973, publicado en el Diario Oficial N° 208, Tomo N° 241, del 9 de noviembre de 1973.

⁷⁸ Relacionado con el artículo 23 inciso segundo de dicho cuerpo normativo, según dicha disposición: “La concausa preexistente, ignorada por el agente y que no se ha podido prever, excluye la imputación. La previsible que no se preció, será tenida en cuenta para calificar el delito como preterintencional o culposo.” Es necesario aclarar que con la entrada en vigencia del código penal de 1998 no hay claridad sobre el régimen de las concausas, lo cual nos remite a la doctrina como herramienta de aplicación del derecho, pero en el Código Procesal Penal de 2009 se retoma el régimen de las concausas en menor medida, en el artículo 189 que regula la Autopsia podemos encontrar: “La autopsia del cadáver tendrá por objeto dictaminar sobre la causa directa de la muerte, el posible tiempo de fallecimiento y señalar, en caso de haber lesiones, si éstas han producido por sí solas y directamente la muerte. También indicará, en su caso, si la muerte ha sido el resultado de causas preexistentes, concomitantes o posteriores extrañas al hecho investigado y determinará, si fuere posible, el objeto o medio con que se

Con la entrada en vigencia del Código de 1998 desaparece la preterintencionalidad y únicamente se puede imputar a una persona una acción punible realizada con dolo o culpa. Sin entrar en detalles sobre la figura de la preterintencionalidad, debido a que es un tema de la dogmática penal y no de Política Criminal, para nuestro estudio basta con enunciar que el énfasis en el disvalor del resultado en los delitos preterintencionales se modifica, tomándose en cuenta la dirección de la voluntad del imputado en estos casos. Por lo cual esta figura desaparece con la entrada en vigencia del Código de 1998.

En el código penal de 1974 podemos encontrar disposiciones que contenían presunciones de culpabilidad, por ejemplo: el artículo 47 contemplaba la figura de los Autores presuntos de la siguiente forma:

“En los delitos contra el honor, cometidos con abuso de la libertad de expresión, se consideran autores el dueño o empresario de la imprenta o el director o encargado del órgano periodístico o el propietario, gerente, administrador de la empresa televisora o radial o a los encargados de los programas, en su caso: 1°) Si se niega a declarar en juicio a que tales delitos den lugar o si en su declaración se niega a mencionar al responsable directo del escrito o del programa; 2°) Si la persona señalada como autora del escrito o del programa fuere desconocida o no fuere posible su identificación, 3°) Si la persona señalada como autora del escrito o programa fuere inimputable.”

Esta disposición fue derogada tácitamente por la Constitución de 1983, al establecer en el artículo 11 el principio de presunción de inocencia, por lo cual debemos entender estos supuestos como indicios de prueba. A

produjeron las lesiones.” Por esta razón consideramos que el régimen de las concausas es importante y por esa razón ha sido retomado en la última ley procesal penal en El Salvador, aunque debería estar regulado en el Código Penal.

contrario sensu, la Constitución de 1962, que en los Derechos Individuales es idéntica a la Constitución de 1950, sí permitía este tipo de regulación⁷⁹.

Se penalizaba la proposición y conspiración⁸⁰, aún cuando esta Etapa del *Iter Criminis* no pertenece a la Fase Externa y por lo tanto no debería ser penalizada, según la opinión del jurisconsulto Jiménez de Asúa, la Proposición y Conspiración es parte de las zonas intermedias:

“Entre la fase interna, actualmente impune, y la externa, existen varias zonas intermedias; y de ellas, dos principalmente merecen un examen detenido: la resolución manifestada y el delito putativo. La resolución manifestada ha sido objeto de estudio sobre tres formas conocidas en Francia: la proposición, la conspiración y el complot. (...) ¿Qué valor tienen la proposición y la conspiración? No hay ninguna manifestación externa en ellas, salvo la mera proposición. De ninguna manera se puede decir que sean actos preparatorios. (...) La manifestación de voluntad presupone que el individuo ha salido de lo interno y ha realizado un acto, pero un acto de voluntad, no un acto en sentido estrictamente jurídico. Pero si estudiamos a fondo este acto, vemos que no es constitutivo de tentativa, ni siquiera de acto preparatorio. ¿Por qué estas resoluciones manifestadas, cuando son puras, no constituyen un delito sui generis? Porque en la mayor parte de los casos falta la infracción de la objetividad jurídica. Por ejemplo: en la proposición y en la conspiración. En cambio, en la amenaza sí la hay: la pérdida de la seguridad. Y por esto es un delito. No hay otro remedio técnico que considerarlas como resoluciones manifestadas, porque no se trata de actos preparatorios, ni de tentativa, y

⁷⁹ En el artículo 217 inciso segundo de la Constitución de 1950, que regula el enriquecimiento ilícito a costa de la hacienda pública, podemos encontrar una presunción de culpabilidad: “Se presume enriquecimiento ilícito cuando el aumento del capital del funcionario o empleado, desde la fecha en que haya tomado posesión de su cargo hasta aquella en que haya cesado en sus funciones, fuere notablemente superior al que normalmente hubiere podido tener en virtud de los sueldos y emolumentos que haya percibido legalmente, y de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa justa. Para determinar dicho aumento, el capital y los ingresos del funcionario o empleado, de su cónyuge y de sus hijos, se considerarán en conjunto.” Este artículo se encuentra en la Constitución de 1962 pero la nomenclatura es diferente, el artículo es el 216, aunque el tenor es exactamente igual.

⁸⁰ Según el artículo 27 de dicho Código Penal, “Existe proposición cuando el que ha resuelto cometer un delito solicita de otra u otras personas que lo ejecuten o le presten su ayuda para ejecutarlo. Hay conspiración cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo. La proposición y conspiración sólo se sancionarán en los casos establecidos en la ley”. Esta forma de imputación todavía existe en el Código Penal de 1998, como podremos ver a lo largo de esta investigación.

como tales resoluciones manifestadas, sólo excepcionalmente se las puede considerar punibles y únicamente por vía de precaución.”⁸¹

Nuestra posición al respecto es categórica, ya que a nuestro juicio no debe penalizarse la Proposición y Conspiración, debido a que no son actos de Ejecución del *Iter Criminis*. Pues en todo Derecho Penal de Acto la regla general es que los Delitos se persiguen cuando se han consumado, siendo la excepción a esta regla la tentativa. En otras palabras, se debe tipificar como Delito únicamente la exteriorización de conductas lesivas o que representan un peligro grave a bienes jurídico-penales.

Independientemente de que se sitúe a la proposición y conspiración en las Fases Intermedias o en los Actos de Preparación, coincidimos con JIMÉNEZ

⁸¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Principios de Derecho Penal: La Ley y El Delito*, Abeledo Perrot Editorial Suramericana S.A., Buenos Aires, 1997. Pág. 464-465. “Entre la fase interna, actualmente impune, y la externa, existen varias zonas intermedias; y de ellas, dos principalmente merecen un examen detenido: la resolución manifestada y el delito putativo. La resolución manifestada ha sido objeto de estudio sobre tres formas conocidas en Francia: la proposición, la conspiración y el complot. Pero nosotros descartaremos la última porque el complot no es más que un modo de conspiración. ¿Qué valor tienen la proposición y la conspiración? No hay ninguna manifestación externa en ellas, salvo la mera proposición. De ninguna manera se puede decir que sean actos preparatorios. Valdés, después de decir que éstos eran actos indiferentes, caía en el absurdo al afirmar que la proposición y la conspiración eran actos preparatorios; por tanto, la proposición y la conspiración no tienen ese carácter indiferente, sino que tienden a un delito determinado. Sin embargo, se diferencian de los actos preparatorios esencialmente en que éstos son actos externos y materiales, mientras que la proposición y la conspiración no son actos materiales, sino verbales meramente. Claro que la cuestión varía fundamentalmente cuando al acto verbal de conspirar o proponer se añaden otros actos, como tomar armas, requisar caballos, automóviles, etc. La proposición y la conspiración, por otro lado, se diferencian de la tentativa en que, a semejanza de los actos preparatorios, no entran en el núcleo del tipo (empezar a robar, empezar a matar, etc.). Pero si no son actos preparatorios, ¿qué son? Para Garraud se trata de resoluciones manifestadas, siendo para él ilógico quererlas diferenciar de los actos preparatorios. Todo lo que vamos a estudiar en este epígrafe puede considerarse como casos y resoluciones manifestadas. La manifestación de voluntad presupone que el individuo ha salido de lo interno y ha realizado un acto, pero un acto de voluntad, no un acto en sentido estrictamente jurídico. Pero si estudiamos a fondo este acto, vemos que no es constitutivo de tentativa, ni siquiera de acto preparatorio. ¿Por qué estas resoluciones manifestadas, cuando son puras, no constituyen un delito sui generis? Porque en la mayor parte de los casos falta la infracción de la objetividad jurídica. Por ejemplo: en la proposición y en la conspiración. En cambio, en la amenaza sí la hay: la pérdida de la seguridad. Y por esto es un delito. No hay otro remedio técnico que considerarlas como resoluciones manifestadas, porque no se trata de actos preparatorios, ni de tentativa, y como tales resoluciones manifestadas, sólo excepcionalmente se las puede considerar punibles y únicamente por vía de precaución..”

DE ASÚA cuando afirma que existen razones históricas y técnicas para no perseguir estas conductas.⁸²

Mención especial merece la regulación actual del Homicidio Agravado contemplado en el artículo 129-A del Código Penal, según el cual: “La proposición y conspiración en los casos de homicidio agravado serán sancionadas respectivamente, con igual pena que la establecida en el artículo anterior.” Siendo la pena del artículo anterior (Homicidio Agravado) de 30 a 50 años según el Art. 129 in fine.

De esta forma se rompe con la Dogmática Penal en el Salvador ya que la Proposición y Conspiración de Homicidio Agravado tiene mayor pena que el Homicidio Agravado en grado de tentativa, con lo cual se vulnera el Principio de Proporcionalidad de la Pena y el Principio de Mínima Intervención. Esto sin entrar en detalles probatorios sobre el Delito de Proposición y Conspiración de Homicidio Agravado y las causas que llevaron a esta reforma las cuales analizaremos posteriormente.⁸³

⁸² Óp. Cit., JIMÉNEZ DE ASÚA, pág. 460. “¿Qué vale para el Derecho penal el delito en la mente del autor? Hoy el principio dominante es que el pensamiento no delinque. Si el desistimiento, en la tentativa, tiende un puente de oro, según los alemanes, ¿qué no acontecerá en el delito que sólo se ha pensado? Además, ¿cómo probar las ideas criminales? No sólo se afirmaba *este* principio de la impunidad de las ideas en las Partidas, sino que Ulpiano ya había dicho: "cogitationis poenam nemo patitur" ("Nadie debe ser castigado por sus pensamientos") (Digesto, hb. XLVIII, tít. 19, ley 18); máxima estudiada y controvertida con singular maestría por Massari. La fórmula de las Partidas, que se complementa con la de Ulpiano, es terminante y clara: "Pensamientos malos vienen muchas veces en los corazones de los homes, de manera que no se afirma en aquello que piensa para lo cumplir, por fecho: et después deso, asman que si lo compliesen, que farían mal, et repientense. Et por ende decimos que cualquier home que se repintiese del mal pensamiento antes que comenzase a obrar por él, que non meresce por ende pena ninguna, porque los primer movimientos de las voluntades non son en poder de los homes" (Ley II, tít. 31, P. VII). Modernamente, Rossi afirmaba: "El pensamiento es libre, escapa a la acción material del hombre; podrá ser criminal; pero no podrá ser encadenado." Y añade, retóricamente: "Por la amenaza de un castigo lo único que se lograría hacer es que la manifestación del pensamiento fuera mucho más rara; se disminuiría el número de los imprudentes para acrecentar el de los malhechores. Esto es cubrir las chispas para tener el placer de asistir al incendio." Como vemos, existen razones prácticas, no sólo históricas y técnicas, para no perseguir las ideas.”

⁸³ Sobre la Proposición y Conspiración existe un valioso estudio realizado desde la perspectiva dogmática jurídico-penal, citamos aquí un breve pasaje de la misma para efectos aclaratorios: MEJÍA

Continuando el análisis del Código Penal de 1974, en el mismo se contemplaba la pena de muerte para los delitos de parricidio y asesinato⁸⁴. Pero con la entrada en vigencia de la Constitución de 1983, estas disposiciones quedan derogadas tácitamente. Es necesario aclarar que la Constitución de 1950 contemplaba la pena de muerte en el artículo en el artículo 168 inciso primero: “**Artículo 168.-** Sólo podrá imponerse la pena de muerte por los delitos de rebelión o deserción en acción de guerra, de traición y de espionaje, y por los delitos de parricidio, asesinato, robo o incendio si se siguiere muerte.” Esta disposición es exactamente igual en la Constitución de 1962 y se encuentra regulada en el mismo artículo 168.⁸⁵

MERLOS, Elías Alexander, et. Al., *La Proposición y Conspiración en los Delitos Comunes y la Vulneración de los Principios de Lesividad del Bien Jurídico y Proporcionalidad de la Pena.*, “Sobre esta base y una vez comprendidas a cabalidad las figuras de la Proposición y conspiración, se ha realizado un análisis sobre la relación que guardan dichas figuras, con respecto a la visión y fundamentación filosófico del Código Penal, el cual valga la aclaración es de corte humanista y garantista, su orientación responde a un Derecho Penal de Acto, en el cual se sancionan la exteriorización de conductas consideradas lesivas o que representan un peligro efectivo a bienes jurídicos, penalmente relevantes, la problemática que representa la regulación de las figuras en estudio es su contradicción con los principios que han sido objeto de estudio y análisis en esta obra, estas figuras como se mencionó surgieron a la vida jurídica con la reforma del año dos mil uno, del decreto legislativo 280 del 8 de febrero, en no pocas ocasiones, se ha dicho que el Derecho Penal tiene por objeto solventar conflictos sociales que otras ramas del Derecho no puede solventar y que por ello se le considera un recurso de Última Ratio.”

⁸⁴ Contemplado en el artículo 154 y relacionado con los artículos: 19 Inc. 2°, 59, 86, 125 N° 1°, 127, 464 Inc. 2° y 525 regla 2ª del Código Penal de 1974.

⁸⁵ Citamos Jurisprudencia Constitucional para reforzar nuestra afirmación de que el Sistema Penal anterior desde 1950 a 1974 no estaba en correspondencia con la Constitución de 1983. Sentencia de Inconstitucionalidad de las once horas del día veinte de junio de mil novecientos noventa y nueve. Sentencia de 20-VI-99, Inc. 4-88. “Es evidente que la Constitución, al entrar en vigencia el veinte de diciembre de mil novecientos ochenta y tres, no apareció en un vacío jurídico, sino que se incardinó en un ordenamiento preexistente, el cual no desapareció en su totalidad por la promulgación de la nueva Ley Suprema, sino que pervivió, aunque afectado y modificado por la nueva regulación constitucional; ello plantea (...) el problema de la inserción de la Constitución en el ordenamiento preconstituido. Para abordar el análisis y resolución de dicho problema, debe tenerse presente que la actual Constitución se construye sobre un sustrato ideológico personalista o humanista, distinto al de las Leyes Primarias bajo las cuales se promulgaron las disposiciones preconstitucionales; esta circunstancia produce de suyo una incompatibilidad lógica entre ciertas disposiciones o cuerpos normativos del ordenamiento preexistente y la nueva Constitución, y hace necesario definir el efecto que tal incompatibilidad producirá.”

En materia de tipos penales se contemplaban los delitos como: Violación Impropia Art. 194 y Violación de Prostituta Art. 196, ambas figuras calificadas atenuadas (o tipos privilegiados), Estupro y Acceso Carnal por Seducción Art. 197, Abusos Deshonestos Art. 199, Rapto Propio Art. 200, Rapto Impropio Art. 201 y Rapto Atenuado Art. 202, Adulterio Art. 265, Incesto Art. 271 (tipo privilegiado, en comparación del delito de violación), Asociaciones Subversivas Art. 376, Filiales o Secciones de Asociaciones Subversivas Extranjeras Art. 377, Difusión o Propaganda de Doctrinas Anárquicas o Contrarias a la Democracia Art. 378⁸⁶, Tenencia de Material Subversivo Art. 379, Cooperación en Propaganda Subversiva Art. 380, Piratería Art. 490 (refiriéndose a delitos cometidos en el mar).

A nuestro juicio, la criminalización de las conductas anteriores era innecesaria. Nos disponemos a analizar brevemente algunas de las causas por las cuales creemos que se des-criminalizaron estas conductas:

-Violación Impropia, Violación de Prostituta e Incesto: en estos delitos el bien jurídico protegido es la Libertad Sexual, que es igual para todos los seres humanos sean estos hombres, mujeres, hijos o hijas.

En la exposición de motivos del Código Penal se explica la desaparición de estos delitos de la siguiente forma:

“a) El concepto de acceso carnal se ha modificado, pues se considera que el acceso carnal violento, constitutivo de violación, debe ser por vía vaginal o anal, no haciendo una errónea equiparación con el acceso carnal bucal. b) Desaparece la “violación de prostituta” como una figura atenuada, por considerarlo lesivo del principio constitucional de igualdad, además por ser indebidamente estigmatizante. (...) El delito de rapto desaparece, pues lo consideramos una figura superflua, ya que si hacemos desaparecer la presunción de los ánimos eróticos-sexuales en la

⁸⁶ Este delito proviene del Código Penal de 1904 que fue reformado en 1932 y se agregó como delito la “propaganda de doctrina anárquicas o contrarias al orden público, social o económico. Art. 126 del Código Penal de 1904.

legislación vigente (inadecuada presunción de dolo), la figura del rapto ofrece problemas prácticos de diferenciación con la privación de libertad, por lo cual al eliminar el rapto, todas sus conductas se englobarían en el delito de privación de libertad, y si ocurren otras conductas constitutivas de otros delitos, la situación se resolvería por las reglas del concurso de delitos.”

Sobre el delito de Adulterio podemos mencionar que es una conducta superflua que no lesiona bienes jurídicos, *ítem más* se ha vuelto una práctica tan común que no produce escándalo público más allá de los rumores comunes en nuestra sociedad.

Finalmente algunas conductas consideradas como delitos impedían el ejercicio de Derechos Constitucionales, por ejemplo el Delito de Difusión o Propaganda de Doctrinas Anárquicas o Contrarias a la Democracia, vulnera el Derecho de Libertad de Pensamiento y Libertad de Expresión, por ser el Anarquismo una corriente de pensamiento, al igual que las ideas Socialistas, Comunistas, Liberalistas, entre otras. Valga la aclaración de la Constitucionalidad de estos delitos, debido a que tanto en la Constitución de 1950 y de 1962, que es prácticamente la misma, se prohibían las conductas anárquicas. Art. 158 inciso segundo: “Queda prohibida la propaganda de doctrinas anárquicas o contrarias a la democracia.”

Este artículo estaba relacionado con la Ley Represiva del Contrabando de Mercaderías y de la Defraudación de la Renta de Aduanas⁸⁷ que prohibía en el artículo 2 Ord. 1º “El ingreso al país o la salida del mismo, la tenencia o el comercio ilegítimo, de productos estancados o de importación o exportación prohibidas;” por tanto dicha conducta constituía contrabando de mercadería prohibida.

⁸⁷ Decreto Legislativo Número 173, de fecha 26 de julio de 1961, publicado en el Diario Oficial Número 147, Tomo 192, de fecha 16 de agosto de 1961. Dicha Ley fue derogada totalmente por la Ley Especial para Sancionar Infracciones Aduaneras. Decreto Legislativo Número 551, de fecha 20 de septiembre de 2001, publicado en el Diario Oficial Número 204, Tomo 353, de fecha 29 octubre de 2001.

Diferente opinión nos merecen los delitos de Rebelión y Sedición actualmente considerados como delitos contra el Sistema Constitucional y la Paz Pública, porque en estos delitos no se penalizan la difusión de ideas políticas, más bien se protege al Sistema Político del Estado.

Continuando con el análisis del Código Penal de 1974, podemos afirmar que además de estar influenciado en las Teorías Causalistas, estaba influenciado por las Teorías Positivistas, lo cual se puede evidenciar en la denominada Habitualidad y Profesionalidad, que estaban reguladas en los artículos 111 y 112:

“Art. 111.-Será declarado delincuente habitual el que cometiere un nuevo delito doloso después de haber sido condenado por dos o más de la misma especie”; “Art.112.- Será declarado delincuente profesional el que cometiere sucesivas infracciones aún cuando no haya sido juzgado por ellas, si de su personalidad y modo de vida establecidos judicialmente, se deduce su tendencia a vivir de los efectos del delito”.

En la actualidad la Profesionalidad no se encuentra contemplada, pero el artículo 30 numeral 16 del código penal regula la Reincidencia o Habitualidad como agravante general, comentaremos esta disposición cuando hablemos de las reformas del Código Penal de 1998.⁸⁸

⁸⁸ La redacción actual del artículo 30 numeral 16 es la siguiente: “Son circunstancias que agravan la responsabilidad penal: Reincidencia o Habitualidad 30) Cometer el hecho, como autor o partícipe, de forma reincidente; es decir, cuando se trate de un nuevo delito realizado dentro del plazo de los cinco años siguientes a la fecha en que se haya sancionado al imputado por un delito doloso que atente contra el mismo bien jurídico o sea de igual naturaleza.

No se considera reincidencia cuando se trate de varios hechos cometidos en la misma fecha o período de tiempo sin solución de continuidad, o tratándose de concurso ideal o real de delitos, cuando se hayan iniciado diferentes procesos para sancionar por separado los hechos que los conforman. Cometer el hecho habitualmente, es decir en las mismas circunstancias del inciso anterior, después de haber sido condenado en dos o más ocasiones.

Sólo se apreciará la reincidencia y la habitualidad cuando se trate de delitos dolosos.”

2.3.2.-Código Procesal Penal de 1974 como antecedente de la Reforma Penal

Luego de analizar brevemente los lineamientos generales del Código Penal, podemos dedicarnos al examen del Código Procesal Penal, como realización del Código Penal.⁸⁹

Nuestra posición al respecto se define al caracterizar a dicho Cuerpo Normativo como un código con visos del Sistema Inquisitorio.

El Juez encargado del Proceso Ordinario realiza las funciones de instrucción y, al mismo tiempo, conoce en el plenario, a pesar que desde la época del Código de Instrucción Criminal Francés de 1808 la función de instruir la causa y de conocer en juicio público, valorando prueba, están separadas, es decir, no eran ejercidas por un mismo juez, teniendo la instrucción una función preparatoria del juicio.⁹⁰

⁸⁹ BAUMAN, Jürgen, *Derecho Procesal Penal. Conceptos Fundamentales y Principios Procesales*. Ediciones Depalma, Traducción de la Tercera Edición Alemana, de 1979, Buenos Aires, 1986, Págs. 2-3. "El derecho penal material abarca las normas que se ocupan del nacimiento de la pretensión penal estatal (ver los "Conceptos fundamentales del derecho penal", cap. 1, I, 2, y III) y el derecho procesal penal contiene las normas que regulan la determinación y realización de esta pretensión penal estatal. Podemos definir el derecho penal como el conjunto de las normas jurídicas que amenazan como consecuencia jurídica, para un hecho determinado, una pena o medida determinada (Baumann, Tratado, § 3, I). Una definición del derecho procesal penal podría ser esta: el conjunto de las normas destinadas a regular el procedimiento para la determinación y realización de la pretensión penal estatal. Esta definición del derecho procesal penal es muy tosca y necesita de un complemento. Esta complementación se debe emprender a partir de la observación de la función que incumbe al derecho procesal penal. Ante todo, interesa saber en qué relación se hallan el derecho penal material y el procesal. El derecho penal material regula, como el derecho civil material, el nacimiento, la modificación y el fin de relaciones jurídicas (sobre todo de pretensiones); el derecho procesal penal se ocupa, como el derecho procesal civil, de la realización de esta situación jurídica, normada por el derecho material, en un procedimiento especial. El derecho procesal penal, el derecho procesal civil, el derecho procesal administrativo y el derecho procesal constitucional son derechos auxiliares, destinados siempre a realizar el derecho penal material, civil, administrativo y constitucional. El derecho material no se realiza siempre solo. Por cierto, los contratos, en su mayor parte, se cumplen; por cierto, son validos, por lo general, los actos administrativos y las leyes son, en su mayoría, constitucionales. Pero, cuando esto no ocurre, la realización del derecho material necesita de un procedimiento judicial (prescindimos aquí de las excepciones)."

⁹⁰ SERRANO, Armando Antonio, CAMPOS VENTURA, José David, et. al., *Manual de Derecho Procesal Penal*, Talleres Gráficos UCA, San Salvador, El Salvador, 1998, pág. 88. "Principales Características del Código de Instrucción Criminal Francés. Entre las principales características del Código de Instrucción Criminal francés que simboliza el sistema procesal penal mixto clásico está:

No podemos omitir mencionar la posibilidad de la iniciación oficiosa del Juicio Penal, posible en virtud del Art. 147 según el cual:

“Iniciación de Oficio. Art. 147.- El juez de primera instancia o el de paz, luego que tenga noticias de haberse cometido un delito perseguible de oficio, procederá a instruir diligencias para la averiguación del mismo, sus autores y cómplices. En los casos de diligencias remitidas por órganos auxiliares, la instrucción judicial comenzará con las actuaciones y diligencias practicadas por los mismos, si antes no se hubiere iniciado procedimiento.”

Lo anterior vulnera el principio Acusatorio, *Nullum iudicium sine accusatione*⁹¹, debido a que la imparcialidad del juez se pierde al convertirse este en acusador y juzgador al mismo tiempo.

Continuando el análisis del Proceso Penal de 1974, cobra especial importancia el hecho de que se otorgaban facultades al juez de interrogar, desde las declaraciones indagatorias, Arts. 188, 190, 191, 193, 194 y 196, las declaraciones de los testigos, Arts. 208, 209, 210, el Careo Art. 218, y la posibilidad de la realización de prueba de Oficio Art. 304, lo cual convierte al Juez Penal en un tipo de Juez Inquisidor, debido a que no se realiza el proceso en base al principio de Contradicción, convirtiéndose las partes procesales meros espectadores del juicio, con pocas facultades de

separación de las acciones, el valor preparatorio de la instrucción, separación de funciones, el sistema de valoración de la prueba, la combinación de tribunales colegiados y unipersonales, mejoras en el derecho de defensa. (...) (2) El Valor Preparatorio de la Instrucción. Como queda dicho, la instrucción preparatoria es escrita, secreta y no contradictoria y como tal no constituye más que un medio de preparar el juicio. Entre la preparación de la instrucción y el juicio existía la fase intermedia por la cual la Cámara de acusación decidía acerca de la apertura del procedimiento principal o juicio. Esto significa que el Tribunal de juicio debe apoyar su convicción en lo que se vierta como prueba en los debates orales, públicos y contradictorios. En esto radica un sello distintivo del auténtico sistema mixto.”

⁹¹ Óp. Cit., FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Pág. 733. “La tercera garantía orgánica contenida en nuestra definición legal es la separación del juez y de la acusación (*nullum iudicium sine accusatione*), introducida por el nuevo código, y la configuración del ministerio público como agente exclusivo de la acusación y, además, como exclusivamente acusatorio, vinculado a la ley (art. 112) e independiente (art. 107, 4.0: “El ministerio público goza de las garantías establecidas que le conceden las normas sobre el orden judicial”). De ahí se derivan la tercería del juez respecto a las partes y su imparcialidad respecto a la materia contenciosa.”

actuación. *Verbi Gratia*, las partes pueden hacer repreguntas a los testigos y al imputado siempre y cuando lo hagan después que el juez ha realizado su interrogatorio, por medio del juez y será el juez quien las formulará si las creyere pertinentes, según los Arts. 210 Inc.2° y 3° y 306.

Finalmente mencionamos que existía un período de Recepción a Pruebas, Art. 299, 300, 301, 303, por lo cual el proceso era eminentemente escrito, salvo los alegatos de bien probado y los interrogatorios que realizaba el juez.

Además de lo anterior se encuentran presunciones de culpabilidad en los Arts. 145, 451, 464, 503 y 504, lo cual vulneraba el principio de presunción de inocencia al cual ya nos hemos referido anteriormente.

En correspondencia a nuestra afirmación inicial de que el Proceso Penal de 1974 tenía visos de Inquisitivo, se puede citar Jurisprudencia Constitucional en la cual se le ha calificado al Proceso Penal como “un proceso penal de corte inquisitivo reformado”.⁹²

Luego de haber expuesto en líneas generales la estructura del proceso penal, con énfasis en las facultades del juez y de las partes, podemos afirmar categóricamente que dicho cuerpo normativo no estaba en concordancia con el programa penal de la Constitución de 1983, contenía disposiciones características del Sistema Inquisitivo y no respondía al mandato constitucional de que el Juicio debe ser Oral y Público. Con lo cual el imputado se encontraba en una situación de indefensión ante el poder punitivo del estado.

⁹² Sentencia de Inconstitucionalidad de las nueve horas con cincuenta minutos del día veintitrés de diciembre de dos mil diez con Referencias: 5-2001/10-2001/24-2001/25-2001/34-2002/40-2002/3-2003/10-2003/11-2003/12-2003/14-2003/16-2003/19-2003/22-2003/7-2004. “...un proceso penal de corte inquisitivo reformado, cuyas características esenciales fueron: el predominio de la escritura y la secretividad de la fase de instrucción; así como también el excesivo protagonismo del juzgador en la función investigadora del crimen.”

Resumiendo: Este Código Procesal Penal podemos encontrar varias disposiciones criticables, por ejemplo: se le daba facultades al juez de iniciar los procesos de manera oficiosa, de realizar los interrogatorios a los testigos, peritos y partes, el mismo juez de instrucción conocía en el Juicio, se presumía la culpabilidad en varios delitos. Por dichas razones afirmamos que no existían principios como los de imparcialidad, contradicción, oralidad, e inviolabilidad de la defensa, que son los pilares del proceso penal actual.

Situándonos en la realidad de 1974 podemos resumir el proceso penal de esa época, afirmando que la ley procesal penal se caracterizaba por concentrar el poder en el juez.

2.4.-El Código Penal que entró en vigencia en 1998

La Constitución de 1983 en sus artículos 11, 12, 13, 14, 15, 16 17, 19, 20, 21, 24 y 27 contiene la estructura constitucional del Sistema Penal Salvadoreño, en dichas disposiciones podemos encontrar la Garantía de Audiencia, el Juicio Previo, los límites de la Detención Administrativa y por término de inquirir, la inviolabilidad de la morada y de la correspondencia, el *Ne Bis In Idem*, el Principio de Legalidad, La Garantía del Juez Natural, y los Fines constitucionales de la pena. A esta regulación la hemos llamado el Programa Penal de la Constitución y la hemos analizado en el apartado 2.2.

En contraposición al Programa Penal de la Constitución de 1983, en la Constitución de 1950, y por consiguiente en la Constitución de 1962, no existían Garantías como la Presunción de Inocencia, La Intimación Procesal, la prohibición de declarar contra sí mismo, la Inviolabilidad de la Defensa, y por lo tanto la ley secundaria tampoco las contemplaba, por lo cual, ante la entrada en vigencia de la Constitución de 1983, era necesario que los principios Constitucionales estuvieran en correspondencia con la legislación secundaria en materia penal.

Es así que se inicia un proceso de reforma penal con la creación de un nuevo código penal, acorde al Derecho Penal de Acto, o Derecho Penal del Hecho como lo llama Claus ROXIN:

“Por Derecho penal del hecho se entiende una regulación legal, en virtud de la cual la punibilidad se vincula a una acción concreta descrita típicamente (o a lo sumo a varias acciones de ese tipo) y la sanción representa sólo la respuesta al hecho individual, y no a toda la conducción de la vida del autor o a los peligros que en el futuro se esperan del mismo. Frente a esto, se tratará de un Derecho penal de autor cuando la pena se vincule a la personalidad del autor y sea su asocialidad y el grado de la misma lo que decida sobre la sanción. "Lo que hace culpable aquí al autor no es ya que haya cometido un hecho sino que sólo el que el autor sea 'tal' se convierte en objeto de la censura legal"; allí donde entre los presupuestos de la conminación penal se incluye algo distinto y más que el si y el cómo de una acción individual, y donde ese algo más debe buscarse en la peculiaridad humana del autor, estamos ante un sistema en que la pena se dirige al autor como tal".⁹³

En este orden de ideas, el Código Penal de 1997, que finalmente entró en vigencia en abril de 1998, se erige sobre la base de los principios constitucionales de 1983, las ideas de la Teoría del Garantismo Penal y los

⁹³ ROXIN, Claus, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I: Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, Civitas, Madrid, 1997. Págs. 176-177. “Por Derecho penal del hecho se entiende una regulación legal, en virtud de la cual la punibilidad se vincula a una acción concreta descrita típicamente (o a lo sumo a varias acciones de ese tipo) y la sanción representa sólo la respuesta al hecho individual, y no a toda la conducción de la vida del autor o a los peligros que en el futuro se esperan del mismo. Frente a esto, se tratará de un Derecho penal de autor cuando la pena se vincule a la personalidad del autor y sea su asocialidad y el grado de la misma lo que decida sobre la sanción. "Lo que hace culpable aquí al autor no es ya que haya cometido un hecho sino que sólo el que el autor sea 'tal' se convierte en objeto de la censura legal"; allí donde entre los presupuestos de la conminación penal se incluye algo distinto y más que el si y el cómo de una acción individual, y donde ese algo más debe buscarse en la peculiaridad humana del autor, estamos ante un sistema en que la pena se dirige al autor como tal". Está claro que el principio constitucional *nullum crimen, nulla poena sine lege* favorece más el desarrollo de un Derecho penal del hecho que el de un Derecho penal de autor; pues las descripciones de acciones y las penas por el hecho se acomodan más al principio de precisión o determinación que unos preceptos penales que atiendan a "un elemento criminógeno permanente" en la persona del autor o "al ser-así humano de la personalidad que hay que castigar" y que midan por ese baremo la clase y cuantía de la sanción. Así pues, un ordenamiento jurídico que se base en principios propios de un Estado de Derecho liberal se inclinará siempre hacia un Derecho penal del hecho.”

principios de Última Ratio y Mínima Intervención, tal como consta en la Exposición de Motivos del Código Penal del 25 de mayo de 1994:

“Algunos de los lineamientos que orientan el anteproyecto son los siguientes: a) El derecho penal debe ser, fundamentalmente, un derecho garantista que limite efectivamente el poder penal del Estado y en consecuencia evite los abusos de poder; b) El derecho penal debe ser efectivo, como un mecanismo para restringir la violencia social, para poder constituirse en una verdadera vía institucionalizada para la solución de conflictos sociales; c) El derecho penal debe ser un recurso extremo, el última que utiliza el Estado para la solución de conflictos sociales; d) 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”.⁹⁴

En el Código Penal de 1998, además de los principios y garantías constitucionales se incorporan principios tales como: el de Lesividad del Bien Jurídico, la no punibilidad del Delito Imposible -ambos constituyeron un

⁹⁴ Introducción de la Exposición de Motivos del Código Penal Salvadoreño, san Salvador 25 de mayo de 1994: “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 representó 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 concordancia 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 de 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. (...) Algunos de los lineamientos que orientan el anteproyecto son los siguientes: a) El derecho penal debe ser, fundamentalmente, un derecho garantista que limite efectivamente el poder penal del Estado y en consecuencia evite los abusos de poder; b) El derecho penal debe ser efectivo, como un mecanismo para restringir la violencia social, para poder constituirse en una verdadera vía institucionalizada para la solución de conflictos sociales; c) El derecho penal debe ser un recurso extremo, el última que utiliza el Estado para la solución de conflictos sociales; d) 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”.

avance en relación al Sistema Causalista-, el Principio de Humanidad, el de Necesidad de la pena, el de Proporcionalidad, por mencionar algunos.

Este código hasta octubre de 2011 ha sido reformado 47 veces, pero analizaremos las reformas más importantes posteriormente.

2.5.-El Código Procesal Penal que entró en vigencia en 1998

En 1993 se crea el Programa Nacional de Reforma Legal del Ministerio de Justicia, en lo referente a la ley penal se obtuvo como producto de dicho programa el Anteproyecto de Código Procesal Penal de 1993, que tenía como finalidad principal armonizar la ley secundaria con las disposiciones constitucionales.

En el código procesal penal que entró en vigencia en 1998 se incorpora una serie de principios y garantías procesales tales como: La Garantía de Juicio Previo Art. 1, Principio de Legalidad del Proceso Art. 2, Imparcialidad e Independencia de los Jueces, Art. 3, Presunción de Inocencia Art. 4, Duda Favorable al Imputado Art. 5, Inviolabilidad de la Defensa Art. 9, Legalidad de la Prueba Art. 15.

Asimismo se modificó la concepción del Ministerio Público, convirtiéndose el mismo en garante de la legalidad y dejando el papel de acusador,⁹⁵ siendo esta una de las características del Sistema Procesal Penal Mixto Moderno, según los salvadoreños SERRANO-CAMPOS VENTURA:

“Hoy en día se puede decir que en los sistemas mixtos modernos, hay novedosas categorías que la doctrina y el derecho positivo han ido abriendo. Entre ellas tenemos

⁹⁵ Art. 84 Código Procesal Penal de 1998. 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. “Los fiscales dirigirán los actos iniciales de investigación y los de la policía, velando por el estricto cumplimiento de la ley. Durante la instrucción cumplirán con las investigaciones que les encomiende el juez o tribunal, sin perjuicio de ampliar la investigación en procura de todos los elementos que les permitan fundamentar la acusación o pedir el sobreseimiento. En todo caso estarán bajo el control jurisdiccional.”

una muy importante se trata de un Ministerio Público imparcial, o sea, una concepción diferente del Ministerio Público y su función.”⁹⁶

Cabe aclarar que desde esta nueva perspectiva el Ministerio Público actúa dentro del margen del control jurisdiccional.

En cuanto a la estructura del proceso se ve modificada radicalmente, entre las novedades se incorpora tardíamente el principio de oralidad⁹⁷, el proceso se rige en base a los principios de contradicción, unidad y concentración de la prueba.

El Juez de Paz ejerce importantes funciones de Control de las Diligencias Iniciales de Investigación que son realizadas por la PNC y la FGR, este último organismo tiene el monopolio de la acción penal pública, contrario a como ocurría en el Código Procesal Penal.

Luego del desarrollo de la Audiencia Inicial, el Juez de Paz tiene facultades para finalizar el proceso o elevar el mismo a etapa de instrucción. Existen varias salidas alternas al proceso penal que son aplicables en esta fase, como prescindir de la persecución penal por la aplicación del criterio de oportunidad, autorizar la conciliación, al decretar la desestimación de la

⁹⁶ SERRANO, Armando Antonio, CAMPOS VENTURA, José David, et. al., *Manual de Derecho Procesal Penal*, Talleres Gráficos UCA, San Salvador, El Salvador, 1998. Pág. 91. “Hoy en día se puede decir que en los sistemas mixtos modernos, hay novedosas categorías que la doctrina y el derecho positivo han ido abriendo. Entre ellas tenemos una muy importante se trata de un Ministerio Público imparcial, o sea, una concepción diferente del Ministerio Público y su función. En esa clase de sistema puede decirse que el Ministerio Público ha abandonado la idea imperante de parte acusadora, cuya actuación era en contra del delincuente, en representación y en protección de la sociedad. Actualmente se concibe al Ministerio Público, con un basamento sobre el Principio de Objetividad, es decir, se trata de un ente imparcial, sometiendo la *notitia criminis* a conocimiento de los tribunales y pidiendo que se aplique el derecho al caso concreto. En otras palabras la meta del Ministerio Público no es perseguir y acusar al presunto culpable, sino que, objetivamente, la ley sea aplicada.”

⁹⁷ Art. 329 “La audiencia será oral; de esa forma deberán declarar el imputado y las demás personas que participan en ella. Quienes no puedan hablar o no puedan hacerlo de manera inteligible en el idioma oficial, formularán sus preguntas o contestaciones por escrito o por medio de intérpretes, leyéndose o traduciendo las preguntas o las contestaciones. El imputado sordo o que no pueda entender el idioma oficial, será auxiliado por intérprete para que se le transmita el contenido de los actos de la audiencia. Las resoluciones del juez o tribunal durante la audiencia se dictarán verbalmente, quedando notificados todos por su pronunciamiento, dejándose constancia en el acta.”

denuncia o suspender condicionalmente el proceso (*Probation*). También puede dictar sobreseimiento definitivo o provisional.

De encontrar indicios suficientes para elevar a la etapa de instrucción debe ordenar la instrucción puede mantener o decretar la detención del imputado, así como dictar otras medidas sustitutivas. También le corresponde al Juez de Paz admitir la querrela o denegarla y conocer de los procesos penales por faltas.

Como pudimos analizar anteriormente, en el Código Procesal Penal de 1974 el Juez competente en la Instrucción conocía del juicio, realizaba actos de prueba y valoraba dichas pruebas. A pesar que existía la institución de la Instrucción esta no cumplía con la finalidad histórica para la cual fue creada: la preparación del juicio oral y público, es así que en el Código Procesal Penal de 1998 esta Fase de Instrucción se ve seriamente modificada, debido a que se crea un Juez de Instrucción, quien coordinará los Actos de Investigación con la Fiscalía, la Policía, las partes y las autoridades judiciales, con facultades de Control sobre la legalidad de dichas pruebas. También tienen facultades de conocer sobre la apelación en los juicios por faltas.

Para explicar la Fase de instrucción, desde sus orígenes históricos, citamos las palabras del procesalista italiano MANZINI:

“La instrucción del procedimiento penal, o sea el conjunto de los actos llevados a cabo por la Autoridad judicial o por orden de ella, que se dirigen a averiguar si, por quién y cómo se ha cometido un determinado delito, y a adquirir cualquier otro elemento necesario para la comprobación de la verdad, se lleva a cabo tanto antes del debate como en el debate mismo. Pero el primer período se caracteriza principalmente por la búsqueda y la preparación; en cambio, en el debate predomina la actividad de control, de discusión y de juicio. La instrucción anterior al debate tiene

la finalidad de recoger y seleccionar el material que habrá de servir para el juicio, eliminando todo lo que resulte embarazoso, superfluo o inatendible.”⁹⁸

Una vez terminada la Instrucción el fiscal y el querellante deben presentar la acusación formal siendo el período de la Instrucción 6 meses como máximo, asimismo pueden solicitar sobreseimiento provisional y definitivo, la aplicación del criterio de oportunidad, *Probation*, la aplicación del procedimiento abreviado y la conciliación.

Mientras tanto el defensor puede señalar los vicios formales de la acusación, plantear excepciones, ofrecer prueba, solicitar revocar las medidas cautelares, solicitar sobreseimientos y las demás salidas alternas (excepto la desestimación que sólo procede en audiencia inicial).

El Juez de Instrucción admite o rechaza la prueba ofertada por las partes, y si encuentra suficientes indicios de que existe autoría o participación en el supuesto delito admitirá total o parcialmente la acusación y ordenará el auto de apertura a juicio ratificando, ordenando, revocando o sustituyendo medidas cautelares. Cuando el juez admite la acusación hace una

⁹⁸ MANZINI, Vincenzo, *Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo IV Del Procedimiento Penal*. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires. 1953. Págs. 173-175. , “La instrucción del procedimiento penal, o sea el conjunto de los actos llevados a cabo por la Autoridad judicial o por orden de ella, que se dirigen a averiguar si, por quién y cómo se ha cometido un determinado delito, y a adquirir cualquier otro elemento necesario para la comprobación de la verdad, se lleva a cabo tanto antes del debate como en el debate mismo. Pero el primer período se caracteriza principalmente por la búsqueda y la preparación; en cambio, en el debate predomina la actividad de control, de discusión y de juicio. La instrucción anterior al debate tiene la finalidad de recoger y seleccionar el material que habrá de servir para el juicio, eliminando todo lo que resulte embarazoso, superfluo o inatendible. Si a esta instrucción se le asignara, en cambio, la finalidad de fijar los elementos para la convicción del juez del debate, se limitaría la libertad de éste o se determinaría una inútil duplicación de actos procesales. Si sólo se tratara de preparar la acusación, la instrucción se caracterizaría siempre como actividad propia del ministerio público (o del pretor en función de ministerio público). Pero la instrucción tiene también la finalidad de recoger y tomar en consideración las defensas del imputado y de establecer si es o no el caso de reenviar a juicio ese mismo imputado. (...) Las normas relativas al instituto de la instrucción procesal penal, como hemos dicho, tienen, no sólo un fin de garantía individual, sino también el de evitar los debates inútiles y de preparar un material seleccionado para los debates necesarios.”

descripción precisa del hecho objeto del juicio y de las personas acusadas, este será el marco dentro del cual se desarrollará el juicio.

Si la prueba no es suficiente puede ordenar prueba de oficio o decretar una de las salidas alternas, incluidos los sobreseimientos, *Probation*, autorizará la conciliación. Si el dictamen de acusación de la fiscalía tiene errores ordenará la corrección de los vicios formales de la acusación del fiscal o del querellante.

En contraste al Código Procesal Penal de 1974, la etapa del Juicio, denominada legalmente como Vista Pública, conoce un Tribunal de Sentencia Pluripersonal, integrado por tres jueces que toman decisión por mayoría de votos. De esta forma se garantiza, en mayor medida que en la ley procesal penal anterior, la imparcialidad del juez.

También se reconoce la figura del jurado para una cantidad mínima de delitos menos graves, quitándole la importancia que tenía en el pasado.

Con la adopción del Juicio como etapa principal en la cual se decide si el Principio de Presunción de Inocencia es controvertido o no, se adopta el Sistema Procesal Penal Mixto Moderno, el cual data de 1930, nuevamente citamos a MANZINI, quien denomina a la Fase del Juicio como debate:

“El “debate” es la discusión en forma acusatoria, o sea, según los criterios del contradictorio, de la publicidad, de la oralidad, de la inmediación y de la continuidad, en lo que atañe a la pretensión punitiva hecha valor por el ministerio público con la acción penal, ante el juez competente investido de plena jurisdicción para decidir en mérito a esa misma acción.”⁹⁹

⁹⁹ MANZINI, Vincenzo, *Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo IV Del Procedimiento Penal*. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires. 1953. Págs. 389-390.

En el mismo sentido la Jurisprudencia Constitucional Salvadoreña, que ha caracterizado al Sistema Procesal Penal vigente desde 1998 de la siguiente forma:

“A partir del Código de Instrucción Criminal francés de 1808, y como un sincretismo entre ambos modelos, surge en el derecho continental europeo – posteriormente extendido al continente americano de tradición jurídica latina– el sistema mixto clásico o acusatorio formal basado en una nítida separación entre las fases de instrucción y juzgamiento. Entre las características más importantes de este modelo se encuentran: (i) la desconcentración de las funciones de investigar, acusar y juzgar, correspondiendo la investigación al juez de instrucción, quien es distinto al que tiene la obligación de efectuar el juicio; (ii) en la etapa instructoria predominan los rasgos inquisitivos, sin embargo se atempera el carácter secreto del sumario, además se garantiza al inculpado una serie de garantías y derechos como el defensa y la excepcionalidad de privarle de su libertad durante el procedimiento; (iii) el juicio se constituye en el núcleo básico del modelo, el cual es público, oral y contradictorio; en éste, las partes en igualdad de condiciones pueden ante un tribunal popular o técnico argumentar y, controvertir la prueba producida en la audiencia (inmediación y concentración); por ende, sólo estos elementos pueden dar lugar a la convicción del tribunal, y no los recogidos en la fase de averiguación –aunque ello puede resultar excepcional–; y (iv) el sistema de valoración de la prueba lo constituye la sana crítica en el caso de los jueces técnicos o la íntima convicción en el caso de los tribunales populares, en contraposición al sistema de prueba tasada propio del sistema inquisitivo”¹⁰⁰

Como hemos podido observar, en materia Político-Criminal, en dicho código se reconocen salidas alternas al proceso penal como la Suspensión del Procedimiento a Prueba, el Criterio de Oportunidad, la Conciliación, la Desestimación, la Suspensión Condicional del Procedimiento a Prueba, el Proceso Abreviado.

¹⁰⁰ Sentencia de Inconstitucionalidad de las diez horas y treinta y cinco minutos del día veintiocho de marzo de dos mil seis, pronunciada en el Proceso de Inconstitucionalidad con Referencia 2-2005.

Esta regulación presenta correspondencia con los planteamientos Garantistas de la Constitución de la República, debido a que se erige al proceso penal respetando los principios de última ratio y proporcionalidad en Derecho Penal. Utilizamos aquí la palabra Garantista en el sentido de la primera acepción que Luigi FERRAJOLI explica en su Obra Derecho y Razón, según su opinión:

“La orientación que desde hace algún tiempo se conoce por el nombre de garantismo nació en el campo penal como una réplica al creciente desarrollo de la citada divergencia, así como a las culturas jurídicas y políticas que la han avalado, ocultado y alimentado, casi siempre en nombre de la defensa del estado de derecho y del ordenamiento democrático. Ahora es posible distinguir tres acepciones de la palabra ‘garantismo’, diversas pero relacionadas entre sí, que corresponden a otros tantos temas tratados en las tres primeras partes de este libro pero susceptibles también de ser trasladadas a todos los campos del ordenamiento jurídico. Según una primera acepción, ‘garantismo’ designa un modelo normativo de derecho: precisamente, por lo que respecta al derecho penal, el modelo de ‘estricta legalidad’ (...) propio del estado de derecho, que en el plano epistemológico se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos de los ciudadanos. En consecuencia, es ‘garantista’ todo sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo y lo satisface de manera efectiva.”¹⁰¹

¹⁰¹ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*, Editorial Trotta, Madrid, 1995. Págs. 851 - 852. “Hemos visto cómo el modelo penal garantista, aun cuando recibido en la Constitución italiana y en otras Constituciones como parámetro de racionalidad, de justicia y de legitimidad de la intervención punitiva, se encuentra ampliamente desatendido en la práctica, tanto si se considera la legislación penal ordinaria como si se mira a la jurisdicción o, peor aún, a las prácticas administrativas y policiales. Esta divergencia entre la normatividad del modelo en el nivel constitucional y su ausencia de efectividad en los niveles inferiores comporta el riesgo de hacer de aquél una simple fachada, con meras funciones de mistificación ideológica del conjunto. La orientación que desde hace algún tiempo se conoce por el nombre de garantismo nació en el campo penal como una réplica al creciente desarrollo de la citada divergencia, así como a las culturas jurídicas y políticas que la han avalado, ocultado y alimentado, casi siempre en nombre de la defensa del estado de derecho y del ordenamiento democrático. Ahora es posible distinguir tres acepciones de la palabra ‘garantismo’, diversas pero relacionadas entre sí, que corresponden a otros tantos temas tratados en las

Nuestro comentario al respecto del Garantismo Penal se enfoca en tratar de hacerle ver al lector que en nuestro país el vocablo “Garantismo” ha sido tergiversado y se utiliza de forma peyorativa nombrando a los jueces que “liberan a los delincuentes” como “Garantistas”, lo cual como hemos tenido la oportunidad de comprobar es falso. Una Política Criminal Garantista significa según nuestra postura, fundamentando la misma en la doctrina de FERRAJOLI, que debe respetarse el Estado Constitucional de Derecho en la configuración del Sistema Penal, es decir ejerciendo la acción penal, investigando la comisión de delitos, imponiendo penas y medidas, y ejecutando las mismas en estricto respeto a los Derechos Fundamentales, potenciando el goce de la Libertad a los ciudadanos y no restringiéndolos en ocasión de la “efectividad” del Derecho Penal.

2.6.-La Ley Penitenciaria

Previamente analizamos el Programa Penal de la Constitución de 1983, en su oportunidad manifestamos que nuestra Carta Magna establece parámetros claros sobre los fines de la pena en el Art. 27 Cn., inclinándose

tres primeras partes de este libro pero susceptibles también de ser trasladadas a todos los campos del ordenamiento jurídico. Según una primera acepción, ‘garantismo’ designa un modelo normativo de derecho: precisamente, por lo que respecta al derecho penal, el modelo de ‘estricta legalidad’ SG propio del estado de derecho, que en el plano epistemológico se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos de los ciudadanos. En consecuencia, es ‘garantista’ todo sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo y lo satisface de manera efectiva. Al tratarse de un modelo límite, será preciso hablar, más que de sistemas garantistas o anti-garantistas *tout court*, de grados de garantismo; y además habrá que distinguir siempre entre el modelo constitucional y el funcionamiento efectivo del sistema. Así, diremos por ejemplo que el grado de garantismo del sistema penal italiano es decididamente alto si se atiende a sus principios constitucionales, mientras que ha descendido a niveles bajísimos si lo que se toma en consideración son sus prácticas efectivas. Y mediremos la bondad de un sistema constitucional sobre todo por los mecanismos de invalidación y de reparación idóneos, en términos generales, para asegurar efectividad a los derechos normativamente proclamados: una Constitución puede ser avanzadísima por los principios y los derechos que sanciona y, sin embargo, no pasar de ser un pedazo de papel si carece de técnicas coercitivas - es decir, de garantías- que permitan el control y la neutralización del poder y del derecho ilegítimo”.

por la Prevención Especial y alejándose de las Teorías Absolutas de la Pena. Cn., por lo cual todo tipo de trabajo dentro de los centros penitenciarios o fuera de ellos debe ser voluntario. En el presente apartado es necesario hacer énfasis en la labor que desarrolla el Órgano Judicial específicamente las funciones de vigilar el cumplimiento de las penas y las medidas de seguridad, con estricto apego a la Ley de Vigilancia Penitenciaria.

Es necesario hacer mención de la Ley del Régimen de Centros Penales y de Readaptación¹⁰² como último antecedente normativo. Esta ley data de 1973 y por lo tanto debería estar en correspondencia con la Constitución de 1962, lo que no ocurría debido a que en esta Ley se otorga la competencia para la ejecución de penas y medidas al Poder Ejecutivo y no al Judicial.¹⁰³

Según el artículo 7 de la Ley del Régimen de Centros Penales y de Readaptación:

“Carácter y Atribuciones de la Dirección General. Art. 7.- La Dirección General de Centros Penales y de Readaptación es un organismo dependiente del Ministerio de Justicia, que tiene a su cargo la organización, funcionamiento y control de las Penitenciarias y de los Centros Penales y de Readaptación, así como el desarrollo y efectividad de los programas que tiendan a la readaptación social de los reclusos.”

En cambio con entrada en Vigencia de la Ley Penal Juvenil se cumple con el mandato constitucional de que la Ejecución de la Pena y Medida de Seguridad debe estar bajo competencia del Órgano Judicial. En cumplimiento con el artículo 172 de la Constitución de 1983 según el cual:

“La Corte Suprema de Justicia, las Cámaras de Segunda Instancia y los demás tribunales que establezcan las leyes secundarias, integran el Órgano Judicial.

¹⁰² Decreto Legislativo Número 427 de fecha 11 de septiembre de 1973, publicado en el Diario Oficial Número 180, Tomo Número 240, de fecha 27 de septiembre de 1973.

¹⁰³ El artículo 81 de la Constitución Política de 1962 reza de la siguiente forma: “El Poder Judicial será ejercido por la Corte Suprema de Justicia, las Cámaras de Segunda Instancia y los demás tribunales que establezcan las leyes secundarias. **Corresponde a este Poder la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materias constitucional, civil, penal, mercantil y laboral, así como en las otras que determine la ley.**”

Corresponde exclusivamente a este Órgano la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materias constitucionales, civil, penal, mercantil, laboral, agraria y de lo contencioso-administrativo, así como en las otras que determine la ley. La organización y funcionamiento del Órgano Judicial serán determinados por la ley. Los Magistrados y Jueces, en lo referente al ejercicio de la función jurisdiccional, son independientes y están sometidos exclusivamente a la Constitución y a las leyes.”

Lo anterior debemos entenderlo como una protección a favor del interno, debido a que la función del Órgano Judicial es vigilar y controlar que en la Ejecución de Penas y Medidas se respeten los derechos del interno que no han sido suspendidos, ya que tras la condena únicamente se suspenden los derechos políticos de los mismos, no los derechos de integridad física, salud, educación, trabajo, familia, por mencionar algunos. Para realizar esta Labor de control los jueces de vigilancia penitenciaria tienen las facultades que señala el artículo 37 de la Ley Penitenciaria, dichas competencias las señala la ley mediante el sistema de *numerus apertus*.

De este modo la ejecución de penas y medidas se realiza mediante la colaboración del Órgano Ejecutivo y del Órgano Judicial, al primero le compete la organización y el funcionamiento del Sistema Penitenciario, a través de los organismos administrativos siguientes: la dirección general de centros penales, el consejo criminológico nacional, los consejos criminológicos regionales, los equipos técnicos criminológicos y la escuela penitenciaria. Mientras el Órgano Judicial realiza sus actividades mediante los Jueces de Vigilancia penitenciaria y los Departamentos de prueba y libertad asistida. El conocimiento en grado del recurso de apelación es competencia de las Cámaras de lo Penal, ya que hasta la fecha no se han creado cámaras de vigilancia penitenciaria.

Continuando con el análisis de la Reforma Penal de 1998, es el momento de estudiar la Ley Penitenciaria de 1998. En los artículos 2 y 3 de la Ley Penitenciaria se encuentran los fundamentos del Sistema Penitenciario, así:

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

“Art. 3 Las instituciones penitenciarias establecidas en la presente Ley, tienen por misión fundamental procurar la readaptación social de los condenados y la prevención de los delitos, así como la custodia de los detenidos provisionales. Se consideran internos todas aquellas persona que se encuentren privadas de libertad por aplicación de la detención provisional, de una pena privativa de libertad o de una medida de seguridad.”¹⁰⁴

Como podemos observar hasta ahora la Ley Penitenciaria guarda correspondencia con el Programa Penal de la Constitución. Al respecto debemos reafirmar que nuestro Sistema Penitenciario adopta las Teorías de la Prevención Especial, las cuales son explicarlas por ZAFFARONI de la siguiente forma:

“(D) Las teorías de *la prevención especial negativa* (el modelo es Garófalo) asignan a la pena la función de eliminación o neutralización física de la persona para conservar una sociedad que se parece a un organismo o a un ser humano, a la que ha afectado una disfunción que es síntoma de la inferioridad bio-psico-social de una persona y que es necesario responder en la medida necesaria para neutralizar el peligro que importa su inferioridad. (a) Las anteriores suelen combinarse con las *versiones positivistas* de las teorías de *la prevención especial positiva* (los modelos son Ferri, von Liszt, Ancel), que asignan a la pena la función de reparar la inferioridad peligrosa de la persona para los mismos fines y frente a los mismos conflictos y en la medida necesaria para la resocialización, repersonalización, reeducación, reinserción, etc. (el llamado conjunto de *ideologías re*), (b) Las *versiones moralizantes* (el modelo es Róder) asignan a la pena la función de mejoramiento moral de la persona para impulsar el progreso ético de la sociedad y de la humanidad en su conjunto, frente a acciones que van

¹⁰⁴ D. L. 1027, del 24 de abril de 1997. Publicado en el D. O. N° 85, Tomo 335, del 13 de mayo de 1997.

en sentido contrario al progreso moral i que son síntoma de inferioridad ética) y en la medida necesaria para superar esa inferioridad.”¹⁰⁵

La Constitución de la República tiene influencia clara de las teorías de la prevención especial positiva al establecer en el artículo 27 inciso tercero que “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” pero también tiene influencias de las teorías de la prevención especial negativa, lo que se puede evidenciar en la parte final del mismo artículo: “**y la prevención de los delitos**”. Nos referiremos a los fines de la pena en mayor detalle en el próximo Capítulo.

Entrando en materia, la Ley Penitenciaria establece que el Régimen Penitenciario, al menos formalmente, es del tipo Progresivo, según el artículo 95, el cual establece que:

“La ejecución de la pena de prisión se realizará a través de las siguientes fases: 1) Fase de Adaptación, 2) Fase Ordinaria, 3) Fase de Confianza; y, 4) Fase de semilibertad”.

Asimismo se reconocen los principios de legalidad, Art. 4, de Humanidad e igualdad, Art. 5, de Judicialización, Art. 6, de Participación comunitaria, Art. 7, y de afectación mínima, Art. 8 LP.

Se reconocen a los internos un cúmulo de Derechos en el artículo 9, entre los que sobresalen:

- ❖ Derecho a que el establecimiento donde esté guardando prisión, cuente con las instalaciones sanitarias y médicas mínimas, para garantizar la preservación de su vida, su salud e integridad física.

¹⁰⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro, SKOLAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Segunda Edición, EDIAR, Buenos Aires, 2002. Pág. 57.

- ❖ Derecho a un régimen alimenticio suficiente para el mantenimiento de su salud.
- ❖ A ser designado por su propio nombre.
- ❖ A utilizar sus prendas de vestir y al respeto de sus costumbres personales.
- ❖ A un trabajo rentable que no sea aflictivo.
- ❖ A mantener sus relaciones de familia.
- ❖ A disponer dentro de los establecimiento de detención, locales adecuados y dignos para la realización de visitar familiares e íntimas.
- ❖ A la asistencia letrada en cualquier incidente que se suscite durante la ejecución de la pena.
- ❖ A entrevistarse privadamente con el Juez de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena, el Director del establecimiento, su defensor, o cualquier profesional que lo asista en la atención de un programa personal o respecto a cualquier situación que afecte sus derechos.
- ❖ Así como disponer en el centro penitenciario de leyes, libros, revistas y periódicos de libre circulación en el exterior (biblioteca particular de los internos, Art. 12 LP).
- ❖ Finalmente tienen derecho a Educación, aunque no lo establece el art. 9, ya que es obligación del estado que exista una biblioteca penitenciaria en cada centro penitenciario. También existe la posibilidad legal de que realicen estudios de educación media, superior, técnica o universitaria.

La única que crítica que realizaremos en este apartado es que todos los derechos que establece la Ley Penitenciaria en la realidad no se cumplen, debido a la falta de recursos, falta de personal calificado, y en especial debido al hacinamiento que existe en todos los centros penitenciarios.

Posteriormente analizaremos las condiciones de la Ejecución de Penas y Medidas en El Salvador, pero citamos aquí parte del informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó sobre el estado de las cárceles en nuestro país, esto con la finalidad de contraponer los Derechos que reconoce la Ley Penitenciaria a los internos y la realidad en la que cumplen con las penas y medidas de seguridad:

“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.”¹⁰⁶

2.7.-La Ley Penal Juvenil

La Ley del Menor Infractor vino a derogar la normativa anterior relativa al “menor de conducta irregular” contenida en el Código de Menores y en otras leyes similares, que data de 1973.

¹⁰⁶ 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. Disponible en internet: <http://www.cidh.org/Comunicados/Spanish/2010/104a-10sp.htm>

La entrada en vigencia de la Ley del Menor Infractor estaba prevista para el primero de octubre de 1994, pero se reformó tanto el nombre de la ley como la entrada en vigencia de la misma, esta reforma sucedió en septiembre de 1994, momento desde el cual se conoce como Ley Penal Juvenil.

La normativa tiene razón de ser en el Programa Penal de la Constitución, ya que en el artículo 35 de la Constitución de la República se regula que: “La conducta antisocial de los menores que constituya delito o falta estará sujeta a un régimen jurídico especial.”¹⁰⁷

La razón principal por la cual se deroga la normativa anterior fue porque no existía correspondencia entre la legislación secundaria y el Programa Penal de la Constitución, según el Considerando IV de la Ley Penal Juvenil:

“Que el actual Código de Menores no responde a los principios reconocidos en la Constitución y en la Legislación Internacional, respecto del menor que ha infringido la Ley Penal; siendo por ello indispensable decretar una Ley Especial que regule la materia e incorpore los referidos principios, adecuándolos a nuestra realidad social”.¹⁰⁸

La Justicia Penal Juvenil también está reconocida en Tratados Internacionales ratificados por El Salvador, por ejemplo el artículo 5.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 establece que: “Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.” En el mismo sentido el artículo 10.2 literal b) del Pacto de Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966: “b) Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser

¹⁰⁷ “Art. 35.- El Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores, y garantizará el derecho de éstos a la educación y a la asistencia. La conducta antisocial de los menores que constituya delito o falta estará sujeta a un régimen jurídico especial.”

¹⁰⁸ Considerando IV de la Ley Penal Juvenil: D. L. N° 863, del 27 de abril de 1994. Publicado en el D. O. N° 106, Tomo 323, del 8 de junio de 1994.

llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento.”

Continuando con el estudio de la Ley Penitenciaria podemos afirmar que con la entrada en vigencia de esta ley se cambia la filosofía con la cual se perseguían a los menores de edad que cometían delitos y faltas, desde la denominación de los mismos, quienes anteriormente eran llamados menores infractores, hasta el tipo de proceso y las medidas de seguridad que se pueden imponer a los mismos.

Los principios rectores, regulados en el artículo 3 de dicho cuerpo normativo son: “La protección integral del menor, su interés superior, el respeto a sus derechos humanos, su formulación integral y la reinserción en su familia y en la sociedad”.

Sobre los procesos conocen Juzgados de Menores y Cámaras de los Menores quienes podrán imponer las siguientes medidas: “a) Orientación y apoyo socio-familiar, Amonestación, Imposición de reglas de conducta, Servicios a la Comunidad, Libertad Asistida, Internamiento.”¹⁰⁹ Cabe aclarar que dichas medidas tienen una finalidad educativa.¹¹⁰

Luego de la entrada en vigencia de la Ley Penal Juvenil se crea, en junio de 1995 para ser más precisos, la Ley de Vigilancia y Control de Ejecución

¹⁰⁹ Artículo 8 Ley Penal Juvenil. D. L. N° 863, del 27 de abril de 1994. Publicado en el D. O. N° 106, Tomo 323, del 8 de junio de 1994. “Art. 8.-El menor que cometiere un hecho tipificado como delito o falta de acuerdo a la legislación penal, sólo podrá ser sometido a las siguientes medidas: a) Orientación y apoyo sociofamiliar, Amonestación, Imposición de reglas de conducta, Servicios a la Comunidad, Libertad Asistida, Internamiento.”

¹¹⁰ “Art. 9 Las medidas señaladas en el artículo anterior deben tener una finalidad primordialmente educativa y se complementarán, en su caso, con la intervención de la familia y el apoyo de los especialistas que el Juez determine. La aplicación de las medidas será ordenada en forma provisional o definitiva, y podrán ser suspendidas, revocadas o sustituidas por otras, previa consulta, en su caso, de las personas encargadas de dar apoyo al menor durante el cumplimiento de la medida. El Juez podrá ordenar la aplicación de las medidas previstas en esta Ley en forma simultánea, sucesiva o alternativa. Cuando el menor careciere de familia o esta no le garantizare su formación integral, se informará esta beircunstancia al Instituto Salvadoreño de Protección al Menor.”

de Medidas al Menor Infractor Sometido a la Ley Penal Juvenil que tiene como Objeto: “regular los procedimientos de actuación del Juez de Ejecución de Medidas al Menor; así como los recursos que puedan interponerse contra sus resoluciones.”¹¹¹

2.8.-La Contrarreforma Penal

Luego de haber analizado el alcance y los fundamentos de la Reforma Penal de 1997-1998, nos dedicaremos a analizar el proceso de reformas que en nuestra opinión significó un retroceso en materia de Política Criminal, dicho proceso de reformas es conocido como la contrarreforma penal y comprende básicamente las reformas realizadas a los Códigos Penal y Procesal Penal, así como a la Ley Penal Juvenil.

2.8.1.-Exposición de las reformas realizadas al Código Penal desde 1997 hasta 2011

Si realizáramos un análisis histórico sobre los Sistemas Penales en El Salvador, podríamos afirmar, como lo hace el jurista Argentino ZAFFARONI, que:

“Los gobiernos latinoamericanos, por regla general, se apresuraron a copiar códigos en forma bastante desordenada: modelos constitucionales —códigos políticos— con sistema presidencialista; códigos penales europeos —el francés y el español— y códigos procesales penales análogos, con algunas instituciones anglosajonas de casi imposible adaptación, como el jurado, que únicamente parece haber hallado mediana acogida en el Brasil, y, en casi todos los países, leyes que permitían la imposición de penas sin delito, reservadas a las clases marginadas, mediante el sistema de "levas" o servicio militar obligatorio para los "vagos y

¹¹¹ Art. 1 Ley de Vigilancia y Control de Ejecución de Medidas al Menor Sometido a la Ley Penal Juvenil. D. L. N° 361, del 7 de junio de 1995, publicado en el D. O. N° 114, Tomo 327, del 21 de junio de 1995. “La presente Ley tiene por objeto regular los procedimientos de actuación del Juez de Ejecución de Medidas al Menor; así como los recursos que puedan interponerse contra sus resoluciones.”

malentretrenidos", que es otro fenómeno que no ha sido estudiado por los juristas, generalmente por no ser considerado formalmente como "penal", pero que, al igual que las penas privativas de libertad impuestas por los terratenientes y capataces, eran el más formidable instrumento de control social punitivo de la época."¹¹²

Como hemos podido observar, con la Reforma Penal de 1994-1998 se pretendía superar los Sistemas Penales del pasado; una teoría del delito que no se basaba en principios como los de Antijuricidad Material, de Lesividad del Bien Jurídico, y que más bien tenían visos del Derecho Penal de Autor, según podemos ver en la creación y mantenimiento de Leyes como la Ley de Vagos y Maleantes¹¹³, la Ley del Estado Peligroso¹¹⁴ o la Ley Transitoria de

¹¹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Criminología: Aproximación desde un margen*, Editorial TEMIS, Bogotá, Colombia, 1988. Pág. 126. "Los gobiernos latinoamericanos, por regla general, se apresuraron a copiar códigos en forma bastante desordenada: modelos constitucionales —códigos políticos— con sistema presidencialista; códigos penales europeos —el francés y el español— y códigos procesales penales análogos, con algunas instituciones anglosajonas de casi imposible adaptación, como el jurado, que únicamente parece haber hallado mediana acogida en el Brasil, y, en casi todos los países, leyes que permitían la imposición de penas sin delito, reservadas a las clases marginadas, mediante el sistema de "levas" o servicio militar obligatorio para los "vagos y malentretrenidos", que es otro fenómeno que no ha sido estudiado por los juristas, generalmente por no ser considerado formalmente como "penal", pero que, al igual que las penas privativas de libertad impuestas por los terratenientes y capataces, eran el más formidable instrumento de control social punitivo de la época. El resultado de la recepción del contractualismo penal en América Latina, fue la escisión inmensa entre el discurso jurídico y la realidad de nuestros sistemas penales, disidencia que se volvería endémica. Los primeros comentaristas de los nuevos textos, que en general no alcanzaron mayor vuelo doctrinario, parecían afiliarse a estas corrientes. Como valoración general, podemos decir que el contractualismo y el disciplinarismo, esto es, lo que puede llamarse con mayor o menor acierto, el *liberalismo* penal o criminológico, fue a la zaga del político y pasó bastante meteóricamente por Latinoamérica, o sea, el tiempo necesario para que las élites criollas consolidaran su hegemonía. Su grado de elaboración teórica fue bajo, porque, en general, fueron épocas políticamente agitadas, violentas y de frecuentes guerras, poco propicias para las elaboraciones de gabinete. Nunca debemos olvidar que en el plano de los hechos, las élites de nuestra región se manejaron con una suerte de hegelianismo práctico: si bien por una parte se introducían códigos más o menos copiados a Europa y se establecían tribunales que hacían respetar algunas formas jurídicas, por otro lado seguía funcionando el sistema penal paralelo, remozando usos que venían de la Colonia y que perduraron muchas décadas. Nos referimos al sistema de "levas", es decir, de incorporación forzada al ejército, con los peores destinos, que se disponía ya en la legislación indiana y en la legislación portuguesa. Este mecanismo introducía una clara facultad arbitraria de eliminar a "vagos y malentretrenidos" por parte de un poder que generalmente no estaba en manos de los jueces. Obviamente, los destinatarios de estas medidas eran los marginados, pues este no era método para saldar cuentas en las luchas por la hegemonía política, en que se practicaba la eliminación física, del modo como dan cuenta las detalladas historias de las luchas latinoamericanas del siglo XIX."

¹¹³ D. L. de 27 de junio de 1940, publicado en el D. O. del día 20 de junio de 1940.

Emergencia contra la Delincuencia y el Crimen Organizado¹¹⁵, esta última derogada en el marco de la Reforma Penal de 1998; así como un Sistema Procesal Penal con visos de Inquisitorio.

El Estado Salvadoreño proponía, como negación del Sistema anterior, un Sistema Penal de Derecho Liberal, Garantista, junto con un Sistema Procesal Penal formalmente acusatorio, también denominado mixto moderno y que guarde correspondencia a los fines constitucionales que anteponen a la persona humana al estado, es decir un proceso penal democrático pues respeta los Derechos y Garantías del ciudadano en la persecución del delito por medio de la acción penal pública.¹¹⁶

¹¹⁴ D. L. N° 1028, de fecha 15 de mayo de 1953, publicado en el D. O. N° 92, Tomo 159, de fecha 25 de mayo de 1953. Derogada por el D.L. N° 116, del 22 de octubre de 1997, publicado en el D.O. N° 215, Tomo 337, 18 de Noviembre de 1997.

¹¹⁵ Decreto Legislativo N° 668, de fecha 19 de marzo de 1996, publicado en el D. O. N° 58, Tomo 330, de fecha 22 de marzo de 1996. En dicha ley se creó un proceso penal especial aplicable a los delitos de: Homicidio doloso, homicidio agravado y asesinato; Lesiones graves, muy graves y mutilación; Violación propia, presunta, impropia y agravada; Rapto propio; Secuestro; Amenazas agravadas; Hurto Calificado; Robo; Extorsión; Tenencia, portación y conducción de armas de guerra; Enriquecimiento ilícito; Peculado; Negociaciones ilícitas; Cohecho pasivo y cohecho pasivo impropio; y, Organizaciones internacionales delictivas, asimismo se prohibía la conciliación de los delitos antes mencionados y se aumenta la pena en una tercera parte de forma general a todos los delitos mencionados, se aumentaba la pena en dos terceras partes si fuere ejecutado por funcionarios, empleados públicos, agentes de autoridad o autoridad pública, o si la víctima fuere cualquiera de los antes mencionados; se conmina a pena la proposición y conspiración de los delitos antes mencionados, siendo el quantum la mitad del mínimo y la mitad del máximo, se crean tipos penales abiertos, prohibía el goce de beneficios penitenciarios de excarcelación y suspensión condicional de la pena, somete a este régimen a los menores de edad. Entre otras modificaciones. Cabe aclarar que la Sala de lo Constitucional declaró la inconstitucionalidad de los artículos 2, Inc. 2° y 4°, 4, 6, 12, 14 Inc. 1° 15 y 22, en Sentencia Definitiva de las quince horas del día catorce de febrero de mil novecientos noventa y siete, con Referencia 15-96 y Ac. Decreto Legislativo N° 668.

¹¹⁶ Óp. Cit. SERRANO, Armando Antonio, CAMPOS VENTURA, José David, et. al., Pág. 109. “No hace falta mencionar que el sistema procesal penal que estuvo vigente –desde 1974-, no correspondió a la normativa constitucional de hacer efectiva una justicia pronta y cumplida, cuya finalidad, más que la búsqueda de la verdad real o material, sea la solución de un conflicto y no, como ahora ocurre, fuente generadora de muchas más. Sin embargo, se puede advertir que nuestra propia realidad ha descubierto que nuestro sistema judicial de justicia punitiva, está impregnado con características contrarias a la humanización de la solución de los conflictos, es decir, se caracteriza por ser escrito, lento, formalista, caro subutilizando recursos, etc. A estas características hay que añadir la de aquellos jueces que vinculados por la artificiosa legalidad de sus preceptos, se limitan a juzgar expedientes y no a seres humanos, desligándose de la realidad humana y social que deben valorar. Por el contrario, el nuevo Código Procesal Penal (NCP - refiriéndose al Código Procesal Penal de 1998) implica un verdadero

El día veinte de abril de 1998 entra en vigencia tanto el Código Penal como el Código Procesal Penal y la Ley Penitenciaria. En dicha fecha ya habían sido reformados estos cuerpos normativos. Sólo en el año de 1998 se reformó el código penal en 6 ocasiones, en el año de 1999 se reforma en 4 ocasiones más, 4 reformas más en el año 2001, una reforma en 2002 y 2003, 8 reformas en el año de 2004, y así sucesivamente, existiendo 46 reformas a dicho Código hasta el día de hoy, entre las cuales se han añadido cerca de 41 delitos y se han reformado 164 artículos.

Lo mismo ocurrió, pero en menor medida, con el Código Procesal Penal que hasta el año de 2010 fue reformado en 21 ocasiones y finalmente sustituido por un nuevo Código Procesal Penal aprobado en 2009 pero que entró en vigencia finalmente el primero de octubre de 2010.

Las reformas del Código Penal, sin analizar a profundidad este aspecto por razones prácticas, se realizaron con la finalidad de poder condenar a un mayor número de imputados por un mayor período de tiempo, ampliando el catálogo de delitos y las penas en abstracto de los tipos reformados. A continuación procedemos a analizar brevemente algunas de las reformas más importantes a nuestro juicio:

❖ La primer reforma¹¹⁷ sucede antes de la entrada en vigencia del Código Penal. Se agrega el artículo 240-A creando el Delito de Defraudación a la Economía Pública. Nuestro comentario al respecto es que el delito de Estafa ya contemplaba esta conducta. Asimismo es necesario afirmar que la técnica legislativa del artículo 240-A es deficiente y podría dar lugar a

cambio en la manera de administrar justicia penal. No es, como podría pensarse, un simple cambio de procedimiento o una simple modernización del actual sistema de justicia penal. Por el contrario, el Código Procesal Penal vigente modifica radicalmente las caducas prácticas judiciales y genera, de esa forma, una nueva etapa en la justicia penal, que responda a los principios constitucionales y al Derecho Internacional que ven en la persona humana la razón de ser y en torno a quien debe girar toda la estructura del ordenamiento jurídico punitivo.”

¹¹⁷ D. L. N° 193, de fecha 17 de diciembre de 1997. Publicado en el D. O. N° 240, Tomo 337, del 23 de diciembre de 1997.

impunidad, por atipicidad. En cambio los elementos de la Estafa están claramente definidos en la ley.

Es necesario aclarar que el caso FINSEPRO-INSEPRO pudo tener alguna influencia en esta reforma, debido a que en dicho caso se procesó al principal imputado por el Delito de Defraudación a la Economía Pública, con el código de 1974 que estaba vigente en dicha época, debido a un Recurso de Apelación que resolvió favorablemente la Cámara Primero de lo Penal de San Salvador, mediante el cual se decretó que únicamente se podía perseguir al imputado por el Delito de Cheque sin Provisión de Fondos y Defraudación a la Economía Pública, de los cuales resultó absuelto, pero no del Delito de Estafa. Diferente situación ocurrió con los demás imputados que fueron condenados por el Delito de Estafa.

❖ La segunda reforma¹¹⁸ del Código Penal se llevó a cabo antes de la entrada en vigencia del código, dicha reforma tenía como objetivo prorrogar la entrada en vigencia de la ley penal hasta el día veinte de abril de 1998, la entrada en vigencia estaba prevista para el día 20 de enero de 1998. Las razones por las cuales se prorrogó la entrada en vigencia fue porque el sistema penal no estaba preparado, debido a que no se podían hacer audiencias sin la infraestructura ni el personal capacitado.

❖ En la sexta reforma¹¹⁹ se deroga el artículo 48, este artículo regulaba la conversión de la detención provisional, según la cual se podía reducir la pena de prisión de los condenados de la siguiente forma: si la detención duraba hasta 6 se descontaban los días en razón un día, dos días en el lapso de seis meses a un año y tres días a partir de un año en adelante. De tal forma que si alguien estaba en detención provisional por 4 años y se

¹¹⁸ D. L. N° 205, de fecha 9 de enero de 1998. Publicado en el D. O. N° 5, Tomo 338 del día 9 de enero de 1998.

¹¹⁹ D. L. N° 245, de fecha 24 de septiembre de 1998. Publicado en el D. O. N° 198, Tomo 341 del 23 de octubre de 1998.

condenaba a prisión de 12 años entonces podía salir libre porque su pena ya había sido cumplida.

La razón por la cual se deroga esta disposición fue debido a que era una disposición de naturaleza procesal y no sustantiva, sin importar que promoviera la impunidad y que se pervirtieran los fines de la pena con dicha disposición. Por esta misma razón se incorporó el artículo 441-A al Código Procesal Penal, para beneficiar a varios condenados, ya que la ley es penal es retroactiva *In Bonam Partem*.

❖ La octava reforma¹²⁰ se realizó a consecuencia de los daños causados por la tormenta tropical que azotó al país, aumentando la pena de manera transitoria a los delitos de acaparamiento, Art. 233, venta a precio superior, Art. 234, uso de pesas o medidas alteradas, Art. 235, propalación falsa Art. 237, y ventas ilícitas, Art. 240 C.P.

❖ En la novena reforma¹²¹ suceden cambios importantes para la teoría del Delito, el primero de ellos es que se cambia el artículo 3 que regula el Principio de Lesividad del Bien Jurídico, quitando el mandato de que sólo se pueden penalizar las conductas que lesionen o pongan en peligro efectivo a un bien jurídico. La redacción final es la siguiente: “**Art. 3.-** No podrá imponerse pena o medida de seguridad alguna, si la acción u omisión no lesiona o pone en peligro un bien jurídico protegido por la ley penal”. También encontramos importantes modificaciones, se agrega la *Actio Libera In Causa* en el artículo 29, lo cual consideramos correcto aunque prescindible, se modifica el artículo 94 con lo cual se establece que la no exigibilidad de otra conducta es una causa de inimputabilidad, pero no causa de justificación, se agrega un inciso al artículo 43 para impedir impunidad en

¹²⁰ D. L. N° 471, del 5 de noviembre de 1998. Publicado en el D. O. N° 208, tomo 341 del 9 de noviembre de 1998.

¹²¹ D. L. N° 642, del 4 de julio de 1999. Publicado en el D. O. N° 128, Tomo 344 del 12 de julio de 1999.

el delito masa, se modifican los tipos penales que protegen el bien jurídico patrimonio, por ejemplo los delitos de hurto, hurto agravado, se agrega el delito de receptación tal cual estaba en el código penal de 1974, se agrega la conducción de mercaderías de dudosa procedencia, la proposición y conspiración de los delitos de robo, robo agravado y conducción de mercaderías de dudosa procedencia, también se modifica el delito de estafa.

El comentario que podemos realizar al respecto de esta reforma es que se modificó el principio de lesividad para poder crear delitos de peligro abstracto, aunque en doctrina se ha establecido que únicamente los delitos de peligro concreto deben ser punibles. Asimismo podemos ver cómo la característica del Derecho Penal, selectividad, se pone de manifiesto en estas reformas. Las razones por las cuales se aprobó dicha reforma, según dos diputados son:

“Abraham Rodríguez, de la USC, trató de convencer a sus ex compañeros de coalición. "Este en un mensaje a la población (...) se está trabajando en el endurecimiento de las penas", sentenció. ARENA lo apoyó. "Aceptarlo representa un impacto psicológico contra los delincuentes", acotó Roberto d'Aubuisson (sic.)”.¹²²

❖ En la decimoprimer reforma¹²³ se incorpora la Reincidencia y la Habitualidad como circunstancia agravante de responsabilidad de penal, Art. 30 núm. 6), se establece una exclusión de los beneficios penitenciarios a los reincidentes, Art. 92-A, y se modifica el artículo 112 que habla del régimen de registros penales. También se modifica el artículo 129 estableciendo penas de veinte a veinticinco años, veinticinco a treinta años y treinta a treinta y cinco años a los diferentes numerales del artículo 129 que regula el homicidio agravado. Esta es la primera vez que se aumenta la pena máxima,

¹²² Noticia publicada en el Diario de Hoy: Periodista: Ana Giralt, Título: “Delito de receptación es incluido en Códigos”, de fecha martes 15 de junio de 1999, disponible en internet: <http://www.elsalvador.com/noticias/EDICIONESANTERIORES/junio15/NACIONAL/nacio25.html>

¹²³ D. L. N° 703, del 9 de septiembre de 1999. Publicado en el D. O. N° 183, Tomo 345 del 4 de octubre de 1999.

antes de la reforma la pena máxima era 30 años, por esta misma razón se modifica el artículo 45 y el numeral 1) del artículo 46.

Como podemos ver existía una clara intención según opiniones manifestadas por los diputados de la Asamblea Legislativa de aumentar la pena máxima desde la discusión de la novena reforma, en Julio de 1999. Dicho aumento de penas se realiza hasta la decimo primer reforma aumentándose la pena únicamente en 5 años más en octubre de 1999. Junto con el aumento de penas se restringe la posibilidad de que se aplique el artículo 85, que establece los requisitos de la libertad condicional, a personas que son consideradas reincidentes, habituales, o que hayan cometido delitos contra la vida, la integridad personal, la libertad ambulatoria, la libertad sexual o el patrimonio.

❖ En la decimosegunda reforma¹²⁴ se vuelve a modificar el artículo 129, pero esta vez para enmendar los errores cometidos en la reforma anterior, se corrigen también los artículos 4, 139 y 318.

❖ En la decimotercer reforma¹²⁵ se adiciona el artículo 22-A, que trata sobre el crimen organizado, se crea el Delito de Proposición y Conspiración de Homicidio Agravado, Art. 129-A, se agregan circunstancias agravantes tales como Daño a la Confianza Pública, Irrespeto a Funcionarios Públicos, Art. 29 numerales 17 y 18 respectivamente, se modifica el artículo 71 para adaptarlo a la pena máxima, se aumentan las penas para los delitos de privación de libertad de uno a tres años por la de tres a seis años, secuestro anteriormente de diez a veinte y posterior a la reforma de veinte a treinta años.

¹²⁴ D. L. N° 740 del 22 de octubre de 1999. Publicado en el D. O. N° 223, Tomo 345, del 30 de noviembre de 1999.

¹²⁵ D. L. N° 280 del 8 de febrero de 2001. Publicado en el D. O. N° 32, Tomo 350, del 13 de febrero de 2001.

Se adicionan los artículos 149-A y 214-C para penalizar la proposición y conspiración de delitos de privación y libertad, secuestro, robo y extorsión, actos de terrorismo, agrupaciones ilícitas. Anteriormente manifestamos nuestra opinión en contra de la inclusión de la proposición y conspiración para delitos comunes.

Antes de la reforma de febrero de 2001 el código penal penalizó la proposición y conspiración únicamente para los delitos siguientes: Art. 342 proposición, conspiración y apología para cometer rebelión o sedición, Art. 344 proposición y conspiración para actos de terrorismo, y Art. 361 in fine Genocidio.

En nuestra opinión la penalidad asignada al delito de proposición y conspiración de homicidio agravado no sólo pervierte los fines constitucionales de la pena, transgrede principios como los de proporcionalidad y necesidad de la pena, sino que es contrario al Derecho Penal de Acto y tergiversa la prevención general, que ha sido alegada para aumentar las penas de prisión de ciertos delitos, esto por cuanto supone un mayor disvalor a la proposición y conspiración que a la tentativa, alentando así que se cometan delitos en lugar de prevenirlos.

Sobre las causas que motivaron la creación del delito de proposición y conspiración en sus diferentes tipos el D. L. N° 280 únicamente contiene dos considerandos:

- I. Que el Código Penal en vigor fue aprobado por medio de Decreto Legislativo No. 1030, de fecha veintiséis de abril de mil novecientos noventa y siete, publicado en el Diario Oficial No. 105, Tomo No. 335, del diez de junio del mismo año;
- II. Que es necesario incorporar al Código Penal nuevas figuras delictivas y elevar conductas catalogadas como faltas al rango de delitos, para enfrentar de forma efectiva la situación de inseguridad actual del país, especialmente aquellas formas

delincuencias que responden a modalidades propias del crimen organizado, ya sea en lo que respecta a la organización, como al modo de operar de los mismos;" (sic.)"

De esta forma se evidencia que el legislador tiene la convicción de que con nuevas figuras delictivas se enfrentará de forma efectiva la situación de inseguridad del país. Como podremos ver posteriormente las estadísticas demuestran que en el año de 2001 no existían índices elevados de homicidios, dado que este fenómeno se presenta en el año 2004. Asimismo hasta el año de 2006 únicamente ocurrió un caso de proposición y conspiración de homicidio agravado pero no hubo condena, por lo cual es falsa la afirmación del considerando segundo.

❖ En la decimo quinta reforma¹²⁶ se modifican los artículos 45, 71, 129 numeral 2 y 129 inciso segundo, secuestro, se agrega el delito de fraude de las comunicaciones Art. 238-A, entre otros.

La importancia de esta reforma radica en el aumento de la pena máxima de prisión, actualmente el artículo 45 establece que la pena de prisión puede llegar hasta un período de 75 años¹²⁷, lo cual en nuestra opinión es inconstitucional por ser una manifestación de pena perpetua prohibida por la Constitución. En sus inicios el Código Penal establecía que la pena de prisión máxima era de 30 años.

En la práctica algunos tribunales de sentencia actuaron de forma responsable e inaplicaron en el año de 2001 la reforma mediante el control difuso de constitucionalidad, potestad que deviene del artículo 185 de la Constitución de la República, citamos aquí parte de una resolución del Tribunal de Sentencia de Chalatenango:

¹²⁶ D.L. N° 486, del 18 de julio de 2001, publicado en el D.O. N° 144, Tomo 352, del 31 de julio de 2001.

¹²⁷ "Art. 45.- Son penas principales: 1) La pena de prisión, cuya duración será de seis meses a setenta y cinco años. En los casos previstos por la ley el cumplimiento de la pena será en una celda o pabellón especial de aislados, debiendo cumplirse desde su inicio no menos del diez por ciento de la condena."

“1.- Juicio de constitucionalidad de la reforma del Art. 129 del Código Penal, mediante el D.L. No. 486, del 18 de julio del año 2001, publicado en el D.O. No. 144, Tomo No. 352, del 31 de julio de 2001, en cuanto a la desproporcionalidad de la pena: **1.1.-** Se reconoce que el legislador tiene libertad de configuración en materia de política criminal, pero esa potestad legislativa no debe ser arbitraria; sino sujeta a los límites constitucionales, pues la doctrina y jurisprudencia dominante, son del consenso que tal facultad para restringir derechos, -en el desarrollo del *ius puniendi*-, no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y decidir las penas a imponer, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, como el fundamento y límite del poder punitivo del estado. (...) **1.2** En esta línea de análisis, los derechos fundamentales trazan un marco que limita al legislador penal y le imponen ciertos mandatos y prohibiciones explícitos e implícitos que éste no puede transgredir, pero a la vez le deparan un amplio margen de acción, que se ve representada con la idea que los derechos fundamentales establecen lo constitucionalmente necesario (mandatos), lo constitucionalmente imposible (prohibiciones) y a la vez le deparan al legislador un extenso terreno de lo constitucionalmente posible (lo permitido).(...) De tal suerte que el principio de proporcionalidad, en su variante de la prohibición de exceso, es el criterio para controlar la constitucionalidad de la ley en el marco de estas relaciones, siempre desde el punto de vista de la afectación del derecho de defensa. Conforme a tales razonamientos es oportuno decir que, en conexión al principio de igualdad, es inconstitucional que la ley atribuya a un hecho punible menos grave, una pena superior que a uno más lesivo. Lo mismo ocurre con el grado de culpabilidad, en tanto que debe haber una simetría entre ésta y la reacción penal tomada por el legislador. (...) Por tanto, siendo inconstitucional dicha reforma, se hace necesario inaplicarla para este caso en concreto, desconociéndose su validez; y reconociendo nuevamente la vigencia, para el mismo, del Art. 129 del Código Penal contenida en el D.L. Nº: 740 del 22 de octubre de 1999, publicado en el Diario Oficial No. 223, Tomo 345 del 30 de noviembre de 1999, que dice: *"Se considera homicidio agravado el cometido con alguna de las circunstancias siguientes: (...); No. 3) Con alevosía, premeditación, o con abuso de confianza; (...). En estos casos la pena será de VEINTICINCO A TREINTA AÑOS DE PRISIÓN (mayúsculas del Tribunal)."*¹²⁸

¹²⁸ Sentencia de las nueve horas quince minutos del día diez de marzo de dos mil nueve. REF: 0901-

10-2009. TRIBUNAL DE SENTENCIA de Chalatenango. ““1.- Juicio de constitucionalidad de la reforma del Art. 129 del Código Penal, mediante el D.L. No. 486, del 18 de julio del año 2001, publicado en el D.O. No. 144, Tomo No. 352, del 31 de julio de 2001, en cuanto a la desproporcionalidad de la pena: (...) 1.3 (...) Por lo que en este punto se comparten los argumentos esgrimidos por el Tribunal de Sentencia de San Vicente en el proceso No. 115-03-2003, contra el señor Salvador Ernesto Panameño Ortiz, como coautor del delito de Homicidio Agravado, contra el señor Aníbal Antonio Gavidia Pérez, en la cual se inaplicó la reforma realizada al Art. 129 C. Pn., mediante el D.L. No. 486, del 18 de julio del año 2001, publicado en el D.O. No. 144, Tomo No. 352, del 31 de julio de 2001, en el cual se aumenta la pena de todos los supuestos de dichos artículos, de treinta a cincuenta años de prisión. Para el caso en dicha sentencia se cuestiona la facultad punitiva estatal, recorriendo al análisis del historial de las reformas que dicho artículo ha venido sufriendo a partir del año 1997, así se cuestiona en dicha sentencia que la prohibición de exceso en la penalización de esta conducta puede deberse, entre otras cosas a un empleo simbólico del poder de configuración del legislador penal en exacerbar las penas sin una aparente finalidad más que agravar las penas, que devienen en una violación a la Constitución en los términos apuntados, como se expone a continuación: Así se dice que inicialmente, conforme a la aprobación del Código Penal según D.L. N°: 1030 de fecha 26 de abril de 1997, publicado en Diario Oficial 105 Tomo 335 de 10-06-1997, el art. 129 CP prescribía nueve supuestos de homicidio agravado, y el inciso segundo establecía un tratamiento diferenciado de la pena en abstracto, y a partir de los distintos supuestos, los últimos tres casos estaban conminados a una pena de veinte a veinticinco años de prisión, mientras que los primeros seis casos tenían pena de prisión de veinticinco a treinta años. La primera reforma es introducida a dicho artículo según D.L. N° 378, del 13 de agosto de 1998, publicado en el D.O. N° 156, Tomo 340, del 25 de agosto de 1998, por el que se introduce el supuesto número diez en el tipo penal de Homicidio agravado; y se reforma el inciso segundo incorporando dicho supuesto con pena de veinte a veinticinco años de prisión. La segunda reforma se introduce por D.L. N° 703 de fecha 9 de septiembre de 1999, publicado en D.O. N° 183, tomo 345 de fecha 4 de octubre de 1999, reforma el art. 129 en tres sentidos: Introduce más supuestos de homicidio agravado como medio para otros delitos en el caso del número dos (además de robo, violación y secuestro), número tres (agrega el abuso de superioridad a la alevosía y premeditación) y reforma el inciso segundo en el sentido que sanciona el homicidio agravado en los casos de los numerales del 7 al 10, con prisión de veinte a veinticinco años; y los casos de los numerales del 1 al 6, con prisión de veinticinco a treinta años. La tercera reforma, según D.L. N° 740, del 22 de octubre de 1999, publicado en el D.O. N° 223, Tomo 345, del 30 de noviembre de 1999, reforma el inciso segundo sancionando los numerales del 7 al 10 con prisión de veinte a veinticinco años; los casos de los numerales del 1), 3), 4), 5) y 6) con prisión de veinticinco a treinta años; y el caso del numeral 2) lo sanciona con pena de treinta a treinta y cinco años. Y finalmente, la cuarta reforma aún vigente, se introduce por D.L. N° 486, del 18 de julio de 2001, publicado en el D.O. N° 144, Tomo 352, del 31 de julio de 2001, reforma el art. 129 en dos sentidos: En primer lugar amplía los supuestos del numeral 2) cuando el homicidio se cometiera como medio para la comisión de secuestro, violación, agresión sexual, robo, extorsión, actos de terrorismo, asociaciones ilícitas, comercio ilegal y depósito de armas, contrabando, lavado de dinero y activos, corrupción, drogas; y en segundo lugar, señala para todos los casos de homicidio agravado (del 1 al 10), la pena de treinta a cincuenta años de prisión. Así se cuestiona que esta última reforma quiebra el tratamiento diferenciado que traía el legislador en sus anteriores reformas, dado que para los nueve casos, excepto el del número dos, se trata de una sola acción -homicidio- en la que el tipo básico se agrava debido a que concurren determinadas relaciones, calidades o circunstancias, tanto del sujeto activo o pasivo, así como los medios empleados y móviles que impulsaron al autor del hecho. Pero lo característico de los nueve casos distintos al número dos, es que se trata de una sola acción disvaliosa acompañada de esas diferentes circunstancias. A diferencia del número dos, que no se trata de una sola acción, sino que el homicidio va acompañado de otra acción autónoma jurídico penalmente disvaliosa y reprochable, constitutiva de otro y otros delitos, en cuyo caso el homicidio se convierte en un medio

En relación a nuestra afirmación anterior de que esta reforma es inconstitucional por ser una manifestación de pena perpetua, la Sala de lo Constitucional de El Salvador declaró inconstitucional el incremento de las penas de prisión previsto en los artículos 45 N° 1, 71 y 129 inciso final del Código Penal en diciembre de 2010, es decir 9 años después de que la reforma entró en vigencia:

de consumación del otro delito o para lograr su consumación o agotamiento. Por tanto, los casos de homicidio agravado del número dos, son cualitativa y cuantitativamente distintos del resto de los nueve casos, y por tanto se justificaba un tratamiento diferenciado del legislador agravando la pena para ese caso, respecto de los demás. Por ello se concluye que al reformar toda la disposición con un mismo parámetro indiferenciado de penalidad para todos esos delitos –treinta a cincuenta años de prisión-, el legislador quiebra no sólo el principio de prohibición de exceso para hechos que no merecen un reproche jurídico penal tan severo, sino que además quiebra el principio de igualdad, al tratar iguales supuestos que como ya se dijo, son cualitativa y cuantitativamente diferentes. Por tal razón, este Tribunal estima que estos argumentos vienen al caso, para ponderar la pena a aplicar al supuesto jurídico que nos ocupa, pues la circunstancia específica de la premeditación que permite calificar este hecho como un delito de Homicidio Agravado conforme al Art. 129 No. 3) C. Pn., que en la última reforma le sanciona con la pena de treinta a cincuenta años de prisión, al igual que el resto de circunstancias reguladas del número uno al diez, violenta la prohibición de exceso derivado del principio de proporcionalidad, puesto que su respuesta es exacerbada, en comparación a la pena que anteriormente tenía dicho delito, siendo por ello que se vuelve necesario inaplicar la reforma contenida en el D.L. N° 486, del 18 de julio de 2001, publicado en el D.O. N° 144, Tomo 352, del 31 de julio de 2001, que se refiere al inciso, segundo del art. 129 respecto a la pena del supuesto del art. 129 No. 3) del Código Penal, de treinta a cincuenta años. De igual forma, una vez resuelta la inaplicabilidad de la disposición inconstitucional antes mencionada, relativa a la pena de prisión de treinta a cincuenta años, también se comparten los argumentos plasmados en la misma sentencia antes aludida, en cuanto a reconocer la vigencia del precedente legal que regulaba el mismo supuesto que hoy nos ocupa a efecto de dar la respuesta jurídico penal correspondiente, de ahí que se retoma la jurisprudencia emanada de la Sala de lo Constitucional en otros casos, como por ejemplo la Sentencia de inconstitucionalidad en la causa 5-88, de las 14:00 horas del día 3 de mayo de 1989, en la que declaró inconstitucional en su forma, de un modo general y obligatorio, la Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República contenida en el Decreto Legislativo N° 924 de 22 de abril de 1988, publicado en el Diario Oficial N° 81 Tomo 299 de 3 de mayo del mismo año, y reconoció nuevamente la vigencia de las disposiciones de la Ley Orgánica del Ministerio Público, de fecha 4 de marzo de 1952, publicada en el Diario Oficial N° 54, Tomo 154 de fecha 18 del mismo mes y año y demás leyes que fueron derogadas por la ley que mediante ese fallo se declaró inconstitucional, que es un precedente denominado por la doctrina y jurisprudencia italiana como la *reviviscenza* o resurrección de la norma derogada (Francisco Rubio Llorente; y Javier Jiménez Campo, *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, pp. 125-126). Por tanto, siendo inconstitucional dicha reforma, se hace necesario inaplicarla para este caso en concreto, desconociéndose su validez; y reconociendo nuevamente la vigencia, para el mismo, del Art. 129 del Código Penal contenida en el D.L. N°: 740 del 22 de octubre de 1999, publicado en el Diario Oficial No. 223, Tomo 345 del 30 de noviembre de 1999, que dice: "*Se considera homicidio agravado el cometido con alguna de las circunstancias siguientes: (...); No. 3) Con alevosía, premeditación, o con abuso de confianza; (...). En estos casos la pena será de VEINTICINCO A TREINTA AÑOS DE PRISIÓN (mayúsculas del Tribunal)*"

“Decláranse inconstitucionales parcialmente, de modo general y obligatorio, en cuanto a la determinación de los montos de las penas, los arts. 45 n° 1, 71 y 129 inciso final del C. Pn., pues la magnitud prevista por el legislador vuelve nugatoria la función resocializadora de la pena contemplada en los incisos. 2° y 3° del art. 27 Cn.; en tal sentido, modifícase lo establecido en la sentencia pronunciada por esta Sala el 25-111-2008 (Inc. 322006) conforme a los argumentos expuestos en el considerando V 1 de esta sentencia.

Difiéranse los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad de los máximos de las penas previstas en los arts. 45, 71 y 129 del C. Pn., a fin de que, en el menor plazo posible, la Asamblea Legislativa, en uso de su libertad de configuración, determine la sanción penal a imponer en relación con los máximos de prisión como pena principal (art. 45 del C. Pn.), con la penalidad del concurso real de delitos (art. 71 del C. Pn.), y los límites máximos de la pena de prisión en el delito de homicidio agravado (art. 129 del C. Pn.), y cumplir, de esa manera, con la exigencias constitucionales expuestas en esta sentencia”.¹²⁹

La crítica sobre este fallo de la Sala de lo Constitucional es que deja en manos de la Asamblea Legislativa la nueva configuración del límite máximo de las penas lo que violenta el principio de seguridad jurídica, en nuestra opinión la honorable Sala de lo Constitucional pudo haber tomado la decisión que los tribunales en la práctica habían aplicado, es decir podían aplicar la última reforma vigente, según la cual la pena máxima era treinta y cinco años de prisión.

❖ En la reforma vigésimo sexta¹³⁰ se modifica el artículo 191 que regula la exclusión de delitos en contra del honor y la intimidad.

La razón por la cual consideramos que se promovió esta reforma fue para defender intereses políticos y económicos. La reforma está vinculada a las

¹²⁹ Sentencia de Inconstitucionalidad de las nueve horas con cincuenta minutos del día veintitrés de diciembre de dos mil diez con Referencias acumuladas: 5-2001/10-2001/24-2001/25-2001/34-2002/40-2002/3-2003/10-2003/11-2003/12-2003/14-2003/16-2003/19-2003/22-2003/7-2004.

¹³⁰ D.L. N° 499, del 28 de octubre del 2004, publicado en el D.O. N° 217, Tomo 365, del 22 de noviembre del 2004.

actuaciones de los medios de comunicación en el caso Servipronto de El Salvador vs Mc Donald's (caso Bukele). Debido a que en el litigio millonario un medio de comunicación escrito, El Diario de Hoy, realizó publicaciones en detrimento de Roberto Bukele Simán, estableciendo este último demandas por los delitos de difamación, calumnia e injuria en contra del Director y del propietario de dicho periódico quienes fueron declarados inocentes de dichos delitos. Tras lo cual el lunes 30 de julio interpuso una demanda de inconstitucionalidad a los incisos 2° y 3° del artículo 191 del Código Penal, argumentando que: ““Esa reforma llevaba dedicatoria, iba con nombre y apellido: Enrique Altamirano y Laffite Fernández”¹³¹

El inciso tercero de esta reforma fue declarado inconstitucional por la Sala respectiva en Sentencia de Inconstitucionalidad del día viernes 24 de septiembre, a las 6:00 de la tarde, REF 91-2007 los argumentos fueron los siguientes:

“Declárase que el tercer inciso del art. 191 del Código Penal, emitido y reformado por los Decretos Legislativos antes mencionados, es *inconstitucional*, por violar los arts. 2 inc. 2°, 3 inc. 1°, 6 in. 1°, y 144 inc. 2° de la Constitución, en relación con los arts. 17 y 19 párrafo 3 letra “a” del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos; y 11, 13 párrafo 2 letra “a” y 14 párrafo 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya que la diferenciación que formula dicho inciso, con la consiguiente desprotección para los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la

¹³¹ Noticia publicada por Contrapunto. Título: Periodistas ponen el grito en el cielo pero no es para tanto, Autor: Edgardo Ayala, Fecha: martes 07 de septiembre de 2010, página web consultada el día 31 de septiembre de 2010. Dirección Electrónica: <http://www.contrapunto.com.sv/politica-nacionales/periodistas-ponen-el-grito-en-cielo-pero-no-es-para-tanto> “Esos dos apartados fueron incorporados en 2004 tras una movida legislativa impulsada por el diputado democristiano Rodolfo Parker. Como Parker era el apoderado legal de El Diario de Hoy, rápidamente se especuló que la iniciativa del legislador se urdió para proteger al propietario de ese medio, Enrique Altamirano, así como al editor de entonces, Laffite Fernández, quienes habían sido demandados por difamación, en 2004. (sic.) Altamirano y Fernández — quien actualmente es editor del matutino El Mundo— fueron demandados por Bukele, el dueño de la franquicia McDonald's en El Salvador a mediados de los 90. EDH publicó por entonces una serie de notas periodísticas en las que se afirmaba que las hamburguesas preparadas en los restaurantes del empresario eran elaboradas con carne descompuesta.”

propia imagen, es desproporcionada y, por tanto, viola el principio de igualdad en la formulación de la ley.”¹³²

❖ En la reforma vigésimo novena¹³³ se deroga el artículo 232 del Código Penal que tipificaba como delito al Monopolio, que era un Delito relativo al Mercado, la Libre Competencia y la Protección del Consumidor.

Las razones por las cuales se realizó dicha reforma legal fueron para proteger los intereses económicos de las empresas monopólicas en El Salvador, por ejemplo: en el mes de diciembre de 2004, justo antes de la entrada en vigencia de la reforma, la empresa de aerolíneas TACA impidió que COPA Airlines, la segunda mayor compañía en Centro América, realizara el segundo vuelo de Panamá a El Salvador de manera directa, a pesar que había gestionado la licencia ante la AAC, Autoridad de Aviación Civil: Ente de la Administración Pública, a la que le compete directamente la regulación de todos los aspectos de la aviación civil, tanto los de índole técnico, como los de índole económico.

TACA ha realizado acciones para impedir que aerolíneas extranjeras inviertan en el país, utilizando incluso la jurisdicción constitucional para

¹³² “Teniendo en cuenta las disposiciones internacionales citadas, así como los precedentes y jurisprudencia de los órganos respectivos, se concluye que *en los sistemas universal e interamericano de derechos humanos los derechos al honor e intimidad, en un extremo, y la libertad de expresión y de información, en el otro, se encuentran recíprocamente limitados, debiéndose garantizar legalmente la protección de ambos, por lo que es en los casos concretos donde se debe establecer qué derecho prevalecerá en determinadas condiciones, en cuanto a su ejercicio práctico.* Ahora bien, se ha establecido que el art. 191 inc. 3° del C. Pn. viola los arts. 2 inc. 2°, 3 inc. 1°, y 6 inc. 1° Cn., ya que excluye de toda responsabilidad penal a una categoría de sujetos, aun cuando actúen con un propósito calumnioso, injurioso o de ataque a la intimidad o a la propia imagen de otras personas. *Dicha exclusión también es contraria a las normas internacionales citadas, ya que éstas no dan cobertura alguna al ejercicio abusivo o ilegítimo de la libertad de expresión y de información. Por el contrario, claramente ordenan a los Estados que protejan legalmente los derechos a la vida privada y familiar y a la honra de todo ataque proveniente de particulares, con independencia de la condición personal de éstos.* Por las razones anteriores, se concluye que *el art. 191 inc. 3° del C. Pn. viola por acción refleja el art. 144 inc. 2° Cn. (en relación con los arts. 17 y 19 párrafo 3 letra “a” del PIDCP y 11, 13 párrafo 2 letra “a” y 14 párrafo 3 de la CADH), y así deberá declararse en esta sentencia.”*

¹³³ D.L. N° 528, del 26 de Noviembre del 2004, publicado en el D.O. N° 240, Tomo 365, del 23 de Diciembre del 2004.

impedir que exista libre competencia, la Sala de lo Constitucional resolvió su petición en tan sólo 2 días. En su demanda alegaban que “se provocarían daños a los ingresos de esta (compañía)” y que “afectaría sensiblemente su economía con potenciales daños a su estabilidad financiera”¹³⁴

Cabe agregar que el 26 de noviembre de 2004 COPA inició trámites ante la AAC para que le fuera autorizado un vuelo directo entre la ciudad de Panamá y El Salvador, ese mismo día la Asamblea Legislativa derogó el delito de Monopolio. A nuestro juicio esta reforma es inconstitucional debido a que el artículo 110 de nuestra Carta Magna establece claramente que:

“no podrán autorizarse monopolios, sino a favor del Estado o de los Municipios, cuando el interés social lo haga imprescindible; y que se prohíben las prácticas monopolísticas para garantizar la libertad empresarial y proteger el interés de los consumidores”.

¹³⁴ Noticia publicada en el FARO.net Título: COPA gana el duelo judicial a TACA. Autor: Alexis Henríquez, publicada el 14 de mayo de 2007. Disponible en internet: http://archivo.elfaro.net/secciones/Noticias/20070514/noticias4_20070514.asp “La fila para registrarse en el vuelo de salida del Aeropuerto Internacional Rafael Núñez, en Cartagena de Indias, Colombia, era larga. Los destinos eran múltiples: Argentina, Venezuela, Estados Unidos, Italia, El Salvador. El reloj tras el mostrador marcaba el filo de las tres de la tarde. Era sábado 17 de diciembre 2005. La empleada tras el mostrador de la aerolínea COPA registró el vuelo de Jesús Ernesto Parra, un venezolano que se dirigía a Caracas. Luego me tocaba el turno. Tras revisar el registro electrónico del vuelo y pedir asesoría a su superior, la empleada me dijo que el vuelo a San Salvador estaba suspendido. “Hay un problema. Aquí está la explicación”, señaló y extendió una carta donde la aerolínea Copa explicaba a sus clientes que la aeronave Embraer 190-100 IGW no podía despegar de Panamá (la única escala en el trayecto desde Colombia a El Salvador en el viaje programado ese día) porque la Corte Suprema de Justicia (CSJ) salvadoreña así lo había determinado a última hora, cuando el primer vuelo de la nueva ruta, ya autorizado por las autoridades salvadoreñas, estaba listo para despegar. La notificación llegó a Panamá a las 2:00 PM del 15 de diciembre. La CSJ, en dos días, había resuelto dar un amparo constitucional a favor de la aerolínea TACA mientras resolvía sobre la demanda de la aerolínea para no permitir el vuelo. El incidente dejó a 98 pasajeros varados en la ciudad de Panamá e inició la segunda etapa de una campaña que desde 2004 se viene librando para conquistar los cielos centroamericanos. 16 meses después, la Corte falló a favor de COPA. “Déjese sin efecto la medida cautelar adoptada en el presente proceso”, sentenció en su resolución la Sala de lo Constitucional el 25 de abril de 2007. El grupo TACA ya presentó un recurso de revocatoria a la resolución de la Corte. A diferencia de 2005, ahora COPA no tiene listo el vuelo. “Fechas no hay, pero esperamos hacerlo lo más pronto posible”, señala Eduardo Aguilar, gerente general de COPA. Para que se realizara el primer vuelo, COPA invirtió \$20 millones en el avión nuevo, en publicidad y en pagar por las estadías en hoteles de los pasajeros que perdieron sus vuelos de regreso a El Salvador, entre ellos yo.”

❖ En la trigésimo tercer reforma¹³⁵ se aumenta la pena de prisión del Delito de Omisión de poner en conocimiento determinados delitos, la pena anterior era de 6 meses a un año, pero en los Delitos de extorsión o secuestro se aumenta la pena de cuatro años como mínimo a ocho años como máximo.

❖ En la trigésimo cuarta¹³⁶ reforma se crea el Delito de Tráfico de objetos prohibidos en centros penitenciarios de detención o reeducativos. En este mismo decreto se aumenta la pena del delito de lesiones y se disminuye la cantidad de días de incapacidad producida por los golpes, ampliando así las posibilidades de que las lesiones dejen de ser faltas y se conviertan en delito. Asimismo se aumenta la pena para las lesiones como falta. Esta reforma responde a la reforma de la Ley Penitenciaria del 27 de julio de 2006.

Según la opinión del vice ministro de seguridad, vertida a un medio de comunicación escrita de El Salvador, se coordinan delitos desde dentro de las prisiones: “Tenemos información que tienen armas y teléfonos celulares ocultos” (...) “los celulares son usados para coordinar hechos criminales con sujetos que están fuera del penal”.¹³⁷

En dicha pesquisa, realizada el día 15 de agosto de 2006, se encontraron quince celulares, sesenta y un corvos, una granada industrial M-79, armas corto-punzantes, droga y otros artículos prohibidos.

Es necesario agregar que estas conductas no son cometidas únicamente por familiares de los internos, estas conductas han sido cometidas y

¹³⁵ D.L. N° 83, del 25 de agosto del 2006, publicado en el D.O. N° 171, Tomo 372, del 14 de septiembre del 2006.

¹³⁶ D.L. N° 93, del 25 de Septiembre del 2006, publicado en el D.O. N° 187, Tomo 373, del 09 de Octubre del 2006.

¹³⁷ Noticia publicada en el Diario de Hoy, Título: “Sanciones por introducir celulares en reclusorios”, publicada el 15 de agosto de 2006, sin autor, disponible en internet: <http://www.elsalvador.com/noticias/2006/08/15/nacional/nac2.asp>

aceptadas por funcionarios públicos, como un Juez suplente de paz de panchimalco que fue destituido por la Corte en pleno:

“De acuerdo con la sanción que le impuso la CSJ, Arias no podrá acercarse durante un año a ningún centro penitenciario y se ordenó abrirle un expediente administrativo ante la Sección de Investigación Profesional de ese ente judicial. Algo que fue decisivo para que le aplicaran las sanciones penales fue el hecho que el juez suplente admitiera que si portaba los chips para teléfonos celulares y que por un olvido no los registró a los guardias de la penitenciaría. Arias fue detenido el pasado 31 de marzo cuando visitaba a unos reos en esa cárcel. Según los informes policiales, Arias entregó algunas de sus pertenencias y sus teléfonos, pero no informó que en un compartimento de su billetera llevaba dos chips.”¹³⁸

Actualmente existe una propuesta que podría convertirse en la cuadragésimo octava reforma, la cual consiste en cambiar la pena de prisión en los delitos de difamación, calumnia e injuria por la pena de días multa. Esto ocurre como consecuencia de que la Sala de lo Constitucional declarara la inconstitucionalidad del artículo 191 in fine, lo cual expusimos al analizar la reforma vigésimo sexta.

¹³⁸ Noticia publicada por el Diario de Hoy, Título: “Destituyen a juez que introdujo chips a Mariona”, sin autor, publicada el día 8 de abril de 2010, disponible en internet: http://www.elsalvador.com/mwedh/nota/nota_completa.asp?idCat=6358&idArt=4683080 página web consultada el día 1 de agosto de 2011. “Las restricciones que el Juzgado de Paz de Ayutuxtepeque le impuso a Arias Hernández son que no podrá salir del país, no cambiar de domicilio y no deberá visitar los centros penales. Esta última restricción se convirtió en el argumento que los magistrados valoraron, ya que no es posible que un juez suplente no pueda ingresar a un penal a realizar una diligencia. De acuerdo con la sanción que le impuso la CSJ, Arias no podrá acercarse durante un año a ningún centro penitenciario y se ordenó abrirle un expediente administrativo ante la Sección de Investigación Profesional de ese ente judicial. Algo que fue decisivo para que le aplicaran las sanciones penales fue el hecho que el juez suplente admitiera que si portaba los chips para teléfonos celulares y que por un olvido no los registró a los guardias de la penitenciaría. Arias fue detenido el pasado 31 de marzo cuando visitaba a unos reos en esa cárcel. Según los informes policiales, Arias entregó algunas de sus pertenencias y sus teléfonos, pero no informó que en un compartimento de su billetera llevaba dos chips. Durante la audiencia en que fue liberado, el pasado 5 de abril, la fiscal Miriam Mejía detalló que el haber admitido el delito le valió al juez Arias para que obtuviera su libertad. "Se le ha beneficiado considerando que no era la intención de pasar los chips a los internos. Le damos el beneficio de la duda porque no está claro si el juez tenía la intención de pasar o no los chips al centro penal", indicó la funcionaria fiscal.”

La propuesta de modificar la pena a los artículos 177, 178 y 179, fue realizada por el 1 octubre de 2010 por la Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social (FUSADES), dicha institución privada opina sobre la Sentencia de la Sala de lo Constitucional con REF 91-2007 que:

“sus efectos en la práctica pueden generar limitaciones a la libertad de expresión, tales como acusaciones mal intencionadas o inadecuadas interpretaciones judiciales de los alcances de la sentencia, que generen un ambiente de autocensura que menoscabe la libertad de expresión”¹³⁹.

Posteriormente el diputado Rodolfo Parker, secretario general del Partido Demócrata Cristiano, retoma la propuesta de FUSADES y la amplía, solicitando que las penas accesorias de inhabilitación también se eliminen en la reforma, según su opinión:

“Estas reformas irían para todos, sean o no sean periodistas. Lo que estamos garantizando es el derecho a la igualdad. Lo que planteamos es que no haya cárcel, pero sí multas y que no haya inhabilitación de los trabajos u oficios de las personas”, comentó el legislador.”¹⁴⁰

¹³⁹ Noticia publicada por la página. Titulada: Fusades: fallo de la CSJ sobre 191 puede generar limitaciones a la libertad de expresión. Autor: Jessica Guzmán. Publicada el día 01 DE OCTUBRE DE 2010 18:37 GMT-6, disponible en internet: <http://www.lapagina.com.sv/nacionales/40408/2010/10/01/Fusades-fallo-de-la-CSJ-sobre-191-puede-generar-limitaciones-a-la-libertad-de-expresion>. “El resultado de la sentencia es que una vez eliminado el mencionado inciso, todas las personas, sean periodistas o no, pueden informar, opinar y criticar siempre que no actúen con ánimos de calumniar, difamar o injuriar, puesto que “(...) lo único que está prohibido es el ejercicio de la libertad de información con conocimiento de falsedad del hecho o con un temerario desprecio a la verdad, entendiendo por veracidad la verificación y contrastación de las fuentes de información; fuentes que gozan de protección en una sociedad democrática”.

¹⁴⁰ Noticia publicada por Diario El Mundo, titulada: PDC pide castigar con multas la difamación, autor: Liset Orellana. De fecha martes 12 de octubre de 2010. Disponible en internet: <http://www.elmundo.com.sv/politica/3026-pdc-pide-castigar-con-multas-la-difamacion.html>. “Parker solicitará reformas a los artículos 58, 59, 177, 178, 179 y la derogación del 180 de este Código. En este caso, el legislador estaría solicitando que, en vez de imponer prisión a los delitos de calumnia, difamación e injuria, se castigue con multas. (...) Otros de los cambios que planteará en el Código es que se suprima la inhabilitación de las personas. (...) Otra de las reformas que solicitará el PDC es al Código Procesal Penal para poner una especie de filtro a las demandas que se realicen. La reforma le exigiría presentar al acusador una fianza por el 20% de la suma de dinero que reclame como responsabilidad civil. La reforma se plantea al artículo 400 del Código Procesal Penal. Para Parker, este tipo de “refuerzo” obligará al demandante a tener pruebas y una mejor consistencia de su

Asimismo se generan propuestas provenientes de ARENA, PCN y FMLN. Los primeros dos estaban a favor de la modificación de las penas, el último proponía que se mantuviera la pena de cárcel cuando exista ánimo de difamación. Finalmente se aprobó la reforma de manera similar a la propuesta del PDC.

Nuestro comentario al respecto es que la mayoría de los partidos políticos apoyaron la propuesta de modificar la pena debido a que los medios de comunicación exigían que se “despenalizara” la crítica periodística. Lo cual consideramos como una actitud irresponsable, debido a que el inciso primero del artículo 191 protege la crítica desfavorable, lo que se modificó al declarar la inconstitucionalidad del artículo 191 in fine fue la posibilidad de que los propietarios de los medios de comunicación, sea persona natural o jurídica, responda penalmente y se conminen las conductas delictivas con prisión.

En cuanto a la modificación de la pena consideramos correcta la minimización del Derecho Penal para los delitos que tutelan bienes jurídicos de menor importancia, pero es necesario manifestarnos en contra de esta reforma en particular debido a que la misma se hace para defender al poder mediático. De esta forma los legisladores de los partidos políticos que votaron a favor de la reforma se contradicen con su práctica anterior, debido a que en algunos casos, por ejemplo en los delitos de hurto, receptación o lesiones se aumentaron las penas de prisión, pero en los delitos contra el honor y la intimidad se cambia la pena de prisión por pena de días multa.

2.8.2.-Valoraciones Político-Criminales sobre las reformas realizadas al Código Penal desde 1997 hasta 2011

denuncia. “Lo que buscamos es que las personas sean serias para acusar. No queremos que se inhíba, sino que sean consistentes en la denuncia”, dijo.”

Debido a que no es posible analizar una por una las reformas del código penal, por el espacio de este estudio, realizaremos un análisis en base a los motivos que a nuestro juicio han sido la causa de dichas reformas. De esta forma podemos señalar varios motivos que para efectos prácticos los hemos agrupado en tres: la protección de intereses económicos, el “endurecimiento de la ley” como decisión político-criminal y la falta de criterio científico de la contrarreforma, finalizando con la protección de intereses políticos y mediáticos. A continuación abordamos el análisis de cada uno de estos elementos de análisis.

La protección de intereses económicos

En la reforma del código penal que deroga el delito de Monopolio podemos encontrar un claro interés en proteger a pequeños sectores económicos que se han convertido en monopolios u oligopolios en El Salvador.

El caso emblemático es Grupo TACA S.A.¹⁴¹, pero también existen otros monopolios importantes en nuestro país, como primer ejemplo podemos citar la industria químico farmacéutica sobre la cual se han hecho varios estudios que confirman tanto los precios altos de dichos productos¹⁴² como la existencia de monopolios.

¹⁴¹ TACA Airlines es una empresa de aviación establecida en Honduras, después en El Salvador. Por más de 75 años, TACA funcionó como la aerolínea de bandera de El Salvador, hasta que en los años 90, TACA compró la mayoría de acciones de las otras aerolíneas centroamericanas para posteriormente formar Grupo TACA. El nombre "TACA" se origina como Transportes Aéreos de Centro América que fue modificado a Transportes Aéreos del Continente Americano. La familia Kriete de El Salvador es dueña y accionista mayoritaria del Grupo TACA, Avianca es dueño desde 2009 del 10% de las acciones de TACA Int. Airlines, lo que convierte a Avianca en el dueño del 70% de Avianca-Taca. Es importante notar, que en el 2008, Roberto Kriete y la junta directiva dieron por terminado el nombre "Grupo TACA", nombre que se utilizó durante la fusión de LACSA, NICA, SAHSA y Aviateca. Se reversionó al nombre original, TACA International Airlines. FUENTE: <http://es.wikipedia.org/wiki/TACA>

¹⁴² La Universidad de El Salvador realizó un estudio profundo sobre la Industria Químico farmacéutica, los hallazgos fueron consignados en el Informe Final de la investigación “Disponibilidad y Precio de los Medicamentos Esenciales en El Salvador durante el Segundo Semestre de 2006” este

Según la opinión del Vice Ministro de Salud, vertida en el julio de 2010: “El viceministro de salud, Eduardo Espinoza, adelantó que no hay disponibilidad de acceso a los medicamentos por su alto costo. Dijo que el 72% del mercado ha sido acaparado por 17 laboratorios, generando un monopolio de ventas de medicinas.”¹⁴³

La comercialización de la harina como insumo para varios productos también se puede considerar como un monopolio ya que en El Salvador sólo existen dos distribuidoras de dichos productos, MOLSA y HARISA los cuales han sido beneficiados por decisiones de la ex ministra de economía en virtud de la cual se le quitaron los aranceles en momentos de crisis económica,¹⁴⁴

estudio fue realizado por el Observatorio de Políticas Públicas y Salud (OPPS) del Centro de Investigación y Desarrollo en Salud (CENSALUD) de la Universidad de El Salvador, en el mismo se concluye que en los medicamentos De Marca el precio de las medicinas en El Salvador sobrepasa 52.2 veces el índice de precios internacionales, es decir que el precio de las medicinas en 2006 aumentaba en un 5220% en El Salvador, mientras que los medicamentos genéricos el precio sobrepasa 28.3 veces el índice de precios internacionales, es decir que el precio de las medicinas es 2830% mayor que el índice de precios internacionales. Es necesario aclarar que “en consideración a los costos de seguro, flete y comercialización local, la OMS ha estimado que un precio local de 2.5 veces el PIR para los genéricos y 5 veces el PIR para los de marca representa una cobertura razonable y un margen de ganancia aceptable, suficiente, tolerable y justo para los comercializadores locales y para quienes pagan por los medicamentos”. FUENTE: boletín de prensa OPPS-CENSALUD que explica sintéticamente el informe final de la investigación realizada. Disponible en internet: <http://www.fmp.ues.edu.sv/descargas/boletin-medicamentos.pdf>.

¹⁴³ Noticia publicada en La Prensa Gráfica, autor: Stefany Jovel y Loida Martínez, titulada: Estudio confirma monopolio en ventas de medicinas, de fecha 5 de julio de 2010. Disponible en internet: <http://www.laprensagrafica.com/el-salvador/social/130198-estudio-confirma-monopolio-en-ventas-de-medicinas.html>. Página web consultada el día 29 de julio de 2011. “Autoridades del Ministerio de Salud informaron hoy sobre los resultados de un estudio de precios de medicamentos realizado durante los últimos seis meses por la cartera de Estado. El viceministro de salud, Eduardo Espinoza, adelantó que no hay disponibilidad de acceso a los medicamentos por su alto costo. Indicó que existe un conflicto de intereses en el proceso de venta de los laboratorios de distribución y comercialización de las farmacias. Dijo que el 72% del mercado ha sido acaparado por 17 laboratorios, generando un monopolio de ventas de medicinas. El funcionario también dijo no dudar que ese conflicto de intereses es el que mantiene entrampada la aprobación de la Ley de Medicamentos que se disputa en la comisión de salud en la Asamblea Legislativa.” 17 laboratorios, de 72 registrados en el país, controlan el 70% de la producción de medicamentos y el 90% de las exportaciones, además 15 cadenas de farmacias controlan el 80% de las ventas al detalle, lo cual corrobora que existe monopolio en la industria farmacéutica.

¹⁴⁴ Noticia publicada por el Diario Colatino, titulada: Arancel cero a la harina hasta diciembre de este año, fecha: 29 de febrero de 2008, autores: Gloria Silvia Orellana y Daniel Trujillo. Disponible en internet: <http://www.diariocolatino.com/es/20080229/nacionales/52665/> Página web consultada el día

el hecho de que existe monopolio ha sido aceptado en declaraciones brindadas en los medios de comunicación escritos por quien fungía como secretario técnico de la presidencia de la república en 2008: “Según Ayala Grimaldi, el monopolio de la harina que hay en El Salvador entre Molinos de El Salvador (MOLSA) y HARISA, no es en sí mismo malo.”¹⁴⁵

También podemos encontrar monopolios en las telecomunicaciones. Lo cual tiene su antecedente en el proceso de privatización de ANTEL, para lo cual se crea la Ley de privatización de la administración nacional de telecomunicaciones que entró en vigencia en agosto de 1997.¹⁴⁶

Para explicar este proceso citamos parte de un estudio realizado por Pedro Argumedo, consultor de la Unidad de Comercio Internacional e Industria, en el marco del Proyecto IDRC/CEPAL “Reforzando la competencia en el Istmo Centroamericano: políticas e instituciones nacionales, coordinación regional y participación en negociaciones

29 de julio de 2010. “La Ministra de Economía, Yolanda de Gavidía, expresó estar “sumamente preocupada por lo que está pasando con el precio del pan”, por lo que en una reunión de ministros del área centroamericana decidieron bajar el arancel a cero, para la importación de la harina de trigo. Eliminación de arancel no beneficiará a panificador pequeño. Para el analista económico de la Red Sinti Techan, Raúl Moreno, bajar el arancel a cero, para la importación de la harina de trigo, no es la solución a la problemática. “Eliminar el arancel sólo beneficiará a empresas como MOLSA y HARISA que tienen un duopolio en el país y fijan el precio como a ellos mejor les parezca. Eso no garantiza que la reducción sea trasladada a los pequeños panificadores”, sostuvo el economista. Moreno manifestó que eliminar el arancel sólo abaratará la compra a ambas empresas, más no la de los pequeños y micros panificadores. “Como este mercado es duopólico, es ineficiente, porque fijan el precio del producto a cualquier precio que les parezca”, acotó Moreno.”

¹⁴⁵ Noticia publicada por el Diario Colatino, titulada: Los monopolios en sí mismos no afectan, Autor: Mirna Jiménez, de fecha: 28 de marzo de 2008. Disponible en internet: <http://www.diariocolatino.com/es/20080328/nacionales/53460/%E2%80%9CLos-monopolios-en-s%C3%AD-mismo-no-afectan%E2%80%9D-Ayala-Grimaldi.htm> “El Secretario Técnico comentó que todo mundo quiere subsidios, pero el Estado no tiene más fondos, y que las alzas es un problema mundial ante lo cual deja entrever que los gobiernos no pueden hacer nada. Según Ayala Grimaldi, el monopolio de la harina que hay en El Salvador entre Molinos de El Salvador (MOLSA) y HARISA, no es en sí mismo malo. No obstante, dijo que este tema no le corresponde a la Secretaria Técnica de la Presidencia, sino a la Superintendencia de Competencia, institución que debería de averiguar si estas empresas están cumpliendo con las reglas del mercado. “No es porque hayan dos empresas, ya hay una práctica monopólica, todo depende como se comporten estas empresas en el mercado”, señaló.”

¹⁴⁶ Decreto Legislativo Número 53, de fecha 24 de julio de 1997. Publicado en el Diario Oficial Número 143, Tomo 335, de fecha 07 de agosto de 1997.

internacionales”. Dicho consultor nos explica las causas y el contexto de la privatización de la siguiente forma:

“El Salvador, al igual que la mayoría de países de América Latina, introdujo a principios de los años noventa una serie de reformas económicas que buscaban aumentar la participación del sector privado y coincidían con el conjunto de políticas del llamado “Consenso de Washington” (Williamson, 2002; Stiglitz, 2003; Lora y Panizza 2002). (...) El nuevo gobierno que ascendió en 1989 puso en marcha un plan económico y social (1989 y 1994) que se fundamentó en la estrategia elaborada por un equipo de expertos dirigido por el doctor Arnol Harberguer (Liévano, 1996). Dicha estrategia planteó las bases para un nuevo modelo económico orientado a las exportaciones, la desregulación y la liberalización de la economía, reemplazando el marco de políticas diseñadas bajo el modelo de sustitución de importaciones.”¹⁴⁷

La importancia que tiene este proceso de privatización está en la creación de monopolios de empresas de telefonía tanto fija como móvil. En cuanto a la telefonía fija:

“La empresa CTE-Telecom es el incumbente y observa una participación de 90% en el total del número de líneas. Compiten en el mercado otras 10 firmas, siendo las principales Telefónica, Telemóvil, y Saltel, con una participación de 3,5%, 3,1% y 1,7%”. En cuanto a la telefonía móvil: “CTE-Telecom-Personal. Empezó a ofrecer los servicios de telefonía móvil en 1999 y fue la tercera empresa en el mercado, además del incumbente en telefonía fija. Cuando pasó a manos de América Móvil, sus programas de telefonía móvil fueron más agresivos, ampliando su cuota de mercado, logrando con ello el primer lugar en líneas en junio de 2005”¹⁴⁸

Actualmente la telefonía fija no ha cambiado sustancialmente ya que Claro El Salvador (América Móvil) es actual dueña de lo que hemos expuesto como CTE-Telecom. Mientras que en la telefonía móvil existen 4 empresas en el mercado pero Claro es la empresa líder en este ámbito, dicha empresa trató

¹⁴⁷ ARGUMEDO, Pedro. *Competencia y regulación en las telecomunicaciones: El caso de El Salvador*, IDRC/CEPAL “Reforzando la competencia en el Istmo Centroamericano: políticas e instituciones nacionales, coordinación regional y participación en negociaciones internacionales”, México, 2007. Págs. 12-13.

¹⁴⁸ *Ibíd*em, Págs. 22-23.

de comprar a Digicel El Salvador pero debido a que la Superintendencia ha impuesto condiciones para que se pueda efectuar dicha compra todavía no se ha materializado¹⁴⁹. Es necesario agregar que América Móvil es la empresa líder en toda América latina.

Estas condiciones del mercado han posibilitado el cobro indebido de cuotas, al cual la Asamblea Legislativa por unanimidad decidió eliminar la cuota básica la telefonía fija debido a que dicho cobro se estableció durante la venta de ANTEL para recuperar la inversión realizada en la estructuración de la red¹⁵⁰, pero el presidente de la república impidió esta medida¹⁵¹ a pesar

¹⁴⁹ Noticia publicada por el Diario el Mundo, título: Claro pide a SC no condicionar la compra de Digicel, fecha: 12 de septiembre de 2011. Disponible en internet: <http://www.elmundo.com.sv/economia/16884-claro-pide-a-sc-no-condicionar-la-compra-de-digicel.html>. Página web consultada el día 15 de septiembre de 2011. “La Superintendencia de Competencia (SC) informó ayer que recibió de parte de América Móvil y AMOV IV, propietarias de la marca Claro; una solicitud de permitir sin condiciones la compra de Digicel. La semana pasada, la Superintendencia decidió que para permitir la compra de las acciones de Digicel, Claro primero debe renunciar a la explotación de 20 megahercios (MHz) de su espectro radioeléctrico, aduciendo que el país ya concesionó prácticamente todo el espacio disponible. Con esta condición, la Superintendencia busca que otros competidores, no relacionados a los actores actuales en el mercado de telefonía, entren al mercado salvadoreño. La SC también impuso una serie de requisitos que debe cumplir Claro, posterior a la compra de Digicel. En ese contexto, la empresa de telefonía América Móvil, propiedad del magnate mexicano Carlos Slim; solicita a la SC permitir que las compañías se concentren sin ninguna exigencia de por medio. “La admisión del escrito presentado por Claro está siendo analizada. Si se admitiere a trámite, el CD (Consejo Directivo de la SC) tendría diez días hábiles para resolver confirmando o revocando la resolución”, explicó ayer la SC en un comunicado. América Móvil busca comprar las acciones de Digicel en El Salvador, pero venderá sus operaciones en Jamaica a esa empresa. Esa última operación fue aprobada, pero también se condicionó.”

¹⁵⁰ Noticia publicada por el Periódico Digital El Faro, titulada: Asamblea elimina pago de cuota básica de telefonía fija, de fecha: 21 de enero de 2010, Autores: Sergio Arauz, Daniel Valencia y Jimena Aguilar. Disponible en internet: <http://www.elfaro.net/es/201001/noticias/972/> página web consultada el día 29 de julio de 2010. “La Asamblea Legislativa aprobó este jueves un decreto que elimina el cargo básico que cobran las empresas telefónicas mensualmente a los usuarios de telefonía de línea fija. Todos los partidos representados en la legislatura defendieron y aprobaron la eliminación de un cargo que significa más de 120 millones al año en ingresos para las empresas que prestan el servicio de telecomunicaciones. “El cargo básico de telefonía se estableció durante la venta de ANTEL para recuperar la inversión fija necesaria para prestar el servicio y siendo que esta finalidad ha sido superada, ya no tiene razón de ser”, dice una de las justificaciones del decreto aprobado en la sesión plenaria. Roberto Lorenzana, diputado del FMLN, explicó que las compañías hicieron una inversión aproximada, según los datos oficiales obtenidos por él, de 97 millones. “Y solo en un año, Telecom (Claro), que es la más grande, recibe más de 100 millones de dólares y han pasado más de 10 años haciendo este cobro”, dijo. Para sustentar la medida, los diputados incluyeron en el decreto un precedente que se llevó a cabo en Perú en 2006, cuando fue eliminado el cargo fijo de telefonía.”

que el cargo básico en Centro América es de \$4 en promedio, pero en El Salvador dicho cargo es de \$9.

La comercialización de productos derivados del petróleo, en específico la gasolina y el diesel, es otro rubro en donde existen prácticas monopólicas, aunque para ser más precisos lo que se ha constituido en nuestro país es un oligopolio.

No podemos omitir mencionar que en diciembre de 2004, cuando se deroga el delito de monopolio, entra en vigencia la ley de competencia, en dicha ley se cambia la filosofía de la Constitución de la República, la cual inspiró al Código Penal, según la cual están prohibidos los monopolios salvo a favor del estado y se crea la Superintendencia de Competencia. Asimismo se tipifican como infracciones administrativas varias conductas anticompetitivas, pero en ningún lugar de dicha ley se prohíbe la existencia de monopolios, lo que es inconstitucional por omisión a nuestro juicio.

Para reforzar nuestra exposición sobre los Monopolios en El Salvador citamos algunos ejemplos en los cuales la Superintendencia de Competencia han impuesto diversas multas: en septiembre de 2008 se impuso multas por prácticas anti-competitivas a MOLSA que asciende a más de un millón novecientos setenta y un mil dólares, así como a HARISA monto que

¹⁵¹ Noticia publicada por el Periódico Digital Contrapunto titulada: Funes no avalará decreto de telefonía fija, de fecha: 28 de enero de 2010. Autores: Damaris Aguilar y Marcela Vaquero. Disponible en internet: <http://www.contrapunto.com.sv/politica-gobierno/funes-no-avalara-decreto-de-telefonía-fija> página web consultada el día 29 de julio de 2010. “Abordado por periodistas en Apopa, el mandatario dejó claro que no sancionará –avalará— el decreto en cuestión, e insistió en que esa es una medida que vulnera la seguridad jurídica y pone en riesgo alrededor de 11,000 empleos, en caso de que las empresas afectadas, sobre todo CTE Telecom, decidan marcharse del país, amenaza que ya han hecho las empresas, aunque para algunos solo se trata de querer asustar con el petate del muerto. Al aprobar el Congreso el polémico decreto, el proceso establece que es el Presidente quien debe avalarlo, modificarlo o rechazarlo. Y como ya lo había dejado entrever, al menos ya se sabe que no lo aprobará. Funes dijo: “No lo voy a sancionar porque tengo discrepancias”.

asciende a más de dos millones sesenta y un mil dólares¹⁵² dichos montos son apenas el 3% de las ventas anuales realizadas en 2007; en octubre de 2010 se impone una multa de más de un millón setecientos mil dólares a las petroleras ESSO y SHELL¹⁵³ por abuso de posición dominante; en julio de 2011 se impuso multa a Intelfon S.A. de C.V. por no colaborar en investigación en su contra¹⁵⁴

¹⁵² Noticia publicada por Diario Colatino, titulada: Millonaria multa a harineras por prácticas anticompetitivas, de fecha 05 de septiembre de 2008. Disponible en internet: <http://www.diariocolatino.com/es/20080905/nacionales/58549/Millonaria-multa-a-harineras-por-pr%C3%A1cticas-anticompetitivas.htm>. Página web consultada el día 29 de julio de 2010. “El Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia impuso una millonaria multa a dos empresas distribuidoras de harina por repartirse en cuotas el mercado de ese rubro, lo que es considerado una práctica anticompetitiva. El monto de las multas impuestas a MOLSA y HARISA, asciende a más de cuatro millones de dólares, basado en el 3% respecto a las ventas anuales de ambas empresas obtenidas durante el año 2007. La primera empresa deberá cancelar un millón \$971 mil 15.16, mientras que HARISA debe cancelar \$2 millones 61 mil 406.20. (...) El mercado de las harinas del país ha estado repartido entre MOLSA Y HARISA, en un porcentaje del 55% y 45%, respectivamente, lo cual también es considerado como acaparamiento.”

¹⁵³ Noticia publicada por Diario Colatino, titulada: ESSO y SHELL pagan más de \$1 millón 700 mil en multas por anti-competitividad, de fecha: 05 de octubre de 2010, autor: Daniel Trujillo. Disponible en internet: <http://www.diariocolatino.com/es/20101005/nacionales/84992/> página web consultada el día 29 de julio de 2011. “Las transnacionales del petróleo ESSO y SHELL cedieron a la presión de la Fiscalía General de la República (FGR) y pagaron la multa impuesta por la Superintendencia de Competencia (SC), por prácticas anticompetitivas. La multa cancelada entre las dos petroleras asciende a \$1 millón 704 mil y fue impuesta por la autónoma en 2007, debido a la práctica anticompetitiva denominada “abuso de posición dominante”. El Consejo Directivo de la Superintendencia señaló en su oportunidad, que ambas transnacionales “abusaron de su posición dominante al establecer, en forma complementaria, una política de precios que comprende zonificar y fijar o sugerir precios a sus estaciones de servicio”.

¹⁵⁴ Noticia publicada por el periódico Digital lapágina.com.sv, titulada: Multan con \$7,896.60 a Intelfon por no colaborar en investigación en su contra, de fecha: 13 de julio de 2011. Disponible en internet: [http://www.lapagina.com.sv/nacionales/53815/2011/07/13/Multan-con--\\$789660-a-Intelfon-por-no-colaborar-en-investigacion-en-su-contra](http://www.lapagina.com.sv/nacionales/53815/2011/07/13/Multan-con--$789660-a-Intelfon-por-no-colaborar-en-investigacion-en-su-contra) página web consultada el día 29 de julio de 2011. “El Consejo Directivo (CD) de la Superintendencia de Competencia (SC) multó a la sociedad INTELTON, S.A. de C.V. con \$7,896.60 por falta de colaboración al no presentar información solicitada por esta institución, luego de iniciado un procedimiento de investigación en su contra por cometimiento de supuestas prácticas anticompetitivas de acuerdos entre competidores. El 23 de mayo de 2011, la SC requirió a INTELTON información necesaria de la etapa procedimental de prueba del caso que la institución tiene abierto en su contra por el cometimiento de supuestas prácticas anticompetitivas de acuerdos entre competidores. Sin embargo, la sociedad no entregó información a la SC declarando que el incumplimiento fue debido a un desorden administrativo interno. En el caso, que inició en mayo de 2010, se investiga la supuesta existencia de hechos que configuran la práctica anticompetitiva de acuerdo de precios entre competidores (art. 25 letra "a" de Ley de de Competencia). En la investigación la SC también solicitó información al resto de

Como podemos ver las conductas monopólicas se descriminalizaron en El Salvador debido a que en el mercado de nuestro país se impulsaron, desde el mismo Estado, algunos monopolios como la telefonía, asimismo existen varias actividades económicas y comerciales que son eminentemente monopólicas como la aviación civil, la comercialización de harina, por lo cual para no afectar a los empresarios que son dueños de estas empresas se despenalizó el Monopolio, lo cual transgrede el orden económico prescrito por la misma Constitución de la República.

De manera subsidiaria al Código Penal se creó la ley de competencia que si bien es cierto regula algunas conductas que no estaban prohibidas taxativamente como las distintas prácticas anticompetitivas, pero dicha ley no está en correspondencia con la prohibición expresa de la Constitución de que existan monopolios en el país, por lo cual no era necesario derogar el delito de Monopolio para poder imponer multas a los que cometan conductas anti competitivas. Asimismo con esta reforma se vuelve imposible que los ejecutivos de personas jurídicas incurran en responsabilidad penal, mientras que cuando se contemplaba el delito de monopolio los mismos podrían responder según el artículo 38 del código penal¹⁵⁵.

A nuestro criterio la decisión político-criminal de derogar el delito de Monopolio ha afectado la economía del país, por lo que hemos podido apreciar en los apartados anteriores, ya que se protege el interés privado por encima del interés público contraviniendo el orden económico de la República de El Salvador.

involucrados: DIGICEL, TELEMOVIL y TELEFÓNICA MÓVILES. La información de estos últimos se encuentra actualmente en revisión para verificar si está completa.”

¹⁵⁵ “**ACTUAR POR OTRO Art. 38.**-El que actuare como directivo o administrador de una persona jurídica o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura del delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, cuando tales circunstancias se dieren en la persona en cuyo nombre o representación obrare.”

Nuestra crítica al respecto es que debería respetarse el orden económico que la Constitución ha prescrito en los artículos 101, 102, 103, pero en especial la prohibición expresa de la existencia de monopolios contenida en el artículo 110 en sus incisos primero y segundo:

“**Art. 110.-** No podrá autorizarse ningún monopolio sino a favor del Estado o de los Municipios, cuando el interés social lo haga imprescindible. Se podrán establecer estancos a favor del Estado.

A fin de garantizar la libertad empresarial y proteger al consumidor, se prohíben las prácticas monopolísticas.”

En contraposición con la protección de los grupos de poder económico, algunas reformas revisten un carácter eminentemente selectivo, debido a que se aumenta el catálogo de delitos, se amplían los tipos ya existentes, se aumentan las penas o se penaliza la proposición y conspiración, especialmente para perseguir penalmente a las clases subalternas, por ejemplo podemos citar las reformas de los delitos de hurto, Art. 207 y hurto como falta, Art. 379, robo 212, robo agravado, 213, receptación, Art. 214-A, daños, Art. 221, daños agravados, Art. 222, los delitos relativos a la propiedad intelectual, Art. 226-227-C. Así como para evitar las protestas, Desordenes, Art.348, Desordenes públicos, Art. 348-A.

El “endurecimiento de la ley” como decisión político-criminal y la falta de criterio científico de la contrarreforma

Otro de los factores por los cuales se han realizado reformas al Código Penal es la dirección político criminal punitivista que los diputados de la Asamblea Legislativa han elegido, esta dirección está encaminada al aumento del catálogo de delitos, el aumento de las penas y la creación de leyes penales especiales. Según esta directriz la efectividad en el control de la criminalidad aumenta si las penas y las medidas de seguridad son aumentadas, es decir, esta concepción responde a la creencia popular de

que “el endurecimiento de la ley” es la decisión político-criminal por excelencia.

Anteriormente hemos citado opiniones de diputados según la cual el endurecimiento de la ley: “representa un impacto psicológico contra los delincuentes”, lo cual evidencia que la dirección político-criminal del aumento de penas se considera como una decisión que tiende a controlar efectivamente la criminalidad.

En este orden de ideas debemos enmarcar las cinco reformas del artículo 129 que regula el homicidio agravado, en las que se amplían las conductas del tipo penal y se aumenta la pena de prisión a 35 años como mínimo y 50 años como máximo, las cuales se pueden aumentar en los casos de concurso de delitos hasta 75 años, en 1998 la pena de prisión para dicho delito era como mínimo 20 años y como máximo 30.

Así como las reformas que aumentan las penas de los delitos de privación de libertad y secuestro, los delitos contra la libertad sexual, los delitos de hurto, extorsión, estafa y daños como delitos contra el patrimonio. De la misma forma se crean cerca de 42 delitos, entre los cuales podemos encontrar una cantidad importante de delitos de mera actividad (de peligro). Al mismo tiempo se modificó el principio de lesividad del bien jurídico quitándole el vocablo “efectivo”, por lo cual se pudo crear delitos de peligro abstracto. Anteriormente sólo eran punibles las conductas que lesionaran o pusieran en peligro efectivo a cualquier bien jurídico, entendiéndose peligro concreto.

Especial mención nos merece la reforma décimo tercera y vigésimo quinta del código penal por virtud de las cuales se crean los delitos de proposición y conspiración de homicidio agravado, Art. 129-A, proposición y conspiración de delitos de privación de libertad y secuestro, Art. 149-A, proposición y

conspiración de delitos de robo y receptación, Art. 214-C, proposición y conspiración de defraudación al fisco, Art. 249 literal e) y 251, proposición y conspiración de agrupaciones ilícitas, Art. 345 in fine.

La Decisión político-criminal de penalizar la proposición y conspiración de los delitos comunes antes mencionados responde siempre a la concepción de que la expansión del Derecho Penal sirve para disminuir la comisión de delitos, según el considerando de la reforma décimo tercera:

“es necesario incorporar al Código Penal nuevas figuras delictivas y elevar conductas catalogadas como faltas al rango de delitos, para enfrentar de forma efectiva la situación de inseguridad actual del país, especialmente aquellas formas delictivas que responden a modalidades propias del crimen organizado, ya sea en lo que respecta a la organización, como al modo de operar de los mismos;”

Nuestra valoración al respecto es que no se han tomado en cuenta los postulados científicos sobre el tema, como pudimos exponer en apartados anteriores la proposición y conspiración no es parte de la Fase Externa del *iter criminis*, tampoco es parte de la tentativa y lo que más llama nuestra atención es el hecho de que la pena de prisión no está en correspondencia con el principio de proporcionalidad de la pena, pues la tentativa de homicidio agravado tendría menor pena que la simple proposición o conspiración del mismo.

De los artículos anteriormente citados la Sala de lo Constitucional declaró como inconstitucionales tanto el artículo 129-A como el 214-C por equiparar la pena con los delitos consumados:

“Para el caso de 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 con la conspiración y los actos preparatorios; estos últimos, equiparados a los actos consumados, pese a estar

todavía muy distantes de la producción de un peligro efectivo para el bien jurídico. Tal defecto es apreciable con nitidez en los arts. 129-A del C. Pn. y 214-C del C. Pn., los cuales equiparan la pena de la proposición y conspiración con la que le corresponde al delito consumado.”¹⁵⁶

Continuando con la valoración político-criminal sobre el proceso de contrarreforma penal, debemos agregar que la proposición y conspiración de homicidio agravado no es una figura con aplicación práctica importante. Sobre esta afirmación, según la investigación de campo realizada en 2006 por estudiantes de la Universidad de El Salvador, para optar al grado de licenciatura en Ciencias Jurídicas, se verificó esta afirmación:

*“ se puede apreciar la incongruencia que representa la criminalización y penalización de las figuras de la Proposición y Conspiración, en virtud de lo anterior y como parte de esta obra se optó por realizar una investigación de campo, la que consistió en el estudio de los libros de entradas de los **QUINCE JUZGADOS DE PAZ DE SAN SALVADOR**, con lo que se pretendía saber cuántos casos se habían dado desde la entrada en vigencia de la reforma de 2001, el resultado ha sido que hasta el 31 de noviembre del 2005, no se realizó ninguna denuncia, ni requerimiento fiscal, por ninguno de los delitos comunes en los que se aplica la Proposición y Conspiración tal como consta en las hojas de control que se anexan a la presente”¹⁵⁷*

¹⁵⁶ Extracto de la sentencia de las nueve horas con cincuenta minutos del día veintitrés de diciembre de dos mil diez. REF: **5-2001/(...)/7-2004 Acumulados**. “Para el caso de 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 con la conspiración y los actos preparatorios; estos últimos, equiparados a los actos consumados, pese a estar todavía muy distantes de la producción de un peligro efectivo para el bien jurídico. Tal defecto es apreciable con nitidez en los arts. 129-A del C. Pn. y 214-C del C. Pn., los cuales equiparan la pena de la proposición y conspiración con la que le corresponde al delito consumado. Al contrario, el artículo 149-A C. Pn. respeta plausiblemente la escala sancionatoria gradual del “iter criminis” en materia de privación de libertad, y no resulta de una elevada magnitud en la consideración legislativa de los bienes jurídicos protegido y la dañosidad de la conducta. En consecuencia, los arts. 129-A y 214-C del C. Pn. son inconstitucionales por equiparar la pena de la proposición y conspiración con la misma del delito consumado, y así han de ser declarados; y, respecto al art. 149-A C. Pn., se deberá declarar que no existe la inconstitucional en la escala penal delimitada por el legislador.”

¹⁵⁷ MEJÍA MERLOS, Elías Alexander, et. al., *La Proposición y Conspiración en los Delitos Comunes y la Vulneración de los Principios de Lesividad del Bien Jurídico y Proporcionalidad de la Pena*,

En la actualidad, hasta septiembre de 2011, existe únicamente una condena en el caso del homicidio del periodista Christian Poveda ocurrido en septiembre de 2009. De 31 imputados fueron condenados 11 por diversos delitos, de los cuales únicamente se condenó a uno por proposición y conspiración de homicidio agravado. De los 31 imputados algunos ya habían sido condenados por el delito de agrupaciones ilícitas.

Otro indicador de que la dirección político-criminal de “la ley y el orden” ha sido una de las causas principales para la contrarreforma penal es la creación de leyes penales especiales, que han sido el motivo por el cual se ha reformado el código penal. Así tenemos que:

- ❖ La Ley de control y regulación de armas de fuego, municiones y explosivos similares, que entró en vigencia en agosto de 1999, fue la causa de la reforma décimo tercera del código penal.
- ❖ La ley antimaras, que entró en vigencia en octubre de 2003, por la cual se realizó la reforma décimo octava.
- ❖ La Ley especial para la protección de víctimas y testigos, que entró en vigencia en junio de 2006, por la cual se realizó la reforma trigésimo segunda del código penal.

Tesis para optar al título de licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, T-UES: 2006 M516p. Pág. 193-194. *“así a la base de los resultados de la investigación de campo, es posible decir que no existe razones para criminalizar los actos preparatorios de la Proposición y Conspiración en los delitos comunes, o por lo menos no en la manera que se ha regulado y para la clase delitos en que se aplica y que su actual regulación es una manifestación del uso simbólico del Derecho Penal, y es que el Derecho Penal tal como establece la autora Elena Larrauri en su obra Derecho Penal y Política Criminal, “El derecho no debe responder a los intereses de ciertos sectores de la población, ya sea para mitigar el temor, o aun para proteger a lo sectores desvalidos: mujeres, niños, etc.; pues esto desvirtúa el Derecho Penal y lo vuelve un mero símbolo y entonces le resta el carácter que posee para regular conductas, volviéndose en una forma de control social que utilizan los sectores poderosos, infundiendo temor sin propósito, es decir se vuelve un símbolo del poder del Estado, desprovisto de utilidad.”*

- ❖ La Ley especial contra actos de terrorismo, que entró en vigencia en noviembre de 2006, por la cual se realiza la reforma trigésimo quinta.
- ❖ La Ley del crimen organizado y delitos de realización compleja que entró en vigencia el día uno de abril de dos mil siete, por la cual se realiza la reforma trigésimo tercera del código penal.
- ❖ La Ley De Proscripción De Maras, Pandillas, Agrupaciones, Asociaciones Y Organizaciones De Naturaleza Criminal, que entró en vigencia el 18 de septiembre de 2010, por la cual se realizó la reforma cuadragésimo quinta.

Dichas reformas se realizaron para derogar delitos contenidos en leyes especiales, para facilitar la ejecución de estas últimas o para aumentar las penas o la ampliar los tipos penales relacionados con dichas leyes especiales.

Según nuestra opinión la concepción de que el endurecimiento de la ley es la herramienta idónea para combatir la criminalidad es falsa, debido a que parte de una premisa equivocada: que la ley penal es el mecanismo idóneo para resolver los conflictos que se suscitan en la realidad económico-social de El Salvador. Según nuestra opinión ocurre todo lo contrario debido a que el uso excesivo del control penal demuestra que los sistemas informales de control han sido ineficaces para controlar la criminalidad y son esos controles los que deberían fortalecerse para evitar la comisión de delitos, a lo cual se suma la dificultad de que se cumplan los fines resocializadores de la pena. En este sentido la opinión doctrinaria de BERGALLI:

“En consecuencia, el ejercicio de este control social jurídico-penal (jurídico-penal estricto) presupone el fracaso de la política social y económica (prevención primaria) en la evitación de delitos, y comprende tanto la actividad que se refiere a los

delincuentes ocasionales (prevención secundaria) como la relativa a los autores penales reincidentes (prevención terciaria)".¹⁵⁸

Realizando un análisis puramente estadístico de los homicidios en El Salvador podemos ver cómo ha evolucionado la comisión de delitos en El Salvador, esto para desmentir la creencia de que con el aumento de penas se ha logrado luchar efectivamente contra la criminalidad.

Desde el año 2000 hasta el año 2003 las estadísticas se mantuvieron en el promedio de no hubo un aumento significativo en el año 2004, pero a pesar que la tasa de homicidios era una de las más altas en Latinoamérica, El Salvador no tenía la mayor tasa de homicidios. Se cometieron 2374 homicidios en el año de 2001¹⁵⁹, 2346 en el año de 2002¹⁶⁰, 2388 en 2003, 2933 en 2004. Es en el año de 2005 en el que los índices de homicidios aumentan de manera considerable llegando a 3812 homicidios, aumentando

¹⁵⁸ BERGALLI, R., *El Pensamiento Criminológico, un análisis crítico*, T. II, Editorial TEMIS, Bogotá, 1983. Págs. 74-75. "La doctrina criminológica ha distinguido, como un concepto más particular del género 'control social', lo que se denomina como 'control del delito' o, más técnicamente, 'control social jurídico-penal'. A este último se lo define como 'todas las instancias sociales, estrategias y sanciones que aspiran a obtener la conformidad de los comportamientos humanos respecto de las normas protegidas penalmente' (cf. Kaiser, 1980, p. 160). En consecuencia, el ejercicio de este control social jurídico-penal (jurídico-penal estricto) presupone el fracaso de la política social y económica (prevención primaria) en la evitación de delitos, y comprende tanto la actividad que se refiere a los delincuentes ocasionales (prevención secundaria) como la relativa a los autores penales reincidentes (prevención terciaria). Los fines y objetivos de esta especie de control se orientan, entonces, por la perpetración de delitos, motivo por el cual, para que aquél opere han de entrar en actividad los códigos penales y toda la legislación que prescribe consecuencias jurídicas de carácter punitivo para quien la viole, de forma que estas infracciones deben ser reconocidas por una autoridad judicial como actos punibles, revestidos de las características propias que les atribuye el derecho penal. Por lo tanto, entre los modos y los medios de control social general, a los cuales pertenecen la religión, la moral, el derecho, la educación, etc., el control jurídico-penal se limita estrictamente a la aplicación del derecho penal."

¹⁵⁹ Defunciones por homicidios en El Salvador año 2001, Unidad de Estadísticas del Instituto de Medicina Legal, Corte Suprema de Justicia, elaborado por el Dr. Fabio Molina Vaquerano, San Salvador, Marzo de 2005. Disponible en internet: <http://www.csj.gob.sv/IML/PDFS/anuariohomic2001.pdf>

¹⁶⁰ Defunciones por homicidios en El Salvador año 2002, Unidad de Estadísticas del Instituto de Medicina Legal, Corte Suprema de Justicia, elaborado por el Dr. Fabio Molina Vaquerano, San Salvador, Marzo de 2005. Disponible en internet: <http://www.csj.gob.sv/IML/PDFS/anuariohomic2002.pdf>

a 3928 en el año de 2006, disminuyendo a 3497 en el año de 2007 y disminuyendo nuevamente en el año de 2008 a 3179¹⁶¹.

En el año de 2009 se alcanzan las cifras más altas en la comisión de delitos contra la vida, debido a que las estadísticas registraron 4382 homicidios, 71.9 por cada cien mil habitantes¹⁶², aumentando un 37% en relación al año anterior. En el año de 2010 disminuyó a 4004 homicidios.¹⁶³

De esta forma se puede observar que la finalidad perseguida por la asamblea legislativa de controlar la criminalidad con el “endurecimiento de la ley” no ha producido los resultados esperados.

A lo anterior debemos agregar que en la contrarreforma penal el legislador de El Salvador no ha respetado los lineamientos científicos que inspiraron la reforma penal de 1998, ya que al aumentar el catálogo de delitos y la duración de las penas únicamente se ha logrado saturar al sistema penitenciario, dificultando aún más el cumplimiento de los fines de la pena, además de que se persigue principalmente la delincuencia de bagatela pero el crimen organizado, los delitos de cuello blanco y otros delitos graves no se persiguen de la misma forma que los delitos contra el patrimonio, por lo cual afirmamos que las reformas tendientes al aumento de penas se han realizado de manera selectiva.

Para reforzar nuestra afirmación de que el proceso de contrarreforma no atiende a criterios científicos, debemos recordar que varios artículos del Código Penal después de haber sido reformados, y algunos pertenecientes a

¹⁶¹ Los datos fueron tomados del libro Epidemiología de los homicidios en El Salvador, período 2001-2008, elaborado por el Dr. Fabio Molina Vaquerano, miembro de la Unidad de estadísticas forenses del Instituto de Medicina Legal. Disponible en internet:

¹⁶² FUENTE: Instituto de Medicina Legal “Roberto Masferrer”, Unidad de Estadística Forense 2009. El estudio que dicha institución realiza desde 1999 no fue distribuido públicamente, por tanto no está disponible en internet.

¹⁶³ Epidemiología de los homicidios en El Salvador, año 2010, Unidad de Estadísticas Forenses, Instituto de Medicina Legal El Salvador, Julio 2011. Disponible en internet: <http://www.csj.gob.sv/IML/2011/PDF/imlanuario2010.pdf>

las leyes especiales de la contrarreforma penal han sido declarados inconstitucionales, por ejemplo:

- ❖ Art. 45 N° 1, 71, 129 inc. Final C.P.: “pues la magnitud prevista por el legislador vuelve nugatoria la función resocializadora de la pena contemplada en los incs. 2° y 3° del art. 27 Cn.”
- ❖ Art. 129-A y 214-C C.P.: “por equiparar la pena de la proposición y conspiración en el delito de homicidio agravado y la proposición y conspiración para cometer los delitos del Capítulo II, del Título VIII, Libro Segundo del Código Penal, con la misma pena de los delitos consumados.”
- ❖ Art. 313 inc. 2° C.P.: “por vulnerar los principios constitucionales de lesividad y mínima intervención, al establecer como hecho punible un comportamiento profesional que puede ser sancionado dentro de la esfera administrativa disciplinaria.”
- ❖ Art. 346-B inciso final C.P.: “por la violación al principio constitucional de culpabilidad (art. 12 Cn.); pues el fundamento básico de la pena debe ser el hecho cometido y los móviles o finalidades personales del agente en relación con ese hecho y no a otros pasados que ya fueron juzgados.”¹⁶⁴
- ❖ Art. 191 inc. 3° C.P.: “por violar los arts. 2 inc. 2°, 3 inc. 1°, y 144 inc. 2° de la Constitución, en relación con los arts. 17 y 19 párrafo 3 letra “a” del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y 11, 13 párrafo 2 letra “a” y 14 párrafo 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya que la diferenciación que formula dicho inciso, con la consiguiente desprotección para los

¹⁶⁴ Sentencia de inconstitucionalidad de las nueve horas con cincuenta minutos del día veintitrés de diciembre de dos mil diez. REF: 5-2001 Acumulados. Los ítems anteriores también corresponden a esta sentencia.

derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, es desproporcionada y, por tanto, viola el principio de igualdad en la formulación de la ley”¹⁶⁵

- ❖ 33 Ley reguladora de las actividades relativas a las drogas: “por inobservancia del principio constitucional de legalidad penal, en la medida que el reenvío para su complementación no tiene existencia alguna en el Decreto Ejecutivo n° 83, de 23-VIII-2006, publicado en el Diario Oficial N° 156, tomo 372, de 24-VIII-2006”.¹⁶⁶

La protección de intereses políticos y mediáticos

Al afirmar que la protección de intereses políticos y mediáticos es una de las causas por las cuales se ha reformado el código penal nos referimos específicamente a las reformas de los delitos contra el honor y la intimidad, tanto a la reforma vigésimo sexta, la cual entró en vigencia a finales de noviembre de 2004 y a la reforma cuadragésimo séptima, realizada en septiembre de 2011, en la que se modifica el sistema de penas de los delitos de difamación, Art. 177, Calumnia, Art. 178 e Injuria, Art. 179.

En la primera de las reformas antes enunciadas se establece una exclusión de delitos que protege a los periodistas en general, pero en específico deja impune las conductas de “los propietarios, directores, editores, gerentes del medio de comunicación social o encargados del programa en su caso.”

Esta reforma fue declarada inconstitucional por la Sala de lo Constitucional el día veinticuatro de septiembre de dos mil diez. Pero esta sentencia fue tomada por los medios de comunicación como “penalización de la crítica

¹⁶⁵ Sentencia de inconstitucionalidad de las quince horas y cincuenta minutos del día veinticuatro de septiembre de dos mil diez, REF: 91-2007.

¹⁶⁶ Sentencia de inconstitucionalidad de las nueve horas del día veintinueve de julio de dos mil nueve. REF: 92-2007/97-2007/98-2007/99-2007/100-2007/101-2007, Acumulados.

desfavorable”¹⁶⁷ a pesar de que el epígrafe del artículo se “Exclusión de delitos”, para reforzar esta idea nos remitimos a la redacción del artículo 191 inciso primero deja claramente establecido que la crítica desfavorable no es punible:

“EXCLUSION DE DELITOS Art. 191 Código Penal.- No son punibles los juicios desfavorables de la crítica política, literaria, artística, histórica, científica, religiosa o profesional, ni los conceptos desfavorables expresados por cualquier medio por particulares en el ejercicio del derecho de la Libertad de Expresión, siempre que en el modo de proceder no demuestren un propósito calumnioso, injurioso o de ataque a la intimidad o a la propia imagen de una persona.”

Los argumentos de la Sala de lo Constitucional por los cuales se declara la inconstitucionalidad del artículo 191 inciso tercero atienden a que se “viola el principio de igualdad en la formulación de la ley”,¹⁶⁸ debido a que dicho

¹⁶⁷ Por ejemplo el titular de la noticia publicada por la Prensa Gráfica el día 28 de septiembre de 2010 es: “Censuran fallo que penaliza la crítica desfavorable”, autores: Rossy Tejada, Amadeo Cabrera y Wilmer Merino. Disponible en internet: <http://www.laprensagrafica.com/el-salvador/judicial/143586-censuran-fallo-que-penaliza-la-critica-desfavorable.html>. Página web consultada el día 29 de julio de 2010. “El fallo, emitido el pasado viernes, deja abierta la puerta para que propietarios, directores, gerentes o encargados de programas respondan penalmente por los juicios desfavorables que se emitan en los medios de comunicación social. Los empresarios consultados no dudaron en calificar el fallo como “preocupante” por lo que consideran una falta de claridad sobre las limitaciones que podría enfrentar el ejercicio periodístico. Algunos representantes de medios de comunicación reiteraron ayer su condena al conocer el fallo de la Sala de lo Constitucional, ya que obligaría al medio a plantearse la conveniencia o no de dejar abiertos los espacios de opinión. (...) “Los medios de comunicación deberán establecer una censura previa con el objeto de cuidarse de cualquier tipo de demanda”, consideró Narciso Castillo, director de Canal 33. Por su parte, Ricardo Chacón, editor jefe de El **Diario** de Hoy, consideró que la sentencia de la Sala de lo Constitucional es “similar” a la sanción emitida contra LA PRENSA GRÁFICA por el caso de Jonathan D. “Es muy semejante, pone por encima el derecho y el honor de una persona sobre el derecho de información que tiene la sociedad. La Corte dice que respeta la libertad de expresión, pero penaliza en la práctica el conjunto del derecho a la expresión” al declarar inconstitucional el inciso tercero, opinó. Rafael Domínguez, periodista independiente, lo consideró como un retroceso. “Esto no nos ubica dentro de los países que habían avanzado en la despenalización del periodismo o la crítica desfavorable”. Charlie Renderos, ex presidente de ASDER y gerente de radio, opinó: “Si es tan importante para los medios, esperaría que fuesen claros”. Entidades como FUSADES y la ANEP, por otro lado, se abstuvieron de emitir opinión sobre el tema, ya que aún se encuentran analizando con detalle las 46 páginas de la sentencia de la Corte.”

¹⁶⁸ Sentencia de las quince horas y cincuenta minutos del día veinticuatro de septiembre de dos mil diez. **REF: 91-2007. Fallo.** “2. Declárase que el tercer inciso del art. 191 del Código Penal, emitido y reformado por los Decretos Legislativos antes mencionados, es inconstitucional, por violar los arts. 2

inciso es una exclusión total de los delitos cometidos por ciertas personas, aún cuando exista el *animus difamandi* y *animus injuriandi*,

“Artículo 191 inciso tercero, Código Penal: En cualquiera de las situaciones reguladas en los dos incisos anteriores, no incurrirán en ningún tipo de responsabilidad penal, los medios escritos, radiales, televisivos e informáticos en que se publiquen los juicios o conceptos antes expresados, ni los propietarios, directores, editores, gerentes del medio de comunicación social o encargados del programa en su caso.”

Lo que los medios de comunicación han tergiversado en este caso es el hecho de que debemos diferenciar el *animus criticandi* del *animus difamandi e injuriandi*. De esta forma la crítica desfavorable está excluida del control penal, pero los delitos de calumnia, difamación e injuria no. Pero los medios de comunicación han manipulado la opinión pública al establecer que la Sala de lo Constitucional ha penalizado la crítica desfavorable (refiriéndose a la crítica periodística).

La respuesta del poder mediático ante este acontecimiento fue proponer una reforma del código penal para evitar que se imponga la pena de prisión de una forma general, tanto para los ciudadanos como para los que se dedican al periodismo, incluyendo a los propietarios de los mismos.

Nuestra crítica al respecto es que se ha protegido específicamente a los propietarios de los medios de comunicación dada la posibilidad de que ellos enfrenten procesos penales, sean declarados culpables y tengan que cumplir penas de prisión. Habida cuenta de que en el contexto de la propaganda electoral realizada a través de los medios de comunicación usualmente

inc. 2º, 3 inc. 1º, 6 inc. 1º, y 144 inc. 2º de la Constitución, en relación con los arts. 17 y 19 párrafo 3 letra “a” del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y 11, 13 párrafo 2 letra “a” y 14 párrafo 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya que la diferenciación que formula dicho inciso, con la consiguiente desprotección para los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, es desproporcionada y, por tanto, viola el principio de igualdad en la formulación de la ley.”

sucedan conductas que vulneran los Derechos de Honor e Intimidad de los candidatos.

En nuestro análisis no podemos omitir mencionar que según la Constitución de la República, en el artículo 6:

“Toda persona puede expresar y difundir libremente sus pensamientos siempre que no subvierta el orden público, ni lesione la moral, el honor, ni la vida privada de los demás. El ejercicio de este derecho no estará sujeto a previo examen, censura ni caución; pero los que haciendo uso de él infrinjan las leyes, responderán por el delito que cometan.”

Por lo cual es mandato constitucional someter a penas los delitos contra el honor y la intimidad, lo cual nos remite a los distintos tipos de penas regulados en el artículo 45 del código penal: pena de prisión, pena de arresto de fin de semana, pena de arresto domiciliario, pena de multa, y pena de prestación de trabajo de utilidad pública. Pudiendo el legislador conminar a cualquiera de estas penas los delitos contra el honor y la intimidad, respetando los principios de lesividad del bien jurídico y proporcionalidad de la pena.

En nuestra opinión, esta decisión político criminal de asignar únicamente la pena de multa a los delitos contra el honor responde a un claro interés de proteger a un pequeño sector: los propietarios de los medios de comunicación como representantes del poder mediático.

Cabe agregar que existen delitos contra la intimidad que todavía son conminados a penas de prisión a pesar de que los Derechos de Honor e Intimidad están tutelando dos Derechos Constitucionales íntimamente relacionados, lo cual sirve para fortalecer nuestra afirmación anterior, ya que si los dueños de medios de comunicación fueran el sujeto activo de estos delitos seguramente serían conminados a penas pecuniarias. Por lo cual no

se ha reformado el Código Penal atendiendo al bien jurídico tutelado, ni a la proporcionalidad de la pena.

Resumiendo lo anterior, no debemos olvidar que hemos definido a la Política Criminal como “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.” En las reformas previamente expuestas podemos observar cómo se desenvuelven las decisiones políticas, perfilando al Derecho Penal como un medio de Control esencialmente político y selectivo. Esta es la razón por la cual se aumentan las penas de delitos como el robo, el hurto, el secuestro, asimismo se eliminan del código penal delitos como el Monopolio, que efectivamente protegían al Libre Mercado en atención al artículo 110 de la Constitución, se crea el delito de receptación, que incluye una presunción de culpabilidad, o se despenalizan a los propietarios de medios de comunicación de delitos contra el honor y la intimidad.

Al momento de tomar las decisiones político-criminales de reformar la ley, la Asamblea Legislativa, como “primer” órgano del Estado, así como el Órgano Ejecutivo, que tiene iniciativa de ley según la Constitución de la República, no han tomado en consideración las causas de la criminalidad, los fines constitucionales de la pena, la efectividad de las reformas y de la creación de leyes especiales, la responsabilidad de las instituciones públicas y las consecuencias a largo plazo del “endurecimiento de las penas”.

Tampoco se han tomado en cuenta la opinión científica en el combate a la delincuencia, debido a que las decisiones políticas no han tenido una coherencia histórica, de tal manera que la Reforma Penal iniciada en el año de 1998, que estaba claramente influenciada por el *Common Law* norteamericano fue boicoteada, con lo cual inició la contrarreforma penal,

que básicamente constituye un retroceso en la historia del Derecho Penal Salvadoreño.

Como comentario general al proceso de contrarreforma penal debemos manifestar que este hecho no es aislado en los países de Derecho Continental, más bien existe una fuerte influencia punitivista en legislaciones penales a lo largo de Latinoamérica, que favorecen la expansión del Derecho Penal. Para fundamentar nuestra posición al respecto, resulta oportuno citar la opinión de CANCIO MELIÁ, quien opina lo siguiente:

“Las características principales de la política criminal practicada en los últimos años pueden resumirse en el concepto de la «expansión» del Derecho penal. (...) Resumiendo: en la evolución actual tanto del Derecho penal material como del Derecho penal procesal, cabe constatar tendencias que en su conjunto hacen aparecer en el horizonte político-criminal los rasgos de un «Derecho penal de la puesta en riesgo» de características antiliberales. En primer lugar se trata de esbozar una imagen más concreta de esta evolución político-criminal actual. Desde la perspectiva aquí adoptada, este desarrollo puede resumirse en dos fenómenos: el llamado «Derecho penal simbólico» y lo que puede denominarse «resurgir del punitivismo». En todo caso, debe subrayarse desde el principio que estos dos conceptos sólo identifican aspectos fenotípico-sectoriales de la evolución global y no aparecen de modo clínicamente «limpio» en la realidad legislativa. Ambas líneas de evolución, la «simbólica» y la «punitivista» -ésta será la tesis a exponer aquí- constituyen el linaje del Derecho penal del enemigo.”¹⁶⁹

¹⁶⁹ JAKOBS, Günther, CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho Penal del Enemigo*, Primera Edición, Editorial Civitas, Madrid, 2003. Págs. 62-65. “Las características principales de la política criminal practicada en los últimos años pueden resumirse en el concepto de la «expansión» del Derecho penal. En efecto, en el momento actual puede convenirse que el fenómeno más destacado en la evolución actual de las legislaciones penales del «mundo occidental» está en la aparición de múltiples nuevas figuras, a veces incluso de enteros nuevos sectores de regulación, acompañada de una actividad de reforma de tipos penales ya existentes realizada a un ritmo muy superior al de épocas anteriores. El punto de partida de cualquier análisis del fenómeno que puede denominarse la «expansión» del ordenamiento penal ha de estar, en efecto, en una sencilla constatación: la actividad legislativa en materia penal desarrollada lo largo de las dos últimas décadas en los países de nuestro entorno ha colocado alrededor del elenco nuclear de normas penales un conjunto de tipos penales que, vistos desde la perspectiva de los bienes jurídicos clásicos, constituyen supuestos de «criminalización en el estadio previo» a lesiones de bienes jurídicos, cuyos marcos penales, además, establecen sanciones

Finalizamos nuestra valoración de la contrarreforma penal comparando la actual legislación penal con el Código Penal de 1974. Si bien es cierto que el Código Penal de 1974 contenía delitos que no debían ser contemplados como tal, por ser conductas superfluas, que no vulneraban bienes jurídicos, o que no tenían razón histórica para existir en la actualidad, la dosimetría de la pena estaba claramente definida, así como los fines de la pena y dicho Código Penal estaba en concordancia con la normativa constitucional de 1950 (que es la misma de 1962).

Mientras en la legislación penal actual, no existe una Política Criminal coherente con la Constitución de la República, la dosimetría de la pena en abstracto no está estructurada y fundamentada en base a los Bienes Jurídico-Penales tutelados, se colinda con el Derecho Penal de Autor al regular la proposición y conspiración, la reincidencia, la habitualidad y finalmente los Fines Constitucionales de la pena han sido completamente olvidados.

Por estas razones afirmamos que la Política Criminal de la contrarreforma penal provocó una involución en la Dogmática Jurídico Penal, así como en el desarrollo de un Estado Constitucional de Derecho.

2.8.3.-Exposición de las Reformas realizadas al Código Procesal Penal desde 1998 hasta 2010

desproporcionadamente altas. Resumiendo: en la evolución actual tanto del Derecho penal material como del Derecho penal procesal, cabe constatar tendencias que en su conjunto hacen aparecer en el horizonte político-criminal los rasgos de un «Derecho penal de la puesta en riesgo» de características antiliberales. En primer lugar se trata de esbozar una imagen más concreta de esta evolución político-criminal actual. Desde la perspectiva aquí adoptada, este desarrollo puede resumirse en dos fenómenos: el llamado «Derecho penal simbólico» y lo que puede denominarse «resurgir del punitivismo». En todo caso, debe subrayarse desde el principio que estos dos conceptos sólo identifican aspectos fenotípico-sectoriales de la evolución global y no aparecen de modo clínicamente «limpio» en la realidad legislativa. Ambas líneas de evolución, la «simbólica» y la «punitivista» -ésta será la tesis a exponer aquí- constituyen el linaje del Derecho penal del enemigo. Sólo teniendo en cuenta esta filiación en la política criminal moderna podrá aprehenderse el fenómeno que aquí interesa.

En materia Procesal Penal la contrarreforma básicamente le da mayores facultades a la Fiscalía General de la República para ejercer la acción penal pública y para realizar actos de investigación, limitando las facultades de Control al Juez de Instrucción. Es necesario agregar que estas reformas se realizaron también para solventar algunas negligencias de la Fiscalía y de la Policía, como podremos ver.

El Código Procesal Penal de 1998, desde su entrada en vigencia hasta el 31 de diciembre de 2010, fue reformado en 21 ocasiones, desde su publicación en el Diario Oficial el año 1997. Debido a que las reformas del Código Procesal Penal son menores, en cantidad, que las del Código Penal, exponemos las que consideramos más importantes pero el método para exponerlas será diferente, si en la reforma del código penal ordenamos las reformas por orden cronológico presentando las fuentes reales de las mismas, es decir los factores económicos, políticos y sociales que motivaron las reformas, aquí desarrollamos las reformas atendiendo al orden según las fases del proceso penal, realizando una breve explicación de las implicaciones procesales de cada reforma:

-Se permite a la Fiscalía General de la República y a la Policía Nacional Civil ordenar el Secuestro en casos de emergencia, que deberán ser ratificados por el Juez dentro de las 48 horas siguientes al secuestro, Art. 180 In fine. Se permite que la Fiscalía complemente los requisitos del Requerimiento Fiscal durante la audiencia inicial, si el imputado estuviere detenido, y se le da un plazo de 3 días si no estuviere detenido el imputado, Art. 247 in fine. Se amplía el plazo de la instrucción en el caso de falta de acusación cuando después de la disconformidad el fiscal superior formula acusación, Art. 321 in fine.¹⁷⁰

¹⁷⁰ Todas correspondientes a la segunda reforma del Código Procesal Penal. D.L. N 418, del 24 de septiembre de 1998, publicado en el D.O. 198, Tomo 341, del 23 de octubre de 1998.

-Tras recibir cualquier denuncia, se deja la potestad a la Fiscalía para que presente el requerimiento cuando el imputado no está detenido, pero no se establece plazo para ello, Art. 235 Inc. 1°. Esta reforma fue declarada inconstitucional¹⁷¹

-Se simplifican las formalidades de las Actas para que sean válidas con la sola firma del policía o funcionario a cargo de la inspección del hecho, Art. 123 in fine, el mismo tratamiento se le da al Acta de la Requisa personal y Registro de vehículos, arts. 178, 178-A. Asimismo en el Art. 164 in fine se establece que la misma acta será firmada por todos los sujetos que intervinieron en la práctica de la inspección. Se establece que se podrán realizar registros y allanamientos las 24 horas del día.¹⁷²

Las reformas anteriores tienen como finalidad tratar de modificar la ley procesal penal para evitar que la irresponsabilidad de los funcionarios de la FGR y la PNC puedan perjudicar la investigación científica del delito, resultando una sentencia absolutoria causada por la incompetencia o falta de diligencia de los servidores públicos de dichas instituciones. Algunas de las reformas antes enunciadas han sido declaradas inconstitucionales, a lo cual nos referiremos posteriormente.

-Se prohíbe la prescripción de los siguientes delitos: “tortura, actos de terrorismo, secuestro, genocidio, violación de las leyes o costumbres de

¹⁷¹ Correspondiente a la octava reforma del Código Procesal Penal. D. L. 281 (D. L. 281/2001), publicado en el D.O. n° 32, Tomo 350, del 13-II-2001. Esta reforma fue declarada inconstitucional por virtud de Sentencia de la Sala de lo Constitucional, a las nueve horas con cincuenta minutos del día veintitrés de diciembre de dos mil diez según, en el punto 5 del Fallo se resuelve: “Declárase inconstitucional, de un modo general y obligatorio, el inc. 1° del art. 235 del C. Pr. Pn., por no regular un plazo para que la Fiscalía General de la República presente el requerimiento ante el Juez competente cuando el imputado no se encuentra detenido, pues dicha institución tiene la obligación de promover la acción penal dentro de un plazo determinado legalmente. Reconócese nuevamente la vigencia del art. 235 del C. Pr. Pn., en su redacción dada por el D. L. n° 418, de 24-IX-1998, publicado en el D. O. n° 198, tomo 341, correspondiente al 23-X-1998, en cuanto prescribía un plazo de diez días para presentar el requerimiento fiscal en aquellos casos en que el imputado no estuviera detenido.”

¹⁷² Correspondientes a la Cuarta Reforma del Código Procesal Penal. D.L. N 428, del 24 de septiembre de 1998, publicado en el D.O. N 198, Tomo 341, del 23 de octubre de 1998.

guerra, desaparición forzada de personas, persecución política, ideológica, racial, por sexo o religión”, Art. 34 in fine. Se deroga la prescripción durante el procedimiento, Art. 36. Se permite la realización de operaciones periciales en audiencia, Art. 346 Inc. 2°. ¹⁷³

En esta reforma nuevamente se trata de solventar por medio de la ley, la incompetencia de algunas instituciones públicas, debido a que usualmente sucedía que un detenido provisionalmente se fugaba, tras lo cual operaba la prescripción del procedimiento. Además de ello sucedía que los fiscales no presentaban los requerimientos en tiempo y forma, por lo cual la prescripción beneficiaba a los imputados. Como ejemplos de fuga de reos, inclusive del Centro Judicial Isidro Menéndez, podemos citar la fuga sucedida en junio de 2003, donde 13 miembros de la banda tacoma cabrera se fugaron de las bartolinas del Centro Judicial Isidro Menéndez¹⁷⁴, la fuga ocurrida en el mismo lugar de 13 imputados de homicidio agravado y extorsión ocurrida en diciembre de 2008¹⁷⁵, la fuga de 11 detenidos en el sistema 911 de la Colonia Montserrat en San Salvador ocurrida en julio de 2009¹⁷⁶, la fuga de 7 condenados que estaban reclusos en las bartolinas de la PNC ocurrida en agosto de 2011¹⁷⁷

¹⁷³ Correspondientes a la quinta Reforma del Código Procesal Penal. D.L. N 665, del 22 de julio de 1999, publicado en el D.O. N 157, Tomo 344, del 26 de agosto de 1999.

¹⁷⁴ Noticia publicada por La Prensa Gráfica, de fecha 23 de junio de 2003, título: Los Tacoma se fugan, Disponible en internet: <http://archive.laprensa.com.sv/20030623/nacion/nacion11.asp> página web consultada el día 05 de agosto de 2011.

¹⁷⁵ Noticia publicada por La Prensa Gráfica, de fecha: 05 de diciembre de 2008, titulada: Se fugan 13 reos de centro Judicial Isidro Menéndez, disponible en internet: <http://www.laprensagrafica.com/index.php/el-salvador/judicial/1-judicial/4474-se-fugan-14-reos-de-centro-judicial-isidro-menendez.html> página web consultada el día 05 de agosto de 2011.

¹⁷⁶ Noticia publicada en La Prensa Gráfica, de fecha: lunes 06 de julio de 2009, titulada: Se fugan 11 detenidos en bartolinas 911, disponible en internet: <http://www.laprensagrafica.com/el-salvador/judicial/44588-se-fugan-11-detenidos-en-bartolinas-911.html> página web consultada el día 05 de agosto de 2011.

¹⁷⁷ Noticia publicada por La Prensa Gráfica, de fecha: 03 de agosto de 2011, titulada: Se fugan 7 reos de bartolinas de la PNC. Disponible en internet: <http://www.laprensagrafica.com/el->

-Se establece una excepción a la prueba ilícita en la siguiente redacción del Art. 15 in fine:

“No obstante lo dispuesto en el inciso primero del presente artículo, si el vicio de la prueba consiste en no haber sido incorporada al proceso con las formalidades prescritas por este Código, la misma podrá ser valorada por el juez como indicio, aplicando las reglas de la sana crítica”.

Con dicha reforma se abre la posibilidad de admisión y producción de prueba ilícita. Se contempla la posibilidad de agentes funcionarios y empleados encubiertos y se le otorga valor de prueba testimonial, artículo 192-A.¹⁷⁸

-Se reforma el Artículo 294, que regula la Sustitución de la Detención Provisional, en cuatro ocasiones, la redacción final es la siguiente:

“No procederá la sustitución por otra medida cautelar, en los delitos siguientes: homicidio simple, homicidio agravado, secuestro, delitos contra la libertad sexual, robo agravado, extorsión, defraudación a la economía pública, desordenes públicos agravados, comercio de personas, tráfico ilegal de personas, trata de personas, delitos contemplados en la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas y los delitos contemplados en la Ley contra el Lavado de Dinero y Activos.”¹⁷⁹

-Se prohíbe la Conciliación en atención a los delitos cometidos y a las personas imputadas, se reforma el artículo 32 Inc. 2º en dos ocasiones, la redacción final es la siguiente:

salvador/departamentos/214544-se-fugan-7-reos-de-bartolinas-de-la-pnc.html página web consultada el día p5 de septiembre de 2011.

¹⁷⁸ Correspondientes a la sexta reforma del Código Procesal Penal. D.L. N° 704, del 9 de septiembre de 1999, publicado en el D.O. N° 183, Tomo 345, del 4 de octubre de 1999.

¹⁷⁹ Correspondientes a la sexta, séptima, décimo tercera y décimo novena reforma del Código Procesal Penal. D.L. N° 704, del 9 de septiembre de 1999, publicado en el D.O. N° 183, Tomo 345, del 4 de octubre de 1999. D.L. N° 752, del 28 de octubre de 1999, publicado en el D.O. N° 239, Tomo 345, del 22 de diciembre de 1999. D.L. N° 458, del 07 de octubre del 2004, publicado en el D.O. N° 207, Tomo 365, del 08 de noviembre del 2004. Decreto Legislativo No. 386, de fecha 16 de agosto de 2007, publicado en el Diario Oficial No. 163, Tomo 376 de fecha 05 de septiembre de 2007.

“No podrán conciliarse los delitos cometidos por reincidentes, habituales, de agrupaciones ilícitas tales como las pandillas denominadas maras o de alguno de sus miembros, o los que hayan conciliado delitos dolosos de los que trata el presente artículo durante los últimos cinco años. Tampoco podrán conciliarse los delitos de hurto agravado, robo, robo agravado, extorsión, privación de libertad y secuestro.”

-Se reforma el artículo 173 estableciendo responsabilidad penal al Juez que no resuelva en 12 horas. Se crean los Artículos 210-A, 210-B, 210-C, 210-D, 210-E, 210-F y 210 G, luego se derogan por la entrada en vigencia de la ley de protección de víctimas y testigos. Se establece un excluyente de responsabilidad penal en el artículo 241 inciso 3° y 4° de la forma siguiente: Inc. 3°:

“Cuando con ocasión de actos realizados en el ejercicio de sus funciones, los oficiales y agentes de la policía, o de los elementos militares que colaboren en la ejecución de un procedimiento policial, debidamente autorizado, lesionaren un bien jurídico, se considerará como excluyente de responsabilidad penal a favor del imputado, el informe remitido a la Fiscalía General de la República o al Juez respectivo por la autoridad competente, sobre las circunstancias en que ocurrieron los hechos”. Inc. 4°: “El Director de la Policía Nacional Civil será responsable de la veracidad del informe que se señala en el inciso anterior, el cual será apreciado por el juez, junto con el resto de las evidencias que sobre las circunstancias en que sucedieron los hechos hubieren, a efecto de dictar la resolución que proceda.”¹⁸⁰

-Se establece una excepción que permite admitir y producir prueba que podría ser ilícita, en la reforma del artículo 15 Inc. 2° cuya redacción final fue:

“No tendrán valor los elementos de prueba obtenidos en virtud de una información originada en un procedimiento o medio ilícito. No obstante lo dispuesto en el presente inciso, cuando los elementos de prueba hayan sido obtenidos de buena fe, por hallazgo inevitable o por la existencia de una fuente independiente, podrán ser valorados por el Juez aplicando las reglas de la sana crítica”.

¹⁸⁰ Todas correspondientes a la reforma octava del Código Procesal Penal. D.L. N° 281, del 8 de febrero de 2001, publicado en el D.O. N° 32, Tomo 350, del 13 de febrero de 2001.

-Se establece otra excepción al Principio de Legalidad de la Prueba en relación con las operaciones encubiertas, Art. 15 inc. 5°:

“No obstante, tratándose de operaciones encubiertas por la Policía Nacional Civil, se permitirá el uso de medios engañosos con el exclusivo objeto de detectar, investigar y probar conductas delincuenciales del crimen organizado, delitos de defraudación al fisco y delitos contenidos en la Ley Especial para Sancionar Infracciones Aduaneras, previa autorización por escrito del Fiscal General de la República”

-En el inciso 6° del mismo Artículo 15, no sólo se permite la prueba ilícita sino la provocación y la incitación realizada por policías encubiertos:

“Igualmente podrá autorizarse dentro del desarrollo de la investigación y bajo estricta supervisión de la Fiscalía General de la República, la incitación o provocación de conductas a efecto de poder comprobar los hechos delictivos que se investigan.”.

-Se reforma el artículo 16 que trata sobre la Inobservancia de las Garantías, relacionando esta reforma a los incisos reformados del artículo 15. Se modifica el artículo 182 Inc. 3° estableciendo que:

“Por excepción cuando la orden de secuestro recaiga sobre bienes caídos en comiso tales como vehículo de motor, naves, aeronaves, idóneos y apropiados u objetos útiles para el combate del crimen organizado, el Juez, previa solicitud de la Fiscalía General de la República, podrá ordenar su depósito a favor de la Policía Nacional Civil, quien deberá destinarlo inmediatamente y en forma exclusiva al combate del crimen organizado. Si el Juez estimare que tales bienes u objetos no son idóneos o apropiados para la Policía Nacional Civil, podrá ordenar su depósito a favor de la Fuerza Armada para sus fines institucionales”.

-Se reforma el artículo 270 que regula el Anticipo de Prueba, en específico el Inc. 5° estableciendo que:

“En los casos de delitos relacionados con el crimen organizado, se entenderá necesaria la práctica de cualquiera de las diligencias mencionadas en este Artículo”.

-Se modifica y luego se deroga la disposición que regula la Conversión de la Detención Provisional.¹⁸¹

-Se agrega el artículo 184-A, según el cual el juez podrá aplicar las siguientes medidas a los delitos contra la propiedad intelectual:

“a) La incautación de las mercancías presuntamente falsificadas o pirateadas, todos los materiales y accesorios utilizados para la comisión del delito, todo activo relacionado con la actividad infractora y toda evidencia documental relevante al delito. Los materiales sujetos a incautación en dicha orden judicial no requerirán ser identificados individualmente siempre y cuando entren en las categorías generales especificadas en la orden; b) El decomiso de todo activo relacionado con la actividad infractora; El decomiso y destrucción de toda mercancía falsificada o que infrinja el derecho de autor o derechos conexos, sin compensación alguna al demandado, con el fin de evitar su ingreso en los canales comerciales; y d) El decomiso y destrucción de los materiales e implementos utilizados en la creación de la mercancía infractora.”¹⁸²

-Se reforma el artículo 238 incisos 3°, 4° y 5°. En el inciso 3° se regula que:

“Cuando la denuncia sea concerniente al delito de extorsión utilizando para ello una línea telefónica, correo electrónico u otros medios electrónicos, la Fiscalía General de la República, podrá solicitar al operador correspondiente, le remita los informes relativos a los datos de registro de la línea o líneas telefónicas investigadas y los registros de llamadas durante un período claramente determinado, así como, de los datos sobre el origen de las demás comunicaciones”.

Asimismo en el inciso 5° se le da facultad al Fiscal para solicitar la suspensión temporal del servicio telefónico y el bloqueo del aparato telefónico con el cual se realizó la llamada para la extorsión.

¹⁸¹ Todas las modificaciones citadas anteriormente corresponden a la novena reforma del Código Procesal Penal. D.L. N° 487, del 18 de julio de 2001, publicado en el D.O. N° 144, Tomo 352, del 31 de julio de 2001.

¹⁸² Corresponde a la Décima sexta reforma del Código Procesal Penal. D.L. N° 915, del 14 de diciembre del 2005, publicado en el D.O. N° 8, Tomo 370, del 12 de enero del 2006.

Producto de estas reformas se vuelve poco eficaz y pierde coherencia este cuerpo normativo, siendo esta una de las razones por la cual, se crea un nuevo Código Procesal Penal que entró en vigencia el 1 de enero de 2011.¹⁸³

2.8.4.-Valoración Político-Criminal sobre las Reformas realizadas al Código Procesal Penal desde 1998 hasta 2010

En el tránsito de una sociedad de post-guerra hacia una sociedad democrática se crea un nuevo Código Procesal Penal. Que está inspirado en la Teoría del Garantismo Penal, no sólo limitando el ejercicio del *ius puniendi* mediante los principios constitucionales, sino también garantizando la imparcialidad con una estructura judicial diferente a la anterior, misma que propicia la resolución de conflictos por vías no penales a través de las salidas alternas, resolviendo las conductas más graves a través del juicio penal.

El cambio de sistema de un proceso penal con visos de inquisitorio hacia un proceso penal acusatorio formal realizado en El Salvador podemos caracterizarlo, matizándolo a la realidad de El Salvador, como lo hace el jurisconsulto Chileno CAROCCA en su libro El Nuevo Sistema Procesal Penal:

“IDEAS ESENCIALES QUE PRESIDEN LA REFORMA PROCESAL PENAL CHILENA: 1.-Insuficiencia del antiguo sistema penal: La reforma se basa en la progresiva conciencia y evidencia sobre la inadecuación del antiguo sistema de justicia penal frente a los requerimientos de la sociedad actual. No se trataba evidentemente de problemas que pudieran atribuirse a las personas que debían desempeñarse en él, sino de una estructura inadecuada. (...) a) había sido ideado para otro tipo de criminalidad, b) Se contemplaba prácticamente un solo

¹⁸³ El primer Considerando del Código Procesal Penal de 2009 reza de la siguiente forma: “I.-Que el actual Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo No. 904, de fecha 4 de diciembre de 1996, publicado en el Diario Oficial No. 11, Tomo 334, del 20 de enero de 1997, el cual entró en vigencia el 20 de abril de 1998, necesita ser armonizado ante la multiplicidad de reformas de la que ha sido objeto, para funcionar como un instrumento eficaz en la investigación y procesamiento de los hechos delictivos.”

procedimiento, c) La indagación se encomendaba a un único magistrado, que después debió delegar sus funciones, d) No había un reconocimiento explícito de los derechos y garantías fundamentales, e) El sometimiento a proceso era esencial traía aparejada la prisión preventiva, F) el eje central del proceso era el expediente escrito, g) el plenario generalmente carecía de relevancia.”¹⁸⁴

A lo largo de la exposición y crítica del Código Procesal Penal de 1974 hemos podido evidenciar cómo la tipología del proceso, la estructura judicial, los momentos de la actividad probatoria, las facultades de las partes y los principios que regían al proceso penal estaban en concordancia con los modelos inquisitorios que no reconocen los principios de inviolabilidad de la defensa, presunción de inocencia, imparcialidad del juzgador, no iniciación de oficio, comunidad de la prueba, concentración de la prueba, oralidad y principio de contradicción.

En contraposición al sistema anterior se crea un Código Procesal Penal que podemos caracterizarlo, siguiendo la exposición del autor Chileno de la siguiente forma:

“RASGOS GENERALES DEL NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL. El nuevo sistema se caracteriza, a su vez, porque intenta dar respuesta integral a cada uno de los problemas que presentaba el anterior modelo. Los principales son: a) Diversificación de las soluciones que ofrece el sistema de justicia penal, b) El rol central en la determinación de la mejor solución corresponde al Ministerio Público,

¹⁸⁴ CAROCCA PÉREZ, Álex, *Manual. El Nuevo Sistema Procesal Penal*, Tercera Edición, Editorial LexisNexis, Santiago de Chile, 2005. Págs. 7-10. “Chile contaba hasta el año 2000, básicamente a través del Código de Procedimiento Penal vigente desde el año 1906, con un sistema procesal penal que había sido ideado en Europa desde los siglos XV en adelante, en una época en que las necesidades que debía satisfacer eran totalmente diferentes a las actuales. En efecto, en esa época la población era muy escasa, no residía en grandes centros urbanos sino que mayoritariamente en el campo, estableciendo pocas relaciones sociales o económicas, de modo que la comisión de un delito era generalmente un hecho aislado, poco sofisticado, que usualmente consistía en un atentado contra las personas o contra la propiedad. (...)Producto de la época preliberal en que surgió este sistema de justicia penal, no se reconocían los derechos de las personas frente al Estado, una vez que éste asumió el monopolio de la función jurisdiccional ejercida a través de los jueces. Esto se traducía en que en el esquema original del procedimiento no se le reconocían derechos tan esenciales como la presunción de inocencia, derecho a conocer el contenido de la imputación, derecho a defensa desde el inicio del proceso, etc.”

c) Las soluciones van desde la facultad de no juzgar hasta el juicio oral, d) La oralidad constituye la forma esencial de producir las decisiones judiciales, e) Se reconocen ampliamente las garantías de las personas, f) Se establece una nueva forma de organización de los tribunales”¹⁸⁵

A lo que agregamos el rol de los jueces de paz y de instrucción en el Control Jurisdiccional de los Actos probatorios, tanto de las Diligencias Iniciales de Investigación, como la Fase de Instrucción. Garantizando así los Derechos del imputado y el cumplimiento de los principios de Legalidad de la prueba. Pudiendo dictar los jueces mencionados sobreseimientos, definitivo y provisional, al la certeza de que no existe delito, que el imputado no es autor o partícipe del delito, entre otros supuestos.

La filosofía del Código Procesal Penal fue tildada de Garantista por las autoridades de la FGR, PNC, Asamblea Legislativa e incluso por autoridades del Órgano Ejecutivo, se responsabilizaba a los jueces por “dejar libre” a los imputados y se tomó la iniciativa de modificar la ley procesal penal salvadoreña para disminuir las potestades de los jueces en el control de los actos de investigación y de aumentar las potestades de la fiscalía, modificando el principio de legalidad de la prueba, permitiendo que se

¹⁸⁵ Ibídem, Págs. 10-15. “La esencia de la reforma a la justicia penal consiste en establecer un sistema procesal que responda a las actuales exigencias de la sociedad chilena, lo que exige fundamentalmente una diversificación de las soluciones que puede ofrecer frente a los conflictos penales que le son sometidos. En efecto, producto de la inmensa gama de actividades que llevan a cabo las personas en el mundo actual y las relaciones sociales, económicas y de todo orden que deben entablar, en núcleos urbanos con grandes concentraciones de población, el número de conflictos de orden penal que deben ser resueltos por el sistema de justicia penal se ha multiplicado. A esto debe añadirse que con la finalidad de extremar el control social, las autoridades estatales incrementan día a día las conductas penalizadas, con lo que el Derecho Penal ha alcanzado una hiperinflación. Por eso se hace necesario que el sistema de justicia penal adquiera una estructura capaz de ofrecer una solución a un número y a una gama inmensa de conflictos. Lo que hace el nuevo sistema es, efectivamente, establecer un amplio abanico de posibilidades de solución frente a los conflictos penales, atendiendo a factores tales como la gravedad del delito, características de la persona imputada, entidad de los perjuicios causados, bienes jurídicos afectados, entre otras circunstancias relevantes. En consecuencia, se trata de un sistema de justicia penal mucho más sofisticado, que pretende hacerse cargo de la diversidad de los cientos de miles de casos que cada año debe resolver. Es evidente que en estas circunstancias la tarea esencial de sus actores será buscar la mejor solución posible, eligiendo el procedimiento o solución más adecuados para cada caso dentro de esa gama de posibilidades.”

valorara prueba que podría ser ilícita, y modificando la ley para prevenir que las deficiencias de la FGR resultaran en sentencias absolutorias o sobreseimientos definitivos.

Tras varias reformas, quedando el Código Procesal Penal como un cuerpo normativo falto de coherencia y con las Garantías Penales gravemente modificadas, se opta por la creación de legislación procesal penal especial, creando tribunales unipersonales que conocerán de los delitos de Homicidio, Secuestro y Extorsión, evitando que los Tribunales de Sentencia conocieran de los mismos, mediante la creación de la Ley contra el crimen organizado y delitos de realización compleja en 2006.

Acompañando a la legislación especial con la posibilidad del uso de testigos sin rostro y sin posibilidad de utilizar herramientas como el careo, con la creación de la ley de protección de víctimas y testigos de 2006.

Las razones político-criminales de los cambios en la Ley Procesal Penal a nuestro juicio atienden a posibilitar que las reformas realizadas al Código Penal pudieran convertirse en sentencias condenatorias, sin importar si dichas decisiones efectivamente favorecían al control a la criminalidad, si atacaban las causas de la criminalidad, si existía un Sistema Penitenciario con las capacidades para absorber a los condenados, entre otras consideraciones que debieron realizarse.

Para lo cual se necesitaba cambiar el sistema “Garantista” por un sistema efectivo en la lucha contra la criminalidad, debido a que usualmente se comparan las tasas de resoluciones condenatorias en relación a las denuncias presentadas en la FGR y la PNC, las detenciones realizadas por la PNC en relación con las condenas pronunciadas por los tribunales competentes, además de que el juicio paralelo se ha convertido un problema

en nuestra sociedad debido en parte al cheque en blanco que la misma asamblea legislativa le ha girado al poder mediático.

De esta forma se inicia con un proceso de contrarreforma tendiente a disminuir las garantías previstas en el código procesal penal, en especial el principio de legalidad de la prueba, el cual fue reformado en tres ocasiones, en dichas reformas se incorporan excepciones al principio de legalidad de la prueba, finalmente se establece la posibilidad de que el juez valore cualquier prueba que no cumpla con las formalidades para ser incorporados al proceso, se permite la valoración de los medios de prueba obtenidos en virtud de información originada en un procedimiento o medio ilícito, así como el uso de medios engañosos, incitación y provocación.

En la legislación especial se crean procedimientos “expeditos” para poder lograr más resoluciones condenatorias, se aumentan las facultades de la FGR como órgano promotor de la acción penal y de la investigación del delito y a la PNC como órgano auxiliar del primero, se tiende a disminuir las formalidades exigidas a ambos para los actos y diligencias de investigación, incluidas las actas policiales.

De la misma forma que las reformas del Código Penal, las reformas del Código procesal penal no se realizaron atendiendo a criterios científicos, prueba de ello los fallos de la Sala de lo Constitucional que declaran la inconstitucionalidad de las siguientes reformas:

- ❖ Inconstitucionalidad del artículo 235 inciso primero “por no regular un plazo para que la Fiscalía General de la República presente el requerimiento ante el Juez competente cuando el imputado no se encuentra detenido, pues dicha institución tiene la obligación de

promover la acción penal dentro de un plazo determinado legalmente.”¹⁸⁶

- ❖ Artículo 15 inciso 6°: “respecto de la conducta de incitación a delinquir, por contravenir los principios básicos del debido proceso, y la función esencial del cuerpo policial (art. 159 Cn.); no así en relación con la provocación para comprobar la existencia de un delito, a la que se ha hecho alusión en esta sentencia.”

Después del proceso de contrarreforma, el Código procesal penal pierde coherencia por lo cual la Asamblea Legislativa decidió crear un nuevo código, en los considerandos de dicho cuerpo normativo se puede evidenciar claramente lo manifestado por nosotros hasta ahora: que el código no es un cuerpo de leyes coherente luego de las reformas, que las reformas están encaminadas a dotar a la fiscalía de mayores potestades, limitando las funciones de control de los jueces y que se persigue con las reformas que el código procesal penal se “eficaz”, es decir que se logre una mayor cantidad de sentencias condenatorias, según los considerandos:

“I. Que el actual Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo N° 904, de fecha 4 de diciembre de 1996, publicado en el Diario Oficial N° 11, Tomo 334, del 20 de enero de 1997, el cual entró en vigencia el 20 de abril de 1998, necesita ser armonizado ante la multiplicidad de reformas de la que ha sido objeto, para funcionar como un instrumento más eficaz en la investigación y procesamiento de los hechos delictivos.

¹⁸⁶ Punto 5 del fallo, Sentencia de Inconstitucionalidad de las nueve horas con cincuenta minutos del día veintitrés de diciembre de dos mil diez. REF: 5-2001 Acumulados. “Reconócese nuevamente la vigencia del art. 235 del C. Pr. Pn., en su redacción dada por el D. L. n° 418, de 24-IX-1998, publicado en el D. O. n° 198, tomo 341, correspondiente al 23-X-1998, en cuanto prescribía un plazo de diez días para presentar el requerimiento fiscal en aquellos casos en que el imputado no estuviera detenido. Exhórtase a la Asamblea Legislativa a crear, en la normativa Procesal Penal, los mecanismos y garantías de acceso a la protección jurisdiccional de las víctimas, especialmente en cuanto a la regulación de su acceso directo al proceso penal, a fin de que pueda iniciar y proseguir autónomamente una persecución penal en aquellos casos en que la Fiscalía General de la República —por cualquier motivo— no quiera investigar, no inicie o prosiga el proceso penal.”

II. Que el actual Código Procesal Penal estableció un sistema procesal mixto de tendencia acusatoria, por lo que debe sistematizarse de mejor manera el ejercicio del poder punitivo del Estado, reafirmando el carácter de órgano persecutor del delito de la Fiscalía General de la República, así como del ejercicio democrático de la promoción de la acción penal; y la función del Órgano Judicial, como garante de los derechos fundamentales de las personas y de la potestad de juzgar.

III. Que con el objeto de establecer nuevos instrumentos que permitan una administración de justicia más rápida y efectiva, por medio de la cual se tutelen de manera más eficaz los derechos de las víctimas en un justo equilibrio con los del imputado, y se potencie una mayor efectividad de las instituciones del sistema penal, es necesario se emita un nuevo Código Procesal Penal.”

Posteriormente realizaremos un análisis con mayor detenimiento sobre el Código procesal penal que entró en vigencia en 2011 posteriormente.

2.9.-El Sistema Penal Salvadoreño después de la Contrarreforma Penal

Luego de analizar brevemente el génesis del sistema penal desde 1998, así como el proceso de contra-reforma penal, dirigimos nuestro análisis sobre el actual status quo del Sistema Penal Salvadoreño. Nos disponemos a hacer un análisis general sobre la Teoría del Delito y sobre el Proceso Penal Salvadoreño, analizando en el próximo capítulo el Sistema Penitenciario y los medios no represivos de prevención del crimen.

2.9.1.-La Teoría del Delito después de la Contrarreforma penal

Algunas de las reformas realizadas al Código Penal son contrarias a los fundamentos de nuestro sistema penal, entendiendo que nuestra constitución ha estructurado al Derecho Penal en base a los postulados de Derecho Liberal, según los cuales el individuo es inicio y fin de la existencia del Estado, que debe tener Garantías claras frente al poder del Estado, en

especial al *ius puniendi*, ideas que están inspiradas el Constitucionalismo Social de la post-guerra.¹⁸⁷

Podemos caracterizar la contra-reforma penal por el aumento tanto de las penas como del catálogo de delitos, lo que a su vez ocasionó un crecimiento del hacinamiento en el Sistema Penitenciario. En franca oposición a los principios de mínima intervención y subsidiariedad del Derecho Penal.¹⁸⁸

¹⁸⁷ BERGALLI, Roberto, et. al., *Sistema Penal y Problemas Sociales*, Tirant Lo Blanc, Valencia, 2003. Pág. 27. “Iniciada la post-Guerra, una nueva serie de Constituciones se preocupó por la ampliación de las garantías sociales a la vez que manifestó la fidelidad intrínseca de muchos ordenamientos a la concepción liberal-democrática del Estado. Ejemplos de este nuevo período son la Constitución francesa de 1946, la italiana de 1947 y la de la República Federal de Alemania de 1949. Esta fase, a la que se puede denominar como la del constitucionalismo social, fue la que despertó y alentó la necesidad de llevar la intervención punitiva de los Estados democráticos a proteger aquellas necesidades sociales que se consideran actualmente como básicas para el desenvolvimiento de las fuerzas colectivas —de lo que ha constituido su mayor muestra la *Costituzione della Repubblica Italiana* (cfr. entre muchos, Moccia 1997: 14-17 y, en España, Silveira Gorski 1998: 31), introduciendo un empleo racional de la reacción punitiva, aplicada con el máximo respeto a las garantías constitucionales y con la prioritaria búsqueda de un fin de prevención especial positiva (resocialización) en la ejecución de la privación de libertad como pena.”

¹⁸⁸ MUÑOZ CONDE, F., *Introducción al Derecho Penal*, Segunda Edición, Editorial B de F, Buenos Aires, 2001. Pág. 105-107. “Las ideas que anidan en el corazón de los hombres, de conseguir una paz social justa, un sistema equitativo que ampare sus derechos fundamentales y una seguridad personal que evite los despotismos y arbitrariedades, han ido formando un patrimonio común, una plataforma sobre la que debe descansar también el ejercicio del poder punitivo del Estado. Estas ideas sirven de línea directriz en la creación, aplicación y ejecución de las normas penales y, en caso contrario, dan la base para su crítica. Dirección y crítica son, por tanto, las dos funciones que tienen encomendadas estas ideas en el ámbito del derecho penal moderno. Su naturaleza es tanto política como jurídica. Su origen hay que buscarlo, con todas las reservas que supone buscar una fecha para el nacimiento de una idea, en ese momento histórico que suele fijarse en la Revolución Francesa y en el pensamiento ilustrado del siglo XVIII, en el que, por lo menos en el nivel teórico, el poder del Estado pasa a ser controlado y limitado. A partir de esa época, el derecho penal empieza a considerarse como un instrumento de defensa de los valores fundamentales de la comunidad, que sólo debe emplearse contra ataques muy graves a esos valores y en una forma controlada y limitada por el "imperio de la ley”. Evidentemente, la vigencia plena de esta idea fue y es todavía un deseo loable no siempre satisfecho en la práctica; pero su reconocimiento, siquiera sea a nivel formal, supuso ya un adelanto irreversible frente al derecho penal del Antiguo Régimen. La importancia de este adelanto se mostró posteriormente, cuando el Estado totalitario irrumpió en la esfera de lo punible, amenazando con penas a conductas indiferentes desde el punto de vista ético-social y borrando toda idea de proporción entre el delito cometido y el castigo aplicable. La situación no ha cambiado tanto como para prescindir actualmente de este problema. La excesiva intromisión del poder estatal en la esfera privada es un hecho corriente, repetidas veces denunciado. En derecho penal se ha entrado, además, en un círculo vicioso en el que el aumento de la criminalidad corre parejo con un aumento de la dureza en la represión punitiva, que parece volver a los tiempos de una política penal autoritaria de donde parecía se había salido ya definitivamente. Ante esta excesiva intromisión del poder punitivo del Estado en el

Según la opinión del jurista español MUÑOZ CONDE, podemos entender el Principio de Mínima Intervención de la siguiente forma:

“El poder punitivo del Estado debe estar regido y limitado por el principio de intervención mínima. Con esto quiero decir que el derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes. Las perturbaciones más leves del orden jurídico son objeto de otras ramas del derecho.”¹⁸⁹

En este orden de ideas, con la contra-reforma se violentan, además del principio de mínima intervención, principios como los de Culpabilidad, Proporcionalidad de la Pena y Presunción de Inocencia. En el mismo Sentido la opinión del Juez del Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador, Carlos SÁNCHEZ ESCOBAR:

“El movimiento reformista o contra-reformista se aleja del modelo constitucional y se alza sobre la imagen de un modelo autoritario y absoluto que pretende ser ilimitado, sólo así se explica la expansión punitiva de amplio espectro –ya al estilo de guerra– que se impulsa al nivel de derecho penal de fondo, procesal y de ejecución.”^{190 191}

ámbito de los derechos individuales más sagrados, creo que no está de más, en un trabajo de este tipo, plantearse siquiera el problema de los límites al poder punitivo estatal, límites que se basan, en última instancia, en la dignidad humana y en la idea de la justicia misma. A mi juicio, estos límites pueden reducirse a la vigencia, no sólo formal, sino material también, de dos principios fundamentales: el principio de intervención mínima y el principio de intervención legalizada del poder punitivo del Estado.”

¹⁸⁹ *Ibíd.*, MUÑOZ CONDE, *Introducción...*, Pág. 107. “El poder punitivo del Estado debe estar regido y limitado por el principio de intervención mínima. Con esto quiero decir que el derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes. Las perturbaciones más leves del orden jurídico son objeto de otras ramas del derecho. De aquí que se diga que el derecho penal tiene carácter "subsidiario" frente a las demás ramas del ordenamiento jurídico. Esta expresión, indudablemente equívoca, ha originado las más estériles polémicas. A mi juicio, la "subsidiariedad", "accesoriedad" o "secundariedad", como también se le llama, del derecho penal no es más que una de las consecuencias que se derivan del principio de intervención mínima. ”

¹⁹⁰ SÁNCHEZ ESCOBAR, Carlos, *La Política Criminal y el Principio Nulla Poena sine culpa.*, Doctrina Publicada en las Revistas elaboradas por el Centro de Documentación Judicial, Categoría: DERECHO CONSTITUCIONAL, disponible en la página web de la Corte Suprema de justicia de la República de El Salvador: http://www.csj.gob.sv/Doctrina.nsf/c5bbb727e7b3b30d06256d48005ecf9c/8ad60d4338e0bee406256cf_a00657f26?OpenDocument, página web consultada el día miércoles 15 de junio de 2011.

Luego de una breve descripción de la Contra reforma penal, podemos afirmar que en virtud de la misma se sustituye un Sistema Penal con tendencias al Derecho Penal Mínimo, por un sistema Penal con tendencias al Derecho Penal Máximo. En palabras del jurista italiano Ferrajoli:

“El modelo garantista descrito en SG presenta las diez condiciones, límites o prohibiciones que hemos identificado como garantías del ciudadano contra el arbitrio o el error penal: según este modelo, no se admite ninguna imposición de pena sin que se produzcan la comisión de un delito, su previsión por la ley como delito, la necesidad de su prohibición y punición, sus efectos lesivos para terceros, el carácter exterior o material de la acción criminosa, la imputabilidad y la culpabilidad de su autor y, además, su prueba empírica llevada por una acusación ante un juez imparcial en un proceso público y contradictorio con la defensa y mediante procedimientos legalmente preestablecidos. Por el contrario, los modelos autoritarios descritos en S149 se caracterizan por la debilidad o la ausencia de alguno o algunos de estos límites a la intervención punitiva del estado, hasta los casos extremos, representados por S7-S9, en que aquélla puede ocurrir sin que se produzca ninguna condición judicialmente comprobable y/o legalmente predeterminada. Por esto es por lo que el primer modelo puede ser identificado con el del estado de derecho: entendiendo por esta expresión un tipo de ordenamiento en que el poder público, y específicamente el penal, está rígidamente limitado y vinculado a la ley en el plano sustancial (o de los contenidos penalmente relevantes) y bajo el procesal (o de las formas procesalmente vinculantes). Los últimos, en cambio, sirven para configurar sistemas de control penal propios del estado absoluto o totalitario: entendiendo por tales expresiones cualquier ordenamiento donde los poderes públicos son *legibus soluti* o «totales», es decir, no disciplinados por la ley y, por tanto, carentes de límites y condiciones. Llamo a estos dos extremos «Derecho Penal Mínimo» y «Derecho Penal Máximo», refiriéndome con ello bien a los mayores o menores vínculos garantistas estructuralmente internos al sistema, bien a la cantidad y la calidad de las prohibiciones y las penas en él establecidas. Entre los dos extremos, se ha visto, existen muy diversos sistemas intermedios, hasta el punto de que deberá hablarse más propiamente, a propósito de

¹⁹¹ Este artículo fue publicado de manera más amplia en el libro: SÁNCHEZ ESCOBAR, Carlos, *Ensayos para la capacitación penal*, 1ª Edición, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, San Salvador 2003. Pág. 22.

las instituciones y ordenamientos concretos, de tendencia al derecho penal mínimo o de tendencia al derecho penal máximo.”¹⁹²

Mención especial merece el tratamiento de la reincidencia en los artículos 30 numeral 16: como circunstancia agravante de responsabilidad penal de carácter general; 92-A: según el cual no se aplican los beneficios penitenciarios a los reincidentes, habituales y a otros sujetos en atención a

¹⁹² Óp. Cit. FERRAJOLI, *Derecho y Razón...*, Págs. 103-104. “Derecho penal mínimo y racionalismo jurídico; derecho penal máximo e irracionalismo jurídico. Los sistemas de derecho y de responsabilidad penal distinguidos en los apartados precedentes oscilan entre dos extremos opuestos, identificables no sólo con las dicotomías saber-poder, hecho-valor o cognición-decisión, sino también con el carácter condicionado o incondicionado, o bien limitado o ilimitado, del poder punitivo. El modelo garantista descrito en SG presenta las diez condiciones, límites o prohibiciones que hemos identificado como garantías del ciudadano contra el arbitrio o el error penal: según este modelo, no se admite ninguna imposición de pena sin que se produzcan la comisión de un delito, su previsión por la ley como delito, la necesidad de su prohibición y punición, sus efectos lesivos para terceros, el carácter exterior o material de la acción criminosa, la imputabilidad y la culpabilidad de su autor y, además, su prueba empírica llevada por una acusación ante un juez imparcial en un proceso público y contradictorio con la defensa y mediante procedimientos legalmente preestablecidos. Por el contrario, los modelos autoritarios descritos en S149 se caracterizan por la debilidad o la ausencia de alguno o algunos de estos límites a la intervención punitiva del estado, hasta los casos extremos, representados por S7-S9, en que aquélla puede ocurrir sin que se produzca ninguna condición judicialmente comprobable y/o legalmente determinada. Por esto es por lo que el primer modelo puede ser identificado con el del estado de derecho: entendiéndolo por esta expresión un tipo de ordenamiento en que el poder público, y específicamente el penal, está rígidamente limitado y vinculado a la ley en el plano sustancial (o de los contenidos penalmente relevantes) y bajo el procesal (o de las formas procesalmente vinculantes). Los últimos, en cambio, sirven para configurar sistemas de control penal propios del estado absoluto o totalitario: entendiéndolo por tales expresiones cualquier ordenamiento donde los poderes públicos son legibus soluti o «totales», es decir, no disciplinados por la ley y, por tanto, carentes de límites y condiciones. Llamo a estos dos extremos «derecho penal mínimo» y «derecho penal máximo», refiriéndome con ello bien a los mayores o menores vínculos garantistas estructuralmente internos al sistema, bien a la cantidad y la calidad de las prohibiciones y las penas en él establecidas. Entre los dos extremos, se ha visto, existen muy diversos sistemas intermedios, hasta el punto de que deberá hablarse más propiamente, a propósito de las instituciones y ordenamientos concretos, de tendencia al derecho penal mínimo o de tendencia al derecho penal máximo. En los ordenamientos de los modernos estados de derecho, caracterizados por la diferenciación en varios niveles de normas, estas dos tendencias opuestas conviven entre sí, caracterizando una a los niveles normativos superiores y la otra a los niveles normativos inferiores, y dando lugar, con su separación, a una ineffectividad tendencial de los primeros y a una ilegitimidad tendencial de los segundos. Así veremos, en la cuarta parte, cómo en contraste con los principios garantistas del modelo SG estipulados de manera más o menos rigurosa en nuestra Constitución, nuestras leyes ordinarias, y todavía más nuestras prácticas judiciales y policiales, admiten de hecho figuras de responsabilidad penal sin una o varias de las garantías citadas. Es claro que el derecho penal mínimo, es decir, condicionado y limitado al máximo, corresponde no sólo al máximo grado de tutela de las libertades de los ciudadanos respecto del arbitrio punitivo, sino también a un ideal de racionalidad y de certeza.”

su situación personal. Esta forma de tratamiento al condenado nace en Alemania y fue una característica principal del régimen nacional-socialista, MUÑOZ CONDE nos explica los orígenes de la reincidencia de la siguiente forma:

“Lógicamente, conforme a la mentalidad reinante en la época, y no sólo en Alemania, la preocupación por la marginación social y la delincuencia, sobre todo la habitual, que se había incrementado enormemente con la industrialización y el crecimiento de la población urbana, se reflejaba fundamentalmente en lo jurídico en la adopción de medidas represivas, de carácter puramente penal y, en todo caso en el aumento del control policial de los sectores de la población más débiles económicamente y, por ello más inclinados a la comisión de delitos, lo que al mismo tiempo se fundamentaba científicamente con teorías que hablaban de "delincuentes natos", de "personas deficientes desprovistas de valor vital", de "razas inferiores", de "personas de segunda categoría" (Untermenschen), y que apenas cuestionaban las causas sociales y económicas de dicho problema. El asocial y el delincuente habitual eran los "diferentes", los molestos socialmente, no susceptibles de mejora o corrección, entre otras cosas porque su asocialidad se debía muchas veces a defectos congénitos, a enfermedades hereditarias que había que eliminar a través de la esterilización, o simplemente con la eliminación física de sus portadores. De resocialización, de corrección, ni siquiera se hablaba, porque se partía, con unos métodos de constatación muy rudimentarios basados fundamentalmente en la reincidencia, de que se trataba de sujetos "incurables", irrecuperables para la vida social normal. La única salida para proteger la sociedad, el orden social, de estos sujetos, era su "inocuidación" (Unschädlichmachung), la "incapacitación" que se propone ahora por algunos criminólogos americanos”.¹⁹³

¹⁹³ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho Penal en el Nacionalsocialismo*, 4ª Edición, Tirant Lo Blanc, Valencia, 2003. Págs. 171-172. “Lógicamente, conforme a la mentalidad reinante en la época, y no sólo en Alemania, la preocupación por la marginación social y la delincuencia, sobre todo la habitual, que se había incrementado enormemente con la industrialización y el crecimiento de la población urbana, se reflejaba fundamentalmente en lo jurídico en la adopción de medidas represivas, de carácter puramente penal y, en todo caso en el aumento del control policial de los sectores de la población más débiles económicamente y, por ello más inclinados a la comisión de delitos, lo que al mismo tiempo se fundamentaba científicamente con teorías que hablaban de "delincuentes natos", de "personas deficientes desprovistas de valor vital", de "razas inferiores", de "personas de segunda categoría"

A nuestro juicio la reincidencia como circunstancia agravante vulnera los principios constitucionales de *Ne Bis In Idem*, regulado en el artículo 11 de la Constitución, asimismo es una característica del Derecho Penal de Autor, que también está prohibido por la Constitución, por tanto no se puede agravar la Culpabilidad o la Pena por motivos de reincidencia.

Asimismo es necesario agregar que la presunción de culpabilidad contenida en el artículo 214-A inciso segundo violenta el principio de presunción de inocencia. Este artículo guarda similitud con el código penal de 1973 al regular el delito de Receptación.

Resulta oportuno hacer mención de las reformas por medio de las cuales se crean leyes especiales para el combate a la delincuencia, como la Ley contra el crimen organizado y delitos de realización compleja¹⁹⁴ en la cual se crean un proceso especial, jueces especializados para el conocimiento de los delitos siguientes: a) Homicidio simple o agravado; b) Secuestro; y, c) Extorsión. Siempre y cuando: "haya sido realizado por dos o más personas,

(Untermenschen), y que apenas cuestionaban las causas sociales y económicas de dicho problema. El asocial y el delincuente habitual eran los "diferentes", los molestos socialmente, no susceptibles de mejora o corrección, entre otras cosas porque su asocialidad se debía muchas veces a defectos congénitos, a enfermedades hereditarias que había que eliminar a través de la esterilización, o simplemente con la eliminación física de sus portadores. De resocialización, de corrección, ni siquiera se hablaba, porque se partía, con unos métodos de constatación muy rudimentarios basados fundamentalmente en la reincidencia, de que se trataba de sujetos "incurables", irrecuperables para la vida social normal. La única salida para proteger la sociedad, el orden social, de estos sujetos, era su "inocuidación" (Unschädlichmachung), la "incapacitación" que se propone ahora por algunos criminólogos americanos. Así describía VON LISZT la forma en que, en su opinión, debería precederse contra tales sujetos: "La pena se cumplirá en comunidad en establecimientos especiales (casas de trabajo o de disciplina), en régimen de «esclavitud penal» (...), con trabajos forzados y con el máximo aprovechamiento posible de dichos trabajos; como sanción disciplinaria apenas podría prescindirse de la pena de azotes (...), y, por supuesto, para señalar el carácter deshonroso de la pena habría que privarles sin condiciones de forma obligatoria y permanente de sus derechos civiles honoríficos. El aislamiento en celda individual sólo debería aplicarse como sanción disciplinaria juntamente con el arresto en celda oscura y en estricto ayuno (Strafrechliche Voträge und Aufsätze, p. 170. Citado por MUÑOZ CONDE)."¹⁹³

¹⁹⁴ 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.

que la acción recaiga sobre dos o más víctimas, o que su perpetración provoque alarma o conmoción social”¹⁹⁵.

Al respecto de dicha Ley podemos afirmar que la definición que del Crimen Organizado se hace en dicha Ley dista mucho de lo que la doctrina y órganos internacionales han establecido desde 1999.¹⁹⁶ Asimismo la definición que existía en el Código Penal era más precisa que la actual. Según el artículo 22-A:

“Se considera crimen organizado aquella forma de delincuencia que se caracteriza por provenir de un conjunto de personas dedicadas a mantener una estructura jerarquizada, con el propósito de planificar y ejecutar hechos antijurídicos con la finalidad de lucrarse con bienes y servicios ilegales o realizar actividades de terrorismo. También se considerará crimen organizado aquellas conductas que por sí o unidas a otras, cometidas por dos o más personas, tienen como fin o resultado cometer los delitos de homicidio, homicidio agravado, privación de libertad, secuestro, pornografía, utilización de personas menores de dieciocho años de edad e incapaces o deficientes mentales en pornografía, robo, robo agravado, extorsión, asociaciones

¹⁹⁵ Artículo 1 incisos 3° y 4° de la Ley en mención.

¹⁹⁶ Podemos encontrar una definición de Crimen Organizado en el artículo 2 de la Convención de Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Internacional, conocida como Convención de Palermo, del año 2000. “Art. 2. Para los fines de la presente Convención: a) Por “grupo selectivo organizado” se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que existen durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”. También podemos encontrar una definición que surge en el XVI Congreso Internacional de Derecho Penal, de la Asociación Internacional de Derecho Penal, celebrado en Budapest, en septiembre de 1999, según la cual: “Crimen Organizado es un tipo de delincuencia que persigue la obtención de poder y/o lucro a través de una organización fuertemente estructurada. Las características del crimen organizado son: a) La división del trabajo y la disolución de la responsabilidad individual en el seno de la organización; b) La intercambiabilidad de los individuos; c) El secreto; d) La mezcla de actividades legítimas e ilegítimas; e) La capacidad de neutralizar los esfuerzos de aplicación de la ley (por ejemplo por medio de la intimidación, la corrupción); f) La capacidad especial de transferencia de las ganancias”. C. ZÚNIGA RODRÍGUEZ, LAURA. *Redes internacionales y criminalidad: A propósito del modelo de “Participación en Organización Criminal”*, en el Derecho Penal ante la Globalización, L. Zúñiga r/r. C. Méndez. R./R. Diego Díaz Santos (Coords), Colex, Madrid, 2002. Pág. 51-71. Citado por MARTÍNEZ VENTURA, Jaime, (Octubre-Diciembre 2010). El Concepto de seguridad: necesidad de un abordaje desde una perspectiva holística. Revista Derecho. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador. Época VII N° 2. Págs. 14-15.

ilícitas, falsificación o alteración de moneda, actos de terrorismo, comercio de personas, tráfico ilegal de personas, trata de personas, contrabando, lavado de dinero y activos, tráfico, fabricación y comercio ilegal de armas de fuego, y los comprendidos en el Capítulo IV de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas”.

Mientras tanto en la Ley especializada actualmente vigente:

“Se considera crimen organizado aquella forma de delincuencia que se caracteriza por provenir de un grupo estructurado de dos o más personas, que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos.”

Ante esta realidad y teniendo en cuenta que El Salvador ha ratificado la convención de palermo, firmada el 14 de diciembre de 2000 y ratificado el 18 de marzo de 2004, debe aplicarse directamente la definición de grupo delictivo organizado obviando lo establecido por la ley especial antes referida. Dicho tratado tiene calidad de Ley de la República según el artículo 144 de la Constitución de la República de El Salvador de 1983, el cual establece la salvedad de que en caso de conflicto inter-normativo entre el Tratado y la ley secundaria prevalecerá el Tratado Por lo cual deberían aplicarse los mecanismos de investigación contemplados en el artículo 20 de la convención, como la entrega vigilada, la vigilancia electrónica, las operaciones encubiertas, algo que hasta la fecha no se hace en El Salvador.

197

¹⁹⁷ En términos generales en la cultura jurídica de El Salvador se tiende a legislar ignorando los tratados internacionales, en materia penal podemos citar a la ley contra el crimen organizado y delitos de realización compleja que no está conforme a lo establecido por la convención de Palermo, tanto así que ni en los considerandos ni en ninguna parte se menciona la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Internacional, los tipos penales de la Convención, como la participación en grupo delictivo organizado, Art. 5, el blanqueo del producto derivado del dinero, Art. 6, corrupción, Art. 8 y la obstrucción de justicia, Art. 23, y la Responsabilidad de las personas jurídicas, Art. 10 todos de la convención, no están contemplados en la ley especial. Lo mismo ocurre con la ley de protección de víctimas y testigos, o la ley especial contra actos de terrorismo, que tampoco mencionan la convención, ni está en correspondencia con la misma.

De esta forma se trata de perseguir delitos comunes dejando de lado delitos relativos a las drogas, contrabando de mercancías, tráfico ilícito de armas, trata de personas, tráfico ilícito de órganos, delitos de corrupción, defraudación fiscal y financiera, entre otros delitos verdaderamente relacionados con el crimen organizado.

En el marco de las observaciones anteriores es necesario referirnos a la Ley Especial contra Actos de Terrorismo, que contiene tipos penales en blanco¹⁹⁸, además de establecer penas que superan los 75 años de cárcel y conminar a penas a la Proposición y Conspiración, lo anterior vulnera principios como los de prohibición de la analogía *In Malam Partem*, que es una manifestación del Principio de Legalidad, y con el principio de Proporcionalidad de la pena.

Para concluir nuestro análisis sobre el estado de la Teoría del Delito después de la contra reforma penal acotamos la opinión del Juez del Tribunal Tercero de Sentencia, en el sentido siguiente: nuestro sistema penal ha sufrido reformas y dichas reformas han estado inspiradas en el modelo de política criminal de Dirección de la Ley y el Orden. Dicho modelo lo podemos entender, como nos explica SÁNCHEZ ESCOBAR, de la siguiente forma:

“La visión de la política criminal, como catalizador de un derecho penal maximizado, y orientado en términos alopáticos frente a la manifestación de la criminalidad, ha permitido impulsar la corriente de “Ley y Orden”, la cual sostiene que ante el fenómeno del aumento del crimen, debe responderse con un aumento de las sanciones penales, exacerbando tanto su radio de acción en cuanto incriminación de modalidad de conductas, como de las sanciones que para estas se prevén, es decir se preconiza como solución de los conflictos sociales, el endurecimiento de la

¹⁹⁸ El artículo 17 establece como Delito contra la Seguridad Portuaria, Marítima, Fluvial y Lacustre y lo regula de la manera siguiente: “Será sancionado con prisión de quince a veinte años, el que realizare cualquiera de las acciones siguientes: b) Dañare total o parcialmente las instalaciones portuarias, sean éstas públicas o privadas. c) Se apoderare o ejerciere control de puerto mediante violencia, o cualquier forma de intimidación;”

respuesta punitiva en el siguiente orden: a) ante el aumento de la criminalidad, mayor severidad en las penas; b) ante nuevas formas de conductas que afecten la tranquilidad pública nuevas incriminaciones delictivas con penas drásticas; c) ante la violencia del delito, instauración de penas irreversibles como la pena de muerte, de prisión perpetua o penas de prisión de largo alcance; d) Se utiliza un discurso de guerra o de combate frente al fenómeno de la delincuencia el cual se traslada al área normativa mediante reformas autoritarias; e) Se propugna la reducción de garantías básicas del Estado Constitucional de Derecho, llegándose al fraude de la constitución.”¹⁹⁹

2.9.2.-El Proceso Penal después de la Contrarreforma penal

Previamente analizamos las reformas del código penal y concluimos que fueron realizadas en base al modelo de política criminal de Ley y Orden, nos adelantamos al manifestar que se reducían garantías como la Presunción de

¹⁹⁹ SÁNCHEZ ESCOBAR, Óp. Cit. *Ensayos para la capacitación penal*, Pág. 22. “La visión de la política criminal, como catalizador de un derecho penal maximizado, y orientado en términos alopáticos frente a la manifestación de la criminalidad, ha permitido impulsar la corriente de “Ley y Orden”, la cual sostiene que ante el fenómeno del aumento del crimen, debe responderse con un aumento de las sanciones penales, exacerbando tanto su radio de acción en cuanto incriminación de modalidad de conductas, como de las sanciones que para estas se prevén, es decir se preconiza como solución de los conflictos sociales, el endurecimiento de la respuesta punitiva en el siguiente orden: a) ante el aumento de la criminalidad, mayor severidad en las penas; b) ante nuevas formas de conductas que afecten la tranquilidad pública nuevas incriminaciones delictivas con penas drásticas; c) ante la violencia del delito, instauración de penas irreversibles como la pena de muerte, de prisión perpetua o penas de prisión de largo alcance; d) Se utiliza un discurso de guerra o de combate frente al fenómeno de la delincuencia el cual se traslada al área normativa mediante reformas autoritarias; e) Se propugna la reducción de garantías básicas del Estado Constitucional de Derecho, llegándose al fraude de la constitución. En suma, los problemas del cuerpo social, para esta doctrina deben enfrentarse sobre la base de un aumento de la legislación punitiva de amplio espectro, lo cual significa, la expansión del derecho penal no solo en cuanto a la duración de las sanciones previstas, sino también en cuanto a la criminalización de las figuras; es decir se pretende resolver todo problema que se presenta mediante la actuación del derecho penal. Se apuesta por una profundización de la prevención general y especial negativa hasta el ámbito de pretender, el pavor de los ciudadanos ante la pena ejemplarizante, así como la inocuidad del justiciable; el hombre es considerado una “especie irredenta”, su eliminación se justifica, bajo la consideración que el delito -y en este caso la persona que delinque- debe ser eliminada para que ya no vuelva delinquir. Se pretende al final una disminución del marco de garantías a todo nivel, derecho penal de fondo, procesal penal, de ejecución, prevención administrativa, con el pretexto de que estas -las garantías- sólo favorecen a la criminalidad. Al final el problema -social- del delito se presenta como una batalla entre buenos y malos con caracteres metafísicos que debe ser conjurado mediante una “santa cruzada”. Ese es el panorama que la renovada orientación de ley y orden presenta y que tiene oscuros antecedentes.”

Inocencia, que se crearon procesos especiales y se tergiversó el Principio de Legalidad de la Prueba, al incorporar varias excepciones y al permitir que el juez valore las pruebas que han sido incorporadas sin atender a las formalidades establecidas en la ley.

A las consideraciones hechas anteriormente debemos agregar el análisis sobre el proceso especial creado por virtud de la Ley contra el crimen organizado y delitos de realización compleja²⁰⁰.

En la precitada Ley se crea un proceso especial y jueces especializados que conocerán sobre los delitos de Homicidio Simple o Agravado, Secuestro y Extorsión, que hayan sido realizado por dos o más personas, que la acción recaiga sobre dos o más víctimas, o que su perpetración provoque alarma o conmoción social. Dicha Ley fue creada en el año de 2006 y entró en vigencia el día uno de abril de 2007.

En el análisis de dicha Ley podemos encontrar disposiciones que tergiversan el Sistema de Garantías establecido por la Constitución de la República, para el caso citamos el artículo 4 de dicha Ley, según el cual:

“Corresponderá a la Fiscalía General de la República conforme a las diligencias de investigación, la determinación de la procedencia inicial del conocimiento de los delitos por tribunales comunes o especializados. Sin embargo, cuando los elementos recogidos durante la fase de instrucción determinen que el proceso debió iniciarse en un juzgado especializado se le remitirá de inmediato a éste. Asimismo, si el delito debió ser del conocimiento de los tribunales comunes, el juez especializado remitirá a éstos las actuaciones, adoptando previamente las decisiones urgentes sobre la investigación y la libertad del imputado”.

La disposición anteriormente citada, a nuestro criterio, vulnera el principio de Juez Natural, debido a que en el proceso penal existen tres sujetos procesales claves: la parte acusadora, la defensa y el juez, siendo este

²⁰⁰ 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.

último imparcial. La Jurisprudencia Constitucional se ha manifestado al respecto en los siguientes términos:

“esta Sala ha señalado que el proceso penal salvadoreño actualmente configurado (...) supone una relación triangular entre tres sujetos procesales: el acusador, el defensor y el juez. Se trata entonces de una estructura triádica propia de los modelos de enjuiciamiento acusatorio, o próximos a dicho modelo, donde el juez se encuentra distanciado de las partes y su decisión está sujeta a un contradictorio oral y público. Esta consideración del constituyente, establece una nítida separación entre las funciones institucionales de perseguir y acusar, de las de juzgar y sancionar; poniendo cada una de ellas a cargo de distintos órganos diferenciados entre sí.”²⁰¹

En base a lo anterior, se violentan la Garantía del Juez Natural, al existir la posibilidad de que la representación fiscal seleccione al Juez, en la práctica sucede que la parte acusadora puede ejercer la misma acción penal pública tanto en el proceso penal común como en el proceso penal especializado. Con referencia a lo anterior, citamos parte de la resolución número 1920-2003 del 13 de noviembre de 2003, emitida por la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana, según la cual:

“El derecho a ser juzgado por un juez natural o regular y pre-constituido está expresamente consagrado en el Artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el 14.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. Tal garantía implica que, el órgano judicial ha de preexistir al acto punible,

²⁰¹ Sentencia de Inconstitucionalidad de las nueve horas con cincuenta minutos del día veintitrés de diciembre de dos mil diez con Referencias: 5-2001/10-2001/24-2001/25-2001/34-2002/40-2002/3-2003/10-2003/11-2003/12-2003/14-2003/16-2003/19-2003/22-2003/7-2004. “En la sentencia de 24-X-2005 (Inc. 2-2005), esta Sala ha señalado que el proceso penal salvadoreño actualmente configurado – de acuerdo con las disposiciones citadas– supone una relación triangular entre tres sujetos procesales: el acusador, el defensor y el juez. Se trata entonces de una estructura triádica propia de los modelos de enjuiciamiento acusatorio, o próximos a dicho modelo, donde el juez se encuentra distanciado de las partes y su decisión está sujeta a un contradictorio oral y público. Esta consideración del constituyente, establece una nítida separación entre las funciones institucionales de perseguir y acusar, de las de juzgar y sancionar; poniendo cada una de ellas a cargo de distintos órganos diferenciados entre sí. Consecuentemente, el legislador secundario acogió tal planteamiento en el ordenamiento procesal penal vigente, en la medida que tanto el requerimiento, la investigación preliminar y la acusación corresponden al Ministerio Público Fiscal, y al juez queda reservada una función de control y dirección del proceso, que se acentúa en la fase de instrucción.”

ha de tener un carácter permanente, dependiente del Poder Judicial, y creado mediante ley, **con competencia exclusiva**, indelegable y universal para juzgar el hecho en cuestión. Supone también, una implícita prohibición de crear organismos ad-hoc o post-facto; tribunales o comisiones especiales para juzgar los actos punibles, sin atender a la naturaleza del acto ni al tipo de persona que lo cometa. El juez natural ha de tener un carácter previo y permanente. Este principio funciona como un instrumento necesario de la imparcialidad y como una garantía frente a la posible arbitrariedad de la actuación de los poderes del Estado en perjuicio de los ciudadanos” (resaltado nuestro).²⁰²

Al respecto de la Garantía del juez natural la Sala de lo Constitucional de El Salvador se ha manifestado en el siguiente sentido:

“Finalmente, dentro del principio al juez predeterminado por la ley se inscribe también la exigencia que el órgano jurisdiccional previamente creado y previamente dotado de competencia por una norma general con rango formal de ley, ostente además un régimen orgánico y procesal que no permita calificarle de órgano especial o excepcional. Efectivamente, junto a las exigencias objetivas de predeterminación legal que se acaban de analizar, el principio al juez ordinario predeterminado por la ley exige también que la composición del órgano jurisdiccional venga determinada por ley y que en cada caso concreto se siga el procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros que han de constituir el órgano correspondiente.”²⁰³

²⁰² Resolución número 1920-2003 del 13 de noviembre de 2003, emitida por la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana. Disponible en internet: http://www.suprema.gov.do/PDF_2/Resoluciones/2003/Resolucion_1920-2003.pdf

²⁰³ Sentencia de Inconstitucionalidad de las nueve horas del día diecinueve de abril de dos mil cinco, con Referencia 46-2003. “Finalmente, dentro del principio al juez predeterminado por la ley se inscribe también la exigencia que el órgano jurisdiccional previamente creado y previamente dotado de competencia por una norma general con rango formal de ley, ostente además un régimen orgánico y procesal que no permita calificarle de órgano especial o excepcional. Efectivamente, junto a las exigencias objetivas de predeterminación legal que se acaban de analizar, el principio al juez ordinario predeterminado por la ley exige también que la composición del órgano jurisdiccional venga determinada por ley y que en cada caso concreto se siga el procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros que han de constituir el órgano correspondiente. Desde esta vertiente, el principio de juez natural comprende las dos siguientes exigencias: (i) predeterminación legal del régimen de composición abstracta de los órganos jurisdiccionales; y (ii) predeterminación legal de los procedimientos de asignación de los jueces y magistrados a los concretos órganos judiciales. La composición del órgano jurisdiccional determinada por ley no hace referencia a la determinación con nombres y apellidos de las personas que han de integrar cada uno de los juzgados y tribunales existentes en nuestro país –algo totalmente absurdo e inviable realizar mediante una norma con rango

La creación de un proceso especial con menores garantías que el proceso penal -en el cual, por cierto, no se incorporan delitos que son realizados por estructuras del crimen organizado- cobra importancia con la creación de la Ley especial para la protección de víctimas y testigos, que brinda facilidades a los testigos para cambiarse de identidad, trabajo y domicilio, además de que *no pueden ser careados con los acusados, ni vistos por el público en los juicios*, convirtiéndose así en testigos sin rostro, que son utilizados por regla general en el proceso especial regulado en la ley contra el crimen organizado y delitos de realización compleja.

2.9.3.-Análisis sobre el Código Procesal Penal que entró en vigencia en 2011

Como consecuencia del proceso de contrarreforma el código procesal penal perdió coherencia, esta fue una de las razones que el legislador arguyó para la creación de un nuevo código procesal penal, a lo anterior se suma la postura de funcionarios del ministerio de seguridad y justicia que en mayo de 2008 opinaban, en los medios de comunicación, que el anterior código era

formal de ley-, sino, en puridad, al régimen de constitución de los órganos jurisdiccionales, es decir, el modo en que éstos han de estar compuestos para poder ejercitar válidamente la potestad jurisdiccional. El término constitución de órganos, pues, no se refiere al quién sino al cómo se componen los juzgados y tribunales -a su composición abstracta-, materia ésta para cuya regulación existe una clara reserva de ley -art. 175 Cn.- La determinación de la composición de los órganos jurisdiccionales, implica la existencia de procedimientos legalmente predeterminados que permitan determinar en cada caso su composición personal, con el fin de asegurar la imparcialidad e independencia judicial. Con la presente garantía, pues, se cierra el círculo de exigencias inherentes al juez natural, las cuales, como antes se dijo, son complementarias entre sí, pues de nada serviría predeterminar legalmente la creación y constitución del órgano y predeterminar legalmente su marco competencial si, con posterioridad, su régimen orgánico fuera distinto al de los demás órganos jurisdiccionales en el sentido de hacer posibles, por ejemplo, cualesquiera intromisiones estatales sobre la independencia o la inamovilidad de sus titulares. El régimen o estatuto judicial orgánico común, en definitiva, no es sino una garantía de la independencia judicial plenamente aplicable a todos los jueces y magistrados integrantes del Órgano Judicial -Sentencia de 20-VII-1999, pronunciada en el proceso de Inc. 5-99-. A manera de resumen se puede afirmar que la garantía a la que se refiere el art. 15 Cn. supone la inexistencia de jueces ad-hoc, es decir, no establecidos y previstos con carácter de generalidad con las pertinentes reglas de competencia, y también la imposibilidad legal de designación ex post facto, no con anterioridad, no predeterminada.”

burocrático por lo cual proponían que el proceso penal fuera mucho más expedito:

“Explicó que el actual Código Procesal Penal contiene más de 300 reformas legales en diez años de existencia y que ya no soporta más cambios. "Se ha vuelto como un neumático con muchos parches, ya no tiene más campo para más", subrayó Escalante.

Criticó que sea una ley "altamente" burocrática y que para llegar a una sentencia en un delito requiere pasar por más de cinco jueces, lo que lo vuelve lenta, engorrosa y costosa económicamente.”²⁰⁴

Dicho proyecto se llevó a cabo en el año de 2008, provenía de la Comisión Coordinadora del Sector Justicia, entidad en la cual participa la FGR, la PGR, La CSJ y el Ministerio de Seguridad y Justicia. En el mismo se encontraban disposiciones contradictorias, por ejemplo a pesar de que se proponía un proceso penal mucho más “expedito”, ya que sólo existiría audiencia preparatoria y audiencia pública, también se ampliaba el plazo máximo de que la detención provisional hasta dos años, pudiendo ser prorrogada a 4 años. Además de dicho proyecto una magistrada de la Sala de lo Penal realizó un proyecto alternativo al de la CCSJ, pero el mismo no tuvo importancia ya que la asamblea legislativa no lo tomó en cuenta.

²⁰⁴ Noticia publicada por El Diario de Hoy, titulada: Escalante dice ley penal actual es insuficiente, de fecha 29 de mayo de 2008, autor: Jaime López. Disponible en internet: http://www.elsalvador.com/mwedh/nota/nota_completa.asp?idArt=2436265&idCat=6329 página web consultada el día 05 de agosto de 2011. “Pero en todo caso, si la nueva normativa propuesta fuera inconstitucional, para eso está la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, afirmó. Las diferentes protestas y pronunciamientos de jueces, abogados y empleados judiciales en contra del nuevo Código Procesal Penal no son más que un "enamoramiento y un acomodamiento a esa normativa", subrayó Escalante. Ayer, abogados, jueces y colaboradores jurídicos desfilaron por las calles de San Salvador para demandar a la Asamblea Legislativa y al presidente de la Corte Suprema de Justicia, Agustín García Calderón para que no acompañen a los diputados oficialistas en la aprobación de la nueva ley procesal penal. Justificaron su rechazo, en que el nuevo Código otorga potestades judiciales a la Fiscalía, viola el principio de presunción de inocencia de todo acusado al llevarlo a prisión de dos a cuatro años y reduce un proceso judicial en tan solo dos etapas (audiencia preparatoria y vista pública) y no tres como es en la actualidad (inicial, preliminar y vista pública).”

Dichos proyectos pero finalmente no nacieron a la vida jurídica debido a su carácter excesivamente represivo, además de que encontraron una fuerte negativa en los gremios de jueces y abogados, lo cual se evidenció con las “marchas” realizadas por jueces exigiendo el respeto a la Constitución de la República.

Como alternativa ante la imposibilidad de crear un nuevo código procesal penal de la forma en que se trató de hacer, se optó por crear una comisión de jueces y profesionales del derecho, compuesta por 5 miembros, entre ellos 2 jueces, dicha comisión fue coordinada por Carlos Sánchez Escobar, la misma elaboró una propuesta ante la Asamblea Legislativa que luego se convirtió en el Código Procesal Penal entrando en vigencia el 1 de enero de 2011, la entrada en vigencia propuesta era el 1 de julio de 2009 pero su misma se pospuso para enero de 2011.

Luego de haber analizado los fundamentos sobre los cuales se creó el código procesal penal de 1998 y las reformas de las cuales fue objeto, no podemos negar que el Código Procesal Penal retoma el proceso de contrarreforma penal, dotando de coherencia al proceso penal salvadoreño e incorporando algunas prácticas que los tribunales realizaban diariamente, estas últimas son reformas menores debido a que en la práctica ya se realizaban a pesar de no estar contenidas en la ley procesal penal, como ejemplo de ello el artículo 53 inciso segundo del código procesal penal, el cual establece que: “Para los efectos de la tramitación, dirección de la vista pública, redacción y ponencia de la sentencia, en los casos de conocimiento colegiado, se hará la distribución de forma equitativa.” A continuación realizamos un breve análisis sobre las disposiciones más representativas, para nuestro estudio político-criminal, del código procesal penal que entró en vigencia el 1 de enero de 2011.

Además de las reformas que vienen a positivizar la práctica judicial, se agregan algunas modificaciones como la implementación de la doble instancia, acatando resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A continuación analizamos tanto las reformas que incorporan elementos nuevos a la ley procesal penal salvadoreña así como las disposiciones que retoman los postulados de la contrarreforma penal.

Sobre el recurso de apelación en materia penal el legislador salvadoreño actuó de conformidad a lo establecido en la jurisprudencia de la Corte-IDH, la misma se puede explicar citando parte de la sentencia del caso Herrera Ulloa vs Costa Rica:

“el recurso de casación no es un recurso pleno, sino que es un recurso extraordinario. No autoriza la revisión completa del caso en los hechos y en el derecho, sino que se resuelve en diversos y complicados formalismos, lo cual es contrario al artículo 8.2.h de la Convención. El recurso de casación no permite la reapertura del caso a pruebas, ni una nueva valoración de las ya producidas, ni ningún otro medio de defensa que no esté comprendido en la enumeración del artículo 369 del Código Procesal Penal de Costa Rica”²⁰⁵

En el código anterior se regulaba el recurso de apelación únicamente para los autos, en el nuevo código el Recurso de apelación contra sentencias definitivas está regulado en del artículo 468 al 477 C.P.P.

²⁰⁵ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 2 de julio de 2004 *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, Caso Herrera Ulloa vs Costa Rica. Disponible en internet: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf “El derecho de recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior consagrado en el artículo 8 de la Convención Americana significa que el acusado tiene derecho a que se revise íntegramente el fallo en el ámbito de los hechos, en el ámbito del derecho y, particularmente, en el ámbito de la pena. El debido proceso forma parte de este derecho. El único recurso que procede contra una sentencia condenatoria en el sistema costarricense es el recurso extraordinario de casación. El recurso de casación no es un recurso pleno ni corresponde al derecho contenido en el artículo 8 de la Convención Americana. No permite una revisión integral del fallo tanto en los hechos como en el derecho. La revisión que hace el Tribunal de Casación Penal es muy limitada y se restringe exclusivamente al derecho. El recurso de casación deja por fuera tres aspectos importantes: la revalorización de la prueba; las cuestiones fácticas; y además está limitado solamente a las pretensiones de los motivos de las partes que lo invocan.”

A pesar que El Salvador no había sido condenado por no contemplar el Recurso de Apelación en materia penal, para las sentencias definitivas, sí lo fue debido a la ley de amnistía, en el caso Parada Cea vs El Salvador:

“En el caso particular de El Salvador, la Comisión ha tenido la oportunidad de estudiar, en el caso Las Hojas,²⁰⁶ la Ley de Amnistía (Decreto No. 805), que fuera aprobada por la Asamblea Legislativa de El Salvador el 27 de octubre de 1987. La mencionada ley concedió una "amnistía absoluta y de pleno derecho" a los autores y cómplices de delitos políticos o comunes conexos con los políticos o delitos comunes cuando en su ejecución hubieren intervenido un número de personas no menor de veinte, cometidos hasta el 22 de octubre de 1987. Como expresó la Comisión, esta ley "eliminó legalmente la posibilidad de una investigación efectiva y el procesamiento de los responsables, así como una adecuada compensación para las víctimas y sus familiares, derivada de la responsabilidad civil por el ilícito cometido."²⁰⁷

Las observaciones que en materia de legislación penal ha realizado la CIDH (Comisión) no se han cumplido en lo relativo a la derogación de la Ley de Amnistía, únicamente se adoptó el sistema de doble instancia, permitiendo que el Recurso de Apelación en materia penal fuera posible, a pesar que no sucedió como otros países, Costa Rica o España, que fueron condenados por no tener contemplados dichos recursos en materia penal. Para nuestro estudio es necesario mencionar la ley de amnistía debido a que ha sido una decisión político-criminal que tiene incidencia en la realidad

²⁰⁶ Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1992-93), OEA/Ser.L/V/II.83, Doc. 14, 12 de marzo de 1993, Informe No. 26/92, Caso 10.287 "Las Hojas" (El Salvador).

²⁰⁷ “La doctrina y la práctica de la CIDH en materia de amnistías encuentra respaldo en el estudio sobre impunidad preparado recientemente por Louis Joinet, Relator Especial de las Naciones Unidas sobre Amnistía. En su estudio, presentado a la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas el 2 de octubre de 1997, Joinet recomendó la adopción de cuarenta y dos principios destinados a la protección y promoción de los derechos humanos por medio de acciones tendientes a combatir la impunidad. El principio 18 se refiere al deber de los Estados en relación con la administración de justicia. En este sentido, Joinet expresa que la impunidad surge del hecho que los Estados no cumplen con su obligación de investigar estas violaciones y adoptar, particularmente en el área de la administración de justicia, medidas que garanticen que los responsables de haberlas cometido sean acusados, juzgados y castigados. Surge, además, del hecho que los Estados no adoptan medidas apropiadas para proveer a las víctimas de recursos efectivos; para reparar los daños sufridos por ellas, y para prevenir la repetición de dichas violaciones.”

actual, decisión por la cual ha sido condenado el estado de El Salvador en la Corte-IDH en casos emblemáticos, como el caso Monseñor Romero, pero dichas sentencias no han sido cumplidas.

Al respecto sobre la prescripción de la acción penal un hecho novedoso es el reconocimiento de la imprescriptibilidad de la acción penal en los delitos de: tortura, actos de terrorismo, secuestro, genocidio, violación de las leyes o costumbres de guerra, desaparición forzada de personas, siempre que se tratare de hechos cuyo inicio de ejecución fuese con posterioridad a la vigencia del código, según el artículo 32 in fine CPP.

Continuando con nuestra afirmación de que el Código Procesal Penal que entró en vigencia el 1 de enero de 2011²⁰⁸ es una reafirmación del proceso de contra reforma penal, podemos citar algunos ejemplos:

-El Principio de Legalidad de la Prueba está contemplado en el artículo 175, los incisos 4° y 5° de dicho artículo tienen una redacción similar a las reformas que establecían excepciones al principio citado, así:

“(Inc. 4°) No obstante tratándose de operaciones encubiertas practicadas por la policía, se permitirá el uso de medios engañosos con el exclusivo objeto de investigar y probar conductas delincuenciales del crimen organizado, delitos de realización compleja, delitos de defraudación al fisco y delitos contenidos en la Ley Especial contra Actos de Terrorismo, la Ley contra el Lavado de Dinero y Activos, la Ley Reguladora de las Actividades relativas a las Drogas y la Ley Especial para Sancionar Infracciones Aduaneras, previa autorización por escrito del fiscal superior. (Inc. 5°) Los Elementos de prueba que no hayan sido incorporados con las formalidades prescritas por este Código, podrán ser valorados por el juez”

Nuestro comentario al respecto del uso de agentes encubiertos, es que la autorización de dichos mecanismos de investigación debería ser competencia del órgano judicial, por medio los jueces, teniendo en cuenta

²⁰⁸ D. L. N° 733, de fecha 22 de octubre de 2008, publicado en el D. O. N° 20, Tomo 382, de fecha 30 de enero de 2009.

que bajo estas modalidades se limitan derechos fundamentales como la intimidad personal y familiar, asimismo para que los agentes tengan la protección debida es necesario que tales operaciones encubiertas no estén bajo la supervisión única del fiscal general de la república por lo delicado de la situación, que se presta para que los agentes corran peligro pero también para que cometan delitos si no tienen el control debido. Por lo cual consideramos que debería ser competencia de los jueces de instrucción autorizar dichos mecanismos de investigación, cumpliendo así las funciones de como control y coordinación de la investigación.

Sobre el principio de legalidad de la prueba, consideramos que los cambios más importantes en la contrarreforma penal han sido tomados en cuenta en la creación del código procesal penal que entró en vigencia en 2011, dado que al permitir que el principio de legalidad de la prueba tenga excepciones, estas se convierten en la regla general en la práctica, de esta forma es posible que prueba ilegal sea valorada por los jueces.

La explicación doctrinal sobre el principio de legalidad de la prueba contenida en los Comentarios al Código Procesal Penal puede ayudarnos a comprender mejor la temática en cuestión:

“No obstante, y según la orientación vigente en la mayoría de los países de tradición continental, aunque la regla general sea que todo elemento probatorio que pretenda deducirse de un hecho vulnerador del derecho fundamental se halla incurso en la prohibición de valoración, el carácter no ilimitado ni absoluto de los derechos fundamentales hace posible que los Tribunales admitan la validez y aptitud de tales pruebas para enervar la presunción de inocencia, cuando las pruebas de cargo sean jurídicamente independientes del hecho constitutivo de la vulneración. El denominado efecto reflejo de la prueba ilícita se vería de este modo desplazado si es apreciable

una desconexión entre la conducta viciada y otros medios de prueba incriminatorios.”²⁰⁹

La anterior opinión nos sirve de fundamento para sostener doctrinariamente que en la redacción inicial del código procesal penal era posible que la prueba ilícita fuera valorada en los casos en que la ilicitud sea independiente al medio probatorio, porque no existe contaminación en la prueba. Pero tras las reformas, y en el actual código procesal penal, cualquier tipo de prueba ilícita, sea esta independiente o no al hecho ilícito, puede ser producida y valorada en juicio.

Lo anterior, en nuestra opinión, contraviene la Constitución de la República, ya que el principio de legalidad de la prueba, proveniente de la doctrina del *common law* del fruto del árbol del envenenado (*fruit of poisonous tree doctrine*²¹⁰), establece que todo medio probatorio que se haya obtenido violentando los Derechos Fundamentales, no debe ser valorada en juicio.

Sobre la distinción entre prueba ilícita y prueba irregular que parece estar contenida en el artículo analizado, debemos manifestar que la redacción del legislador no es adecuada al manifestar que “será valorada bajo las reglas de la sana crítica” ya que todas las pruebas son valoradas bajo dicho sistema de valoración de la prueba.

²⁰⁹ Comentarios al Código Procesal Penal de El Salvador, Pág. 136. “La dicción del inciso tercero de este precepto podrá sugerir la distinción entre prueba prohibida (“Beweisverbote”) y prueba ilícita. La primera concerniente a la prohibición de la práctica probatoria de determinados medios (tormento, detector de mentiras, narcoanálisis) o a la exclusión de determinados hechos como objeto de prueba. La segunda relativa a que es menester la autorización y/o realización por personas determinadas (sólo cabe desconocer la inviolabilidad domiciliaria, a falta de consentimiento del titular, o inspeccionar el cuerpo del imputado, previa autorización judicial -arts. 173 y 167 CPP-). Las consecuencias son importantes, en la prueba prohibida no cabe la admisión de las fuentes de prueba obtenidas violentando derechos fundamentales, mientras que en las ilícitas la prohibición alcanza a su valoración/utilización.”

²¹⁰ The Fruit of poisonous tree doctrine. Del derecho norteamericano. Vid. *Brown v. Illinois*, 442 U.S. 590 (1975); y *Wong Sun v. United States*, 371 U.S. 471 (1963). Citado en los Comentarios al Código Procesal Penal de El Salvador. Pág. 136.

En materia probatoria existen cambios importantes, se contemplan figuras como la prueba referencial que a nuestro juicio no debería ser admitida en juicio porque no tiene robustez suficiente ni siquiera para ser tomada en cuenta como prueba indiciaria. La regulación es la siguiente:

-Se admiten Testigos de Referencia en virtud de los artículos 220 y 221:

“**Art. 220.-** Por Regla general, no será admisible la práctica de prueba testimonial de referencia, salvo que sea necesaria y confiable. (Inc. 2º) El testigo se considerará de referencia cuando realice o vaya a realizar manifestaciones o aseveraciones provenientes u originarias de otra persona, con la finalidad de probar la veracidad del contenido de esas aseveraciones”

“Art. 221.- Será admisible la prueba testimonial de referencia en los casos siguientes: 1) Muerte, enfermedad grave u otra circunstancia que haga imposible o difícil que comparezca el testigo a rendir su declaración personalmente en la vista pública. 2= Operaciones policiales encubiertas. 3) Retracción de la víctima o el testigo, para controlar la credibilidad de éstas. 4) Manifestaciones expresadas de manera consciente y espontánea, en circunstancias que implicaban un perjuicio a los intereses de quien las efectúa o de un tercero en su caso.

-Se admiten Testigos de Referencia aún cuando existan testigos disponibles, según el artículo 222:

“Art. 222.- Será admisible la prueba testimonial de referencia aún cuando la persona que tuvo conocimiento de los hechos que se investigan esté disponible para declarar si se trata de manifestaciones efectuadas: a) en forma simultánea o inmediatamente después de la ocurrencia de un evento, con la finalidad de narrarlo, describirlo o explicarlo; b) Cuando el declarante se encontraba bajo la influencia de excitación causada por la percepción de un acto, evento o condición, y su declaración se refiera a esas circunstancias.”

Nuestra opinión al respecto es clara, en el sentido que no debería existir la prueba de referencia, máxime cuando en nuestro proceso penal se permite el uso de testigos sin rostro, lo cual en nuestra opinión vulnera el principio de

contradicción y de inviolabilidad de la defensa, que son piedras angulares del proceso penal en un sistema acusatorio formal.

-Siempre en materia probatoria se admite pruebas de carácter o conducta (Art. 224), prueba de hábito o costumbre (Art. 225), mientras que se elimina el careo para evitar la contradicción a los testigos sin rostro.

Consideramos que la inclusión de la prueba de hábito o costumbre a pesar que no parece importante, no debería estar regulada ya que el Derecho Penal salvadoreño es un sistema de Derecho Penal de Acto, por tanto toda prueba que no esté dirigida al hecho ilícito, como la prueba del carácter y de la costumbre, es impertinente. En otras palabras, en un sistema penal de acto las pruebas deben estar referidas únicamente a los hechos: las acciones del imputado, los elementos del tipo penal, pero no a las circunstancias personales de los imputados, pues no se juzga al imputado como persona sino a los actos cometidos por dicho imputado. Distinta opinión nos merece la prueba de carácter o conducta debido a que se delimita su admisibilidad únicamente cuando sea ofrecida para impugnar la credibilidad de una persona.

-Se modifica la regulación de la Detención Provisional en el sentido de aumentar el plazo en doce meses para los delitos más graves, durante o como efecto del trámite de los recursos de la sentencia condenatoria, para evitar lo que en la práctica sucede, que al recurrir en Casación pasa el período de doce meses sin tener respuesta tras lo cual se debe liberar a los imputados. Nuevamente nos encontramos ante una reforma que se realizó por motivos prácticos, aunque a nuestro parecer los magistrados de la Sala de lo Penal deberían resolver los recursos de casación en tiempo y forma, mostrando una actitud responsable en el marco del poder-deber de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

-Se limitan excesivamente las facultades del Juez de Paz para decretar Sobreseimiento, ya sea provisional o definitivo. Según el artículo 350 inciso segundo:

“El juez de paz sólo podrá decretar sobreseimiento definitivo en los supuestos de extinción penal por muerte del imputado, prescripción, conciliación y mediación, pago del máximo previsto para la pena de multa, revocación de la instancia particular y por el cumplimiento del plazo de prueba en los casos de suspensión condicional del procedimiento.”

Por lo cual no es posible que el Juez de Paz decrete sobreseimiento definitivo aún cuando exista certeza que el hecho no ha existido o no constituye delito, cuando no sea posible fundamentar la acusación y no exista posibilidad de incorporar nuevos elementos de prueba, cuando el imputado esté exento de responsabilidad penal cual cualquiera causa probada, tampoco cuando exista cosa juzgada.

La presente regulación a nuestro criterio vulnera el principio de presunción de inocencia, así como la seguridad jurídica, debido a que en los casos mencionados se deberán decretar medidas cautelares, incluida la detención provisional, a pesar que la inocencia sea comprobada, que exista perdón de la víctima (aunque sí se permite en conciliación y mediación), cuando no se haya solicitado la reapertura de la instrucción en el sobreseimiento provisional, entre muchos otros casos.

En la práctica ya se han dado casos en los que ha sido comprobada la inocencia de los imputados, ya sea por no existir participación en el delito, por existir causa de justificación debidamente probada. El juez Samuel Aliven Lizama expone, en un periódico de circulación nacional, algunos casos que sucedieron en tan solo un mes, desde el primero de enero hasta el 03 de febrero:

“Algunos casos han sido conocidos y otros continúan realizándose. El primero del que tengo registro a partir de la aprobación del nuevo Código fue el de un pasajero que disparó contra dos personas que agredían a una embarazada en octubre de 2009. Otro caso fue el de un pasajero de un autobús de la ruta 142 que le provocó la muerte a un asaltante en San Martín. El caso más reciente fue objeto de una cobertura especial en un medio escrito el día 27 de enero de este año en el que un agente policial lesionó a dos asaltantes. Los casos seguirán sumándose. Es necesaria una pronta reforma.”²¹¹

Nuestra postura al respecto es que esta regulación en la práctica servirá para congestionar el Sistema Procesal Penal, disminuyendo las salidas alternas al proceso penal. Si bien es cierto se regula con mayor detalle la conciliación, ampliándose los casos en que opera dicho medio alternativo de solución de conflictos, también es cierto que la desestimación ha desaparecido del código. Habida cuenta de que uno de los principios rectores de la actividad del ministerio público fiscal el principio de objetividad, según el artículo 74 inciso segundo del Código Procesal Penal de 2011, debería existir la desestimación, la cual operaba en el código anterior en el momento procesal en que se presenta el requerimiento fiscal, es decir antes de iniciar la instrucción. Este mecanismo podría ser una salida necesaria a la mala técnica legislativa utilizada con los sobreseimientos, pero fue eliminada del código, posiblemente con la plena conciencia de que se estaba obstaculizando la salida alterna del proceso penal en la audiencia inicial.

²¹¹ Noticia publicada por el Diario Co-latino, titulada El sobreseimiento en el nuevo Código Procesal Penal, autor: Lic. Samuel Aliven Lizama Juez Quinto de Instrucción de San Salvador, fecha: jueves 03 de febrero de 2011. Disponible en internet: “En el pasado los jueces de paz dictaban sobreseimientos provisionales cuando entendían que no se había comprobado la existencia del hecho delictivo atribuido al imputado o cuando no se había comprobado su participación delictiva. También dictaban sobreseimientos definitivos, entre otros casos, cuando resultaba con certeza que el hecho no había existido, no constituía delito o que el imputado no había participado en el hecho atribuido. Sin embargo, en el nuevo Código se ha interpretado que los jueces de paz no pueden sobreseer provisionalmente y sólo pueden sobreseer definitivamente en los 6 casos expresamente enumerados en la ley, entre los que no se incluye los casos antes mencionados de inexistencia del hecho, de que el hecho no constituya delito o que el imputado no haya participado. Más allá de lo correcto o no de esa interpretación lo cierto es que los jueces de paz no están dictando sobreseimientos provisionales ni definitivos.”

En cuanto al criterio de oportunidad, que es otra salida alterna al proceso penal, consideramos positiva la inclusión de los requisitos siguientes: “la conducta del colaborador deberá ser menos reprochable que la de los autores o partícipes cuya persecución facilita” Y continúa dicho artículo, Art. 18 numeral 1) parte final,

“En el caso de crimen organizado no podrá concederse criterio de oportunidad a quienes dirijan las organizaciones, salvo que ello sea imprescindible para probar la intervención de los demás miembros de la cúpula de la organización delictiva sin perjuicio de que en este último caso se incrimine además a otros participantes de los hechos delictivos.”

Esta redacción responde a un problema que se suscitó en la práctica: este mecanismo se utilizaba para prescindir de la acción penal de personas que eran los principales autores de delitos, mientras que los imputados eran subordinados, o habían cometido delitos conminados a menor pena. El caso perla es emblemático en el mal uso del criterio de oportunidad, por poner un ejemplo.

Al respecto de la regulación de las salidas alternas al proceso penal, a pesar que en las reformas se impide la utilización de mecanismos como la desestimación. Existe una regulación contradictoria en lo referente al criterio de oportunidad, pues mientras los fiscales no pueden desistir de la acción penal -mecanismo que operaba cuando luego de haber investigado existe el convencimiento de la representación fiscal que no hay delito o no hay responsabilidad- no existe control judicial alguno en la decisión fiscal de prescindir total o parcialmente de la acción penal.

Otra institución importante que encontramos en el código procesal penal de 2011 es el Procedimiento Sumario, el cual es básicamente un proceso penal en el que conoce el juez de paz, que tiene una investigación que no

podrá exceder de quince días hábiles, en el que el mismo juez de paz conoce en el juicio público y contradictorio. Los requisitos para la procedencia de dicho proceso son: que los delitos sean conducción temeraria, hurto y hurto agravado, robo y robo agravado, tenencia, portación o conducción ilegal o irresponsable de arma de fuego, posesión o tenencia a que se refiere el inciso primero del artículo 34 de la ley reguladora de las actividades relativas a las drogas y el requisito más importante que la detención del imputado ocurra en flagrancia. Todo conforme a los artículos 445 y 446 del código en comento.

La decisión político-criminal de crear un nuevo código con las instituciones, principios y medios de prueba hasta ahora expuestos responde al hilo conductor de las reformas del código procesal penal de 1998, que fue aumentar las competencias de la fiscalía general de la república, quitándoles al mismo tiempo las potestades de control y dirección de la investigación a los jueces de paz y de instrucción, lo cual se realiza para aumentar la “eficacia” del proceso penal. A pesar que existen algunas disposiciones valiosas, como el recurso de apelación de las sentencias, los artículos que incorporan en la ley la práctica judicial que se realizaba a pesar de no estar regulada explícitamente en la ley, consideramos que el hecho de otorgarle mayores potestades a la fiscalía, quitándole al órgano judicial la función de control y coordinación de la investigación responde a la eficacia de la ley procesal penal, es decir que se busca obtener más condenas en general. Los considerandos del Código Procesal Penal establecen claramente estos motivos.

Según el primer considerando:

“1. Que el actual Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo N° 904, de fecha 4 de diciembre de 1996, publicado en el Diario Oficial N° 11, Tomo 334, del 20

de enero de 1997, el cual entró en vigencia el 20 de abril de 1998, necesita ser armonizado ante la multiplicidad de reformas de la que ha sido objeto, para funcionar como un instrumento más eficaz en la investigación y procesamiento de los hechos delictivos.”

Aquí podemos encontrar una afirmación importante de la asamblea legislativa, la cual admite que el proceso de contrarreforma penal ya no es un cuerpo normativo armónico, asimismo se admite que la dirección político-criminal del código nuevo es lograr mayor eficacia tanto en la investigación como en el proceso penal.

II. Que el actual Código Procesal Penal estableció un sistema procesal mixto de tendencia acusatoria, por lo que debe sistematizarse de mejor manera el ejercicio del poder punitivo del Estado, reafirmando el carácter de órgano persecutor del delito de la Fiscalía General de la República, así como del ejercicio democrático de la promoción de la acción penal; y la función del Órgano Judicial, como garante de los derechos fundamentales de las personas y de la potestad de juzgar.

En el segundo considerando podemos ver que se reafirma la función del Ministerio público fiscal como promotor de la acción penal, como responsable de la investigación del delito, pero al órgano judicial ya no se le concibe como contralor y coordinador de la investigación²¹².

Al respecto la Sala de lo Constitucional se ha pronunciado, sobre las funciones del fiscal y del juez de instrucción:

“Así, y en particular referencia a la investigación preliminar que antecede al juicio, históricamente se han planteado diversas opciones, tales como: (i) una instrucción formal, la cual ha de corresponder a un juez de instrucción, y que se caracteriza por ser documentada, y en la cual se recoge la prueba de cargo que será utilizada en contra del imputado, quien tiene pocas posibilidades de control sobre la misma, siendo el papel de la FGR meramente accesorio; (ii) otorgar dicha fase a un órgano

²¹² En el artículo 267 del código procesal penal de 1998 se regulaba la función del juez de instrucción de la siguiente forma: “El Juez de Instrucción coordinará la investigación del hecho contenido en el requerimiento, procurando la mayor colaboración posible entre la Fiscalía General de la República, la policía, las partes y las autoridades judiciales.”

distinto de la judicatura: el Ministerio Público Fiscal, el cual recoge en forma ágil e informal, aquellos elementos que le permitan fundar su pretensión de llevar al investigado a juicio; o (iii) diseñar un modelo híbrido entre las dos alternativas anteriores.

La tercera opción da lugar a una amplia gama de matices. Por ejemplo, el Código Procesal Penal vigente [refiriéndose al código procesal penal de 1998] establece un procedimiento instructor complejo y parcialmente formalizado, en el que coexisten una investigación preliminar en manos de la FGR y un control del Juez de instrucción (arts. 83 y 54 num. 1, respectivamente, ambos del C. Pr. Pn.)

Sin duda, la opción por un modelo complejo responde a valoraciones político-criminales que buscan un progresivo desarrollo organizativo de la capacidad del Ministerio Público Fiscal en su rol investigativo y judicial, del cual adolecía en el Código —ya derogado— de 1973.”

Consideramos importante esta última valoración, debido a que si la razón político-criminal de elegir un modelo de investigación híbrido -en el cual tanto el ministerio público fiscal como el juez de instrucción tienen competencias importantes, el primero de investigar y el segundo de controlar los actos de la fiscalía- responde a la capacidad del Ministerio Público fiscal, entonces debemos manifestar que debería continuar implementándose el sistema anterior, debido a que la Fiscalía General de la República no es una institución modelo tanto en materia administrativa como en el cumplimiento de las labores investigativas. A nuestro juicio es un error quitarle las potestades de control al órgano judicial, debido a la falta de responsabilidad por parte de la FGR, que va desde su titular hasta los colaboradores jurídicos.

Finalmente el tercer considerando fue redactado de la siguiente forma:

III. Que con el objeto de establecer nuevos instrumentos que permitan una administración de justicia más rápida y efectiva, por medio de la cual se tutelen de manera más eficaz los derechos de las víctimas en un justo equilibrio con los del

imputado, y se potencie una mayor efectividad de las instituciones del sistema penal, es necesario se emita un nuevo Código Procesal Penal.”

Nuevamente encontramos como motivo la eficacia tanto de la administración de justicia como de la tutela de las víctimas. Por último se manifiesta que se busca potenciar la efectividad de las instituciones. Nuestra valoración al respecto es que se ha aceptado que las instituciones no son eficaces, pero no se ha valorado la crisis actual del sistema penitenciario, por lo cual de ser más eficaz el proceso penal, entendiéndose lograr más condenas, el sistema penitenciario se vería seriamente afectado.

Consideramos que el Código Procesal Penal debería estar en concordancia con la Constitución de la República. Y dado que en los considerandos no se menciona la ley fundamental dudamos que tanto la comisión especial que realizó la propuesta del código, como el legislador, hayan tenido en cuenta postulados importantes contemplados en la Constitución de la República, por ejemplo la prohibición de declarar contra sí mismo, que ni el código procesal penal de 1998 ni en de 2011 han contemplado.

Las razones político-criminales desde las cuales se ha fundamentado al código procesal penal, por tanto, lejos de estar en sintonía con la Constitución, y con el Programa Penal de la Constitución, parecieran estar en sintonía del Derecho Penal Máximo anteriormente expuesto.

2.10.-Caracterización del Sistema Penal Salvadoreño en el año 2011

Como corolario del presente capítulo sometemos a estudio el Sistema Penal Salvadoreño en la actualidad. A lo largo del presente Capítulo hemos analizado el desarrollo histórico de la Política Penal del Estado Salvadoreño, en contraposición o en correspondencia con los planteamientos político-criminales de la Constitución de la República de El Salvador, señalando las

contradicciones entre la legislación secundaria y la norma suprema, así como los aciertos y desaciertos en las reformas de la legislación penal. Estas consideraciones anteriores nos servirán para iniciar el análisis sobre la Política Criminal del Estado, los fundamentos de la misma, la coherencia en los planteamientos político-criminales a lo largo de la historia reciente, así como las carencias en la lucha contra la criminalidad.

El análisis de la Política Penal del Estado nos permite observar que existen períodos históricos diferentes, así desde 1973 hasta 1998 teníamos un Sistema Penal con fuertes tendencias Causalistas y un Sistema Procesal Penal con fuertes tendencias Inquisitorias. No existía Política Criminal claramente definida, más allá de dichas tendencias.

Desde 1998 se inicia la Reforma Penal, por medio de la cual se trata de Democratizar al Sistema Penal, introduciendo salidas alternas al proceso, reestructurando el Proceso Penal en el cual conocen los jueces de Paz, con posibilidades de dictar sobreseimientos definitivos, lo cual permitía descongestionar el Sistema; luego de lo cual el proceso pasa a Fase de Instrucción, la cual tiene como objetivos investigar los hechos controvertidos y depurar los casos que no necesitan pasar a Fase de Juicio. Finalizando el Proceso Penal con la realización del Juicio Público. Esta estructura se ideó con motivos de que sólo las conductas más graves sean objeto de Sentencias Condenatorias y conminación a pena en concreto. El Principio de Única Instancia se estableció debido a que el Tribunal de Sentencia es colegiado, además de ser una característica del Sistema Acusatorio, contrario al Sistema Inquisitorio en el cual existía doble instancia.

A pesar de que en este período se evidencia un desarrollo positivo de los planteamientos político-criminales, debido a que no sólo se creó un nuevo código penal o procesal penal, sino que se armonizó el Sistema Penitenciario y le legislación penal juvenil con la Constitución de la República y los

Tratados Internacionales, pero no podemos manifestar que existió una Política Criminal claramente definida, debido a que la reforma penal fue posteriormente entredicha por las mismas autoridades que lo impulsaron, regresando en alguna medida a la legislación autoritaria que existía en la época de dictadura militar.

De esta forma, desde la entrada en vigencia de la legislación penal garantista se inicia un proceso de tergiversación de las garantías reconocidas incluso a nivel constitucional, a pesar de que los índices de criminalidad no eran tan elevados como en la actualidad.

Ese proceso de involución en cuanto a los postulados constitucionales que todo programa penal debe respetar ha modificado las leyes más importantes desde el Código Penal, la Ley Penitenciaria, los Reglamentos de esta última, provocando una nueva legislación procesal penal, que dio coherencia y reafirmó el proceso de involución desde 1998 hasta 2010, salvo algunas disposiciones que consideramos positivas.

A lo anterior debemos sumar el hecho de la existencia de legislación penal especial, procesos especiales, disminución en las garantías de defensa, posibilidad de producción de prueba ilícita, posibilidad de testigos sin rostro, imposibilidad de careos, aumento de la detención provisional en algunos casos. Sin dejar de mencionar la técnica legislativa totalmente deficiente.

Luego de los procesos de contrarreforma seguimos afirmando que no existe una Política Criminal coherente, por una parte se realizan reformas tendientes a la maximización del Derecho Penal, la disminución de Garantías para los imputados, creación de leyes especiales, pero por otro lado existen graves falencias en las labores de cooperación en las instituciones públicas, que también han servido para reformar las leyes, brindarle más facultades a las instituciones públicas y disminuir las garantías a favor de los ciudadanos.

Por tanto, no sólo existe una Política Criminal coherente, sino también una Política Criminal eficiente, es decir que cumpla con la finalidad más básica: la de controlar la criminalidad.

La Política Criminal del Estado de El Salvador que se ha implementado en el Derecho Penal de contrarreforma se puede caracterizar perfectamente como lo hace HASSEMER:

“La política criminal "moderna" en este sentido, está claramente caracterizada. No opera, como hasta hace algún tiempo, con la desincriminación y la atenuación de penas, sino con la nueva criminalización y agravamiento de las penas. Se concentra en los tipos y amenazas penales y no en las consecuencias del derecho penal. Ocupa los campos que hoy constituyen centros de riesgo en la percepción pública: medio ambiente, economía, impuestos, drogas, terrorismo, procesamiento automático de datos. No se orienta ya a los bienes jurídicos clásicos concretos del individuo [vida, salud, libertad, etc.), sino a bienes jurídicos de la generalidad, que además, describe en forma tan amplia y vaga que se puede justificar con ellos cualquier amenaza penal: protección del "bienestar" del hombre, salud pública, capacidad de funcionamiento de los mercados de capital, fomento estatal de la economía o procesamiento de datos en la economía y la administración. Instrumentaliza la protección de estos bienes jurídicos no a través del tipo de delitos de daño o lesión (entre cuyos presupuestos de punibilidad está la comprobación de un daño concreto y su causación por el imputado), sino por medio de los delitos de peligro (generalmente, abstracto), para los cuales es suficiente con la comprobación de una acción (que el legislador ha prohibido como peligrosa).”²¹³

²¹³ HASSEMER, Winfried, *Crítica al Derecho Penal de Hoy, Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva*, traducción de Patricia S. Ziffer, Segunda Edición, primera reimpresión, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003. Págs. 58-60. “Esta política tiene como fundamento la idea de que el derecho penal es un instrumento normativamente aceptable y realmente efectivo de conducción y contra-conducción, un medio más de política interna (seguridad, salud, economía, etc.). Esta idea se ha alejado de las tradicionales descripciones de objetivos: el derecho penal debe proporcionar protección jurídica y garantizar las libertades justamente también para quien viola el derecho; políticamente solamente puede ser utilizado en forma subsidiaria como *ultima ratio*, y debe limitarse a unas pocas lesiones especialmente graves. Ha superado (o reprimido) el escepticismo que siempre acompañó a las "manos torpes" del sistema penal, el escepticismo frente a la potencia del derecho penal para la solución de los conflictos sociales: sus instrumentos de coacción, en una

Dicha Política Criminal con carácter puramente Simbólico, contrario a lo que se ha considerado hasta la fecha, ha demostrado ser ineficaz en el control de la criminalidad, debido a que las estadísticas demuestran que los índices de criminalidad han aumentado al mismo tiempo que se han endurecido las leyes. Por ejemplo, en el año 2005 la tasa de homicidios fue de 62 por cada 100 mil habitantes, solo superados por Jamaica con 58 homicidios; en el año 2006 fueron 64 los homicidios por cada cien mil habitantes; en el año 2007 fueron 57 homicidios por cada cien mil habitantes; en el año 2008 la cifra de homicidios se redujo a 52 por cada cien mil habitantes, estos datos según la Oficina de las Naciones Unidas sobre Drogas y Crimen.²¹⁴

En el año 2009, la cifra ascendió a 71 homicidios por cada cien mil habitantes, siendo El Salvador el país con la tasa de homicidios más alta en el mundo. Según estas estadísticas, la criminalidad no ha sido un hecho aislado en el desarrollo histórico de nuestro país, más bien el fenómeno de la criminalidad ha permanecido en el tiempo a pesar de que el estado ha

aplicación extensa, serían desproporcionados y más bien contraproducentes; debido al mandato de determinación (art. 103, 11, GG; 5 1, StGB), sería muy poco flexible; debido al "derecho penal de hecho", quedaría fuera de una prevención efectiva; debido al principio de culpabilidad, estaría concentrado en las Personas, en lugar de en las organizaciones o en las "grandes situaciones". La política criminal actual percibe plenamente estos problemas. Pero no responde a ellos tomando conciencia de que un derecho penal fiel a sus principios no puede cumplir con las funciones que se le atribuyen de represión y conducción eficiente de la violencia, sino, antes bien, con la decisión de relajar la fuerza vinculante de estos principios de derecho penal: reducir al mínimo los presupuestos de la punibilidad mediante la amplia utilización de los delitos de peligro abstracto, facilitar los presupuestos de la imputación o agravar los medios de coacción. La consecuencia de este proceso, ciertamente, como ya puede verse, no es que el sistema penal así equipado se encuentre en condiciones de cumplir sus nuevas funciones. La consecuencia es, más bien, que estos ámbitos de derecho penal "eficiente" están permanentemente acompañados de "déficit de ejecución" específicos, reprochados por todos. De esto se siguen, nuevamente, dos cosas: el intento corto de vista de minimizar estos déficit con más agravaciones (*more of the same*), y un ámbito creciente de efectos meramente simbólicos del derecho penal: dado que no se pueden esperar los efectos reales y afirmados, el legislador por lo menos obtiene el rédito político de haber respondido con celeridad a los miedos y grandes perturbaciones sociales con los severos medios del derecho penal."

²¹⁴ Informe de la Oficina de las Naciones Unidas sobre Drogas y Crimen (UNODC) "Crimen e inestabilidad. Estudio de casos de amenazas transnacionales. Febrero 2010.

tratado de responder de diferentes maneras según el período histórico de que se trate.

En cuanto a otros delitos tenemos que solo en el año 2010 se cometieron 13 mil 734 delitos en los seis municipios más violentos del país (Santa Ana, Colón, San Salvador, Apopa, Soyapango y San Miguel) hasta el 30 de noviembre pasado. Los delitos más comunes desde enero hasta el 30 de noviembre son: el hurto cometido 8851 veces, el robo en 4891, el homicidio en 3685, las lesiones en 3638, la extorsión en 3675, el Hurto de Vehículo en 2116, el Robo de Vehículos en 934, violación en 642 y por último el delito de secuestro cometido en 21 ocasiones. De estos delitos se corrobora una leve baja en los delitos de Hurto, Robo, Homicidio, Extorsión y Robo de Vehículos, pero existe un alza en los delitos de Lesiones, Hurto de Vehículo y Violación, con respecto al período comprendido de enero a noviembre.²¹⁵

En palabras de MUÑOZ CONDE Y HASSEMER:

“La Estadística criminal, en sus distintas vertientes de Estadística policial, judicial y penitenciaria, aparece así como algo más que un simple indicador matemático del volumen de la criminalidad, como un índice de las diferencias entre "criminalidad real" y "criminalidad oficialmente registrada", como una prueba de la ineficacia del Derecho penal o del valor simplemente simbólico de algunas normas penales”²¹⁶

²¹⁵ Reportaje del Diario de Hoy, del día 07 de diciembre de 2010, disponible en internet: Óscar Iraheta/David Marroquín titulado: “Sigue imparable la delincuencia en San Salvador y San Miguel” http://www.elsalvador.com/mwedh/nota/nota_completa.asp?idCat=6358&idArt=5382890

²¹⁶ HASSEMER, Winfried, MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Tirant Lo Blanc, Valencia, 1989. Pág. 19. “¿Es el delito o la conducta desviada producto de factores etiológicos de diverso tipo (biológicos, psicológicos, sociales) como pretende la criminología etiológica; es consecuencia de la interacción personal como dicen las teorías interaccionistas; o simplemente el resultado de una atribución que hacen los distintos órganos de control social, como sostiene la teoría del "labeling approach" Probablemente en cada uno de estos planteamientos hay puntos de vista correctos y desacertados, y su aceptación o rechazo, su éxito o su fracaso en la Administración de Justicia penal dependen de la valoración que ésta hace de los conocimientos empíricos que se le brindan. Así, por ej., no cabe duda de que datos como el desempleo, condiciones de vida, drogodependencia etc., pueden ilustrar al legislador, a los Tribunales y a los funcionarios de prisiones sobre las consecuencias y efectos de las decisiones que deben tomar. Pero estos datos no pueden generalizarse y elevarse a la categoría de dogma absoluto que de algún modo

Las consideraciones anteriores nos permiten caracterizar al Sistema Penal Salvadoreño en dos niveles diferentes:

A nivel Constitucional se regulan principios y garantías propias del Derecho Penal Liberal, Garantista y con un Sistema Acusatorio formal. Esto de conformidad a la concepción finalista de la Constitución, según la cual la persona humana es el inicio y fin de la actividad del estado.

A nivel de ley secundaria se evidencia un sistema contradictorio, si bien es cierto se reafirman los principios constitucionales en materia penal y procesal penal, pero las reformas han sido inspiradas en el peligrosismo, maximizando el Derecho Penal Salvadoreño y disminuyendo las Garantías Procesales en los procesos contenidos en leyes especiales, creando incluso jueces especializados. En materia de Teoría del Delito tenemos un Código Penal que ha perdido la coherencia tras más de 214 modificaciones, que contempla penas de 75 años, transgrediendo las disposiciones constitucionales que fundamentan al Sistema Penal en El Salvador.

A la forma de persecución de la criminalidad, mediante la cual por una vía se respetan las garantías penales, pero por otra se establece un régimen destinado a condenar a los imputados; colinda con la dicotomía Derecho Penal del Ciudadano-Derecho Penal del Enemigo, cuyas notas esenciales nos explica JAKOBS de la siguiente forma:

“1. En el Derecho penal del ciudadano, la función manifiesta de la pena es la *contradicción*, en el Derecho penal del enemigo la *eliminación de un peligro*. Los

predetermine la génesis de la delincuencia, olvidando el contacto y la interacción entre las personas tanto respecto al nacimiento o modificación de la conducta desviada, como al etiquetamiento de la misma. Precisamente, esto último es lo que lleva a la teoría del "labeling" a centrar su atención en el proceso mismo a través del cual una conducta se define como desviada y, en última instancia, como criminal. Y, como la llamada "cifra oscura" demuestra, rápidamente surge la sospecha de que la Administración de Justicia tanto en la persecución, como en la sanción de los comportamientos criminales procede selectivamente, es decir, no protege por igual todos los bienes respecto a los cuales tienen igual interés todos los ciudadanos. Tampoco la ley penal es igual para todos, ni el status de criminal se aplica por igual a todos los sujetos.”

correspondientes tipos ideales prácticamente nunca aparecerán en una configuración pura. Ambos tipos *pueden* ser legítimos. 2. En el Derecho natural de argumentación contractual estricta, en realidad todo delincuente es un enemigo (ROUSSEAU, FITCHE). Para mantener un destinatario para expectativas normativas, sin embargo, es preferible mantener el *status* de ciudadano para aquellos que *no* se desvían *por principio* (HOBBS, KANT). 3. Quien por principio se conduce de modo desviado no ofrece garantía de un comportamiento personal; por ello, no puede ser tratado como ciudadano, sino debe ser combatido como enemigo. Esta guerra tiene lugar con un legítimo derecho de los ciudadanos, en su derecho a la seguridad; pero a diferencia de la pena, no es Derecho también respecto del que es penado; por el contrario, el enemigo es excluido.”²¹⁷

Si bien es cierto no caracterizamos al Sistema Penal Salvadoreño como Derecho Penal del Enemigo, las reformas al mismo han tergiversado al Sistema Penal que actualmente no guarda correspondencia con el Programa Penal de la Constitución. Las mismas han convertido a nuestro Sistema Penal en un Derecho Penal simbólico, es decir que no tiene finalidad alguna debido a que se han renunciado a los Fines Constitucionales de la Pena, salvo a la inocuización que presenta dificultades debido a las condiciones de los Centros

²¹⁷ JAKOBS, Günther, CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho Penal del Enemigo*, Primera Edición, Editorial Civitas, Madrid, 2003. Págs. 55-56. “1. En el Derecho penal del ciudadano, la función manifiesta de la pena es la *contradicción*, en el Derecho penal del enemigo la *eliminación de un peligro*. Los correspondientes tipos ideales prácticamente nunca aparecerán en una configuración pura. Ambos tipos *pueden* ser legítimos. 2. En el Derecho natural de argumentación contractual estricta, en realidad todo delincuente es un enemigo (ROUSSEAU, FITCHE). Para mantener un destinatario para expectativas normativas, sin embargo, es preferible mantener el *status* de ciudadano para aquellos que *no* se desvían *por principio* (HOBBS, KANT). 3. Quien por principio se conduce de modo desviado no ofrece garantía de un comportamiento personal; por ello, no puede ser tratado como ciudadano, sino debe ser combatido como enemigo. Esta guerra tiene lugar con un legítimo derecho de los ciudadanos, en su derecho a la seguridad; pero a diferencia de la pena, no es Derecho también respecto del que es penado; por el contrario, el enemigo es excluido. 4. Las tendencias contrarias presentes en el Derecho material -*contradicción versus* neutralización de peligros- encuentran situaciones paralelas en el Derecho procesal. 5. Un Derecho penal del enemigo claramente delimitado es menos peligroso, desde la perspectiva del Estado de Derecho, que entremezclar todo el Derecho penal con fragmentos de regulaciones propias del Derecho penal del enemigo. 6. La punición internacional o nacional de vulneraciones de los derechos humanos después de un cambio político muestra rasgos propios del Derecho penal del enemigo sin ser sólo por ello ilegítima.”

Penitenciarios, las cuales analizaremos con mayor detenimiento en el Capítulo siguiente.

Consideramos que es necesario, para poder controlar efectivamente la criminalidad, desarrollar e implementar una Política Criminal cuyos postulados tengan como finalidad la eliminación progresiva de las causas del crimen, es decir que no se pretenda controlar la criminalidad en base al control de los efectos de la misma sino a las causas, renunciado al Derecho Penal Simbólico y respetando el Programa Penal de la Constitución, así como los Tratados Internacionales del Sistema Interamericano que configuran al Sistema Penal Salvadoreño.

CAPÍTULO TRES

EL SISTEMA PENITENCIARIO COMO PARTE INTEGRANTE DEL SISTEMA PENAL

SUMARIO

3.1.-Programa Penal de la Constitución en atención a la Ejecución de Penas y Medidas. 3.2.-Fundamentos de las Penas y Medidas de Seguridad. 3.3.-Consideraciones sobre las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad. 3.4.-Estructura del Sistema Penitenciario Salvadoreño. 3.4.1.-Instituciones públicas competentes en materia de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad. 3.4.2.-El Sistema Penitenciario en El Salvador. 3.4.3.-Clasificación de los Centros Penitenciarios y el tratamiento penitenciario. 3.4.4.-Valoraciones sobre las decisiones político-criminales que inciden en la estructura del Sistema Penitenciario.3.5.-El estado de las prisiones en El Salvador. 3.6.-Análisis político-criminal sobre la efectividad de la pena en la lucha contra la criminalidad en El Salvador. 3.7.-Consideraciones político-criminales sobre las alternativas a la pena de prisión. 3.8.-Consideraciones sobre la Política Criminal Preventiva. 3.9.-La responsabilidad de las instituciones públicas. 3.10.-La política de transformación social e institucional como propuesta de Política Criminal.

3.1.-Programa Penal de la Constitución en atención a la Ejecución de Penas y Medidas

Anteriormente hemos afirmado que la Constitución de la República establece las directrices generales en base a las cuales se debe erigir el Sistema Penitenciario en El Salvador, para tales efectos citamos algunos artículos de la Carta Magna. En el presente apartado centramos nuestro análisis en los artículos 13 inciso tercero, 27 y 172 de la Constitución de la República.

En el artículo 13 inciso final podemos encontrar una disposición que regula las medidas pre-delictuales, según el cual:

“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.”

Dicha disposición proviene de la Constitución de 1950, que fue retomada en la Constitución de 1962 con redacción y nomenclatura exactamente igual, en el artículo 166 de ambas Constituciones establecía que:

“**Artículo 166.-** Ningún Poder, autoridad o funcionario podrá dictar órdenes de detención o prisión si no de conformidad con la ley, y estas órdenes deberán ser siempre escritas. Cuando un delincuente sea sorprendido infraganti, puede ser detenido por cualquier persona, para entregarlo inmediatamente a la autoridad competente.

La detención para inquirir no pasará de tres días, y el tribunal correspondiente estará obligado a notificar al detenido en persona el motivo de su detención, a recibirle su indagatoria y a decretar su libertad o detención provisional, dentro de dicho término.

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 riesgo inminente para la sociedad o para los individuos. Dichas medidas de seguridad deben estar estrictamente reglamentadas por la ley y sometidas a la competencia del Poder Judicial.”

La interpretación que debemos realizar sobre tal artículo es que se permite al legislador la creación de una ley especial que regule las medidas de seguridad pre delictual, con los requisitos siguientes: que se cree una ley especial, que la imposición y ejecución de dichas medidas esté bajo competencia del órgano judicial, y finalmente que se realice un proceso judicial previo a la imposición de dichas medidas. En nuestra opinión dicha disposición responde a la realidad económico-social de 1950 y no debería crearse una ley que contemple medidas pre-delictuales, debido a las malas experiencias en el pasado.

Nuestra crítica al respecto es que en la Carta Magna no se regula nada sobre las medidas de seguridad post-delictuales, tampoco podemos

encontrar regulación alguna sobre la estructura que del sistema de ejecución de las medidas de seguridad, que a nuestro juicio debería existir una institución especializada dependiente orgánicamente del órgano judicial, que se encargue de la organización y el funcionamiento de los centros de cumplimiento de medidas de seguridad de internamiento. En la actualidad dicha función es ejercida por el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, por medio del Hospital Psiquiátrico Dr. José Molina Martínez, lo cual a nuestro parecer es inconstitucional pues violenta el artículo 172 de la constitución, al cual nos referiremos posteriormente.

Continuando con el análisis de las disposiciones constitucionales sobre Ejecución de penas y medidas de seguridad, el inciso primero del artículo 27 establece la imposibilidad de que se conmine a pena de muerte los delitos comunes, siendo la excepción los delitos previstos en leyes militares, durante el estado de guerra internacional. Mientras que el segundo inciso del mismo artículo prohíbe la prisión por deudas, penas perpetuas, infamantes, las proscriptivas y toda especie de tormento.

El tercer inciso, que a nuestro juicio es el más importante, establece algunas líneas generales sobre la organización y la finalidad del Sistema Penitenciario, según su tenor:

“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.”

La primera parte del artículo en comento establece la obligación del estado de organizar el sistema penitenciario con el objeto de corregir a los delincuentes, mientras la segunda parte establece otras finalidades que debe cumplir el sistema penitenciario.

Realizando una interpretación progresista de dicho artículo²¹⁸ podemos afirmar que el Sistema Penitenciario debe cumplir con las condiciones de infraestructura y recurso humano para que los internos puedan recibir educación, formación laboral y que se cumplan con los fines de readaptación. Finalmente el Sistema Penitenciario también debe cumplir con las funciones de prevención especial negativa, conocida como inocuización, es decir que no deben cometerse delitos mientras los internos cumplen sus penas.

Finalmente el artículo 172 de la Constitución establece que:

“Artículo 172.- La Corte Suprema de Justicia, las Cámaras de Segunda Instancia y los demás tribunales que establezcan las leyes secundarias, integran el Órgano Judicial. Corresponde exclusivamente a este Órgano la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materias constitucionales, civil, penal, mercantil, laboral, agraria y de lo contencioso-administrativo, así como en las otras que determine la ley. La organización y funcionamiento del Órgano Judicial serán determinados por la ley. Los Magistrados y Jueces, en lo referente al ejercicio de la función jurisdiccional, son independientes y están sometidos exclusivamente a la Constitución y a las leyes.”

Esta disposición a su vez, proviene del artículo 81 de la Constitución de 1950, que fue retomado en el artículo 81 de la Constitución de 1962 con redacción idéntica:

“Artículo 81.- El Poder Judicial será ejercido por la Corte Suprema de Justicia, las Cámaras de Segunda Instancia y los demás tribunales que establezcan las leyes secundarias. Corresponde a este Poder la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo

²¹⁸ TINETTI, Albino, et. al., *Manual de Derecho Constitucional Salvadoreño*, Tomo I, Tercera Edición, Centro de Información Jurídica, Ministerio de Justicia, San Salvador 1998. Pág. 219. Envía a: SAGÜES, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional, Recurso Extraordinario*, Tomo II. Editorial Astrea, Buenos aires, 1989. Pág. 95. “Interpretación progresista. “La Constitución, en cuanto instrumento de gobierno permanente, cuya flexibilidad y generalidad le permite adaptarse a todos los tiempo y circunstancias, ha de ser interpretada teniendo en cuenta, no solamente las condiciones y necesidades existentes al momento de su sanción, sino también las condiciones sociales, económicas y políticas que existen al tiempo de su interpretación, a la luz de los grandes fines que informan a la Ley Suprema del país”

juzgado en materias constitucional, civil, penal, mercantil y laboral, así como en las otras que determine la ley.”

Según esta disposición constitucional el Sistema Penitenciario debe estar bajo el control del Órgano Judicial. Anteriormente no sucedía esto, ya que el órgano ejecutivo a través de la dirección general de centros penales y de readaptación ejercía las labores de “organización, funcionamiento y control de las Penitenciarías y de los Centros Penales y de Readaptación, así como el desarrollo y efectividad de los programas que tiendan a la readaptación social de los reclusos.” Todo de conformidad con la ley del régimen de centros penales y de readaptación.²¹⁹

Manifestamos lo anterior para hacer ver que a nivel constitucional existía normativa desde 1950 que no era acatada por la ley secundaria. En términos generales podemos ver que la Constitución de la República no establece una regulación detallada para la organización y funcionamiento del Sistema Penitenciario, más bien establece lineamientos generales sobre la finalidad que debe cumplir dicho sistema. Por esta razón nuestro análisis sobre el Sistema Penitenciario se centrará en el análisis de la Ley Penitenciaria, los fundamentos político-criminales del sistema penitenciario allí contenidos y nuestra valoración al respecto, previo abordaje de los aspectos doctrinarios sobre la pena y la medida de seguridad.

3.1.1.-Las propuestas para restaurar la pena de muerte. Consideraciones político-criminales sobre la pena de muerte.

Anteriormente hemos dejado por sentado que la Constitución de la República prohíbe la pena de muerte para los delitos comunes por virtud del

²¹⁹ Decreto Legislativo Número 427 de fecha 11 de septiembre de 1973, publicado en el Diario Oficial Número 180, Tomo Número 240, de fecha 27 de septiembre de 1973.

artículo 27 inciso 1°: “Sólo podrá imponerse la pena muerte en los casos previstos por las leyes militares durante el estado de guerra internacional.”

En el presente apartado realizaremos un análisis de las propuestas político-criminales sobre la restauración de la pena de muerte en El Salvador, para hacer ver que el debate sobre la pena de muerte es un tema que tiene importancia práctica en nuestro país.

Actualmente existen varios supuestos contemplados por el Código de Justicia Militar en los cuales se impone la pena de muerte durante el estado de guerra internacional. Los delitos son: Traición, artículo 54 CJM, Espionaje, artículo 64 CJM, Rebelión, artículo 76 del CJM, Complot de Deserción, Art. 140 CJM relacionado con el Art. 135 CJM.²²⁰

Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1983 se elimina del Derecho Penal Salvadoreño la pena de muerte para los delitos comunes, lo cual constituye un avance en el respeto a los Derechos Humanos en El Salvador. Según nuestra opinión no debe retrocederse en este aspecto bajo ningún motivo, debido a que esta es otra Garantía de los ciudadanos en general: el Estado no aplicará penas de muerte para delitos cometidos por civiles.

Al respecto de la pena de muerte sólo podemos recordar las palabras del Dr. José María Méndez, quien escribiera un Ensayo titulado La Pena de Muerte en marzo de 1977 y que fue publicada oportunamente en 1999, en una coyuntura política en la que se dejó abierta la posibilidad de que fueran agregados cuatro delitos punibles con pena de muerte, pero que la propuesta constitucional no fue ratificada por la segunda asamblea, las ideas vertidas por MARÍA MÉNDEZ a pesar de haber sido expuestas en 1977 tienen

²²⁰ Código de Justicia Militar. D. L. N° 562 de fecha 05 de mayo de 1964. D. O. N° 97, Tomo 203 de fecha 29 de mayo de 1964.

validez en nuestra realidad y están en correspondencia con lo manifestado hasta ahora:

“El problema de la delincuencia tiene que afrontarse con sentido ético, es decir, tomando en cuenta valores afectados por la relación que ella origina. Desde un punto de vista meramente utilitario parecerá imperativo imponer la pena de muerte para resolver el problema de la delincuencia; pero esa no será la solución ética del conflicto, por la que el derecho propugna, y que resulta de referir el conflicto a los valores trascendentales de equidad, seguridad y justicia. (...) La tesis tomista sólo ve el peligro de la sociedad y la manera práctica e inmediata de librarla de ese peligro. La tesis carece en absoluto de fuerza si nos ponemos a pensar que la eliminación que se propone es posible sin llegar al extremo de la muerte. La solución puede ser lógica, pero es fría, incompleta e inhumana. Lo cierto es que la sociedad, por medio de la pena de muerte, elimina al delincuente; pero nada hace por eliminar el crimen. Por el contrario, cometiendo uno a su vez, lo prolonga.”²²¹

²²¹MARÍA MÉNDEZ, José, “*La Pena de Muerte*”, Presentación realizada por el Dr. Jorge Arias Gómez, Editorial Memoria N° 5, San Salvador, 2009. Págs. 56-58. “Solución económica del conflicto: La eliminación. Posición de la Iglesia Católica. Santo Tomás de Aquino, el gran filósofo de la Iglesia Católica, se abrevó en la fuente de Aristóteles, y ciñó como éste, la especulación filosófica dentro de los linderos de la lógica, se declara partidario de la pena de muerte. Estas son sus palabras: “Si es conveniente a la salud de todo el cuerpo humano, la amputación de algún miembro, por ejemplo cuando está podrido o puede infeccionar a los demás miembros, se califica esta amputación como laudable. Más cada persona singular se compara a toda la comunidad como parte al todo; y por lo tanto, si un hombre es peligroso a la sociedad y la corrompe por algún pecado, laudable y saludablemente se le quita la vida por la conservación del bien común”. A esta tesis de la eliminación, le llamo yo solución económica del conflicto y uso la palabra económica no en el sentido corriente de lograr un objetivo con poco costo, sino en el de resolver un conflicto atendiendo únicamente al criterio de la utilidad. Resulta muy lógico, si se quiere, afirmar que si un hombre hace daño a la sociedad debe ser eliminado. Lo que no resulta lógico es que forzosamente tenga que ser eliminado por medio de la muerte, pues hay otros medios de eliminación: la reclusión en cárcel por ejemplo. Cuando la manzana podrida amenaza infectar a las demás, la manzana no solo se aparta sino que se tira al cesto de la basura. Pero los hombres no son manzanas, no son cosas. (...) La pena de muerte se mantiene por una regresión atávica a las épocas del hombre primitivo, cruel, implacable y sanguinario, por las fuerzas de la costumbre y la superstición, por ignorancia de los avances científicos realizados por la Criminología y el Derecho Penal y por sus ciencias auxiliares la Biología y la Psicología, la antropología y la Siquiatría. Por ser la solución que aparentemente resulta práctica y eficiente para resolver el problema de la criminalidad. El movimiento abolicionista está en marcha. En la misma Inglaterra, cruel por el respeto a la tradición que pinta maravillosamente Arthur Koestler, está a punto de ser abolida. Día llegará en que se recuerde como una aberración del hombre, en el ámbito judicial, como lo fue penar la brujería, castigar a los animales y a las cosas inanimadas.”²²¹

En nuestro país han existido varias iniciativas de reforma la Constitución de la República para restaurar la Pena de Muerte.

El Dr. Jorge Arias Gómez explica en la presentación del libro del Dr. José María Méndez, antes citado, cómo se propuso en 1999 la pena de muerte:

“Como es sabido, en la anterior Asamblea Legislativa, por iniciativa de los diputados de Alianza Republicana Nacionalista (ARENA), se dejó abierta la posibilidad de que en la presente fueran agregados cuatro delitos, punibles con la muerte. En la actualidad, el Art. 27 de la Constitución Política dispone: “Sólo podrá imponerse la pena de muerte en los casos previstos por las leyes militares durante el estado de guerra internacional”. La misma Constitución, en su Art. 216, establece que se entiende por delitos y faltas puramente militares, los que afectan de modo exclusivo un interés jurídico estrictamente militar. Los mortícolas pretendían agregar los delitos de homicidio asesinato, secuestro y violación. La reforma a este artículo constitucional solo puede entrar en vigencia por la ratificación de una Asamblea Legislativa posterior. Por consiguiente, las puertas para ampliar la gama de delitos merecedores de la pena de muerte, quedan abiertas y si posibilidad de ser ratificada en el futuro proseguirá, como una amenaza permanente, mientras, en forma tajante y definitiva, no se le pueda tener jamás en cuenta en ningún orden del día de las legislaturas por venir”²²²

En 2001, cuando fungía como Ministro de Seguridad Francisco Beltrán Galindo hijo y el Presidente de la República era Francisco Flores, se propone nuevamente la Pena de Muerte, según una noticia publicada por la cadena BBC Mundo:

²²² MARÍA MÉNDEZ, Óp. Cit. Página 7 que es parte de la presentación del Dr. Jorge Arias Gómez. “La amenaza que señaló, es corroborada por un diputado del FMLN –cuyo nombre no viene al caso– quién según la crónica del matutino, arguye que si el poder judicial y organismos investigativos fueran eficientes y confiables “entonces se podría pensar en su ratificación” (sic.) Rebosante de estupor, por semejante despropósito, me contraigo a decir que las siete palabras del sustentante ponen de manifiesto, en forma paladina, una crasa ignorancia del problema de la pena de muerte. Esta opinión, me conduce, irremediamente, a recordar al que fuera candidato a la presidencia de la República, por el FMLN, quien, para garantizar la seguridad y disminuir y controlar la delincuencia, ofreció, en su campaña electoral, cadena perpetua es [en] sustitución de la actual pena máxima de treinta años de cárcel. Y para patentizar que estima muy deportivamente el problema de la delincuencia, la oferta la hacía al tiempo que mostraba una tarjeta roja”.

“La BBC también conversó con el ministro del Interior de El Salvador, Francisco Beltrán Galindo, que impulsa un proyecto para hacer más firmes las cadenas perpetuas. Según él, "las sentencias más graves, sean más años, aislamiento o pena de muerte, pueden tener un elemento disuasivo, siempre que se cumplan con velocidad y no como sucede normalmente, que tienden a tener muchos mecanismos de apelación y revisión, que hacen que cuando se cumplan ya no tengan ningún efecto disuasivo."²²³

En Junio de 2010 el partido GANA, escisión del partido ARENA, propone la pena de muerte “en los delitos de homicidio agravado, secuestro, actos de terrorismo y violación, cuando se dedujere una mayor perversidad del delincuente” (sic.), luego de los acontecimientos del 20 de junio en el cual 14 personas murieron calcinadas cuando un microbús de la ruta 47 fue incendiado.

Además de proponer la pena de muerte, entre otras propuestas, también solicitaban establecer régimen de excepción en los municipios más violentos del país y modificar la Ley Contra Actos de Terrorismo "para que las pandillas sean perseguidos y castigados penalmente como grupos terroristas, y que los ataques a usuarios y unidades del transporte colectivo sean clasificados como acciones terroristas". Por su parte El coronel retirado y diputado por el Partido de Conciliación Nacional (PCN), Antonio Almendáriz, sugirió por su parte volver al pasado y revivir los desaparecidos

²²³ Noticia publicada por BBC Mundo: Título: El Salvador debate pena de muerte. Publicado el día Miércoles, 11 de julio de 2001 - 18:29 GMT. Sin Autor. Disponible en internet: http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/latin_america/newsid_1434000/1434479.stm página web consultada el día 02 de agosto de 2011. “El ministro informó que los últimos sondeos indican que la mayoría de los salvadoreños se inclinan a favor de la pena de muerte. "La gente está cansada de la delincuencia, sobre todo por la brutalidad de algunos crímenes", opinó. Consultado sobre si el retorno de la pena capital afectaría la imagen internacional de El Salvador, Beltrán Galindo indicó: "No sé si la afecta, pero sí pienso que ésta es una decisión de fondo. La pregunta es qué hace una sociedad con delincuentes que sabe que no son rehabilitables.”

cuerpos de seguridad como la Guardia Nacional, desarticulada con los Acuerdos de Paz.²²⁴

Ante la propuesta del partido GANA, la coordinadora de asuntos legales de la Comisión de Derechos Humanos de El Salvador (CDHES), Brenda Rodríguez, opinó que:

“la propuesta viola uno de los derechos humanos que rige a los pueblos civilizados, el derecho y la defensa a la vida. Tampoco es viable porque, debilitada la institucionalidad del país, es complicado comprobar la vinculación directa de un sospechoso con un crimen. “Las instituciones salvadoreñas no tienen la capacidad para tener certeza jurídica de la culpabilidad de muchas personas en hechos delictivos”, dijo Rodríguez. La medida, dice, es una respuesta inmediata para calmar la voz popular, además de ser inconstitucional, recalcó que la propuesta no es viable en un sistema jurídico débil. Además lo calificó como proselitista y populista.”²²⁵

A pesar de las propuestas de varios partidos políticos de restaurar la pena de muerte, consideramos que en nuestro sistema no es posible jurídicamente esta alternativa debido a dos razones: la primera de ellas atiende a la disposición constitucional que prohíbe modificar las cláusulas pétreas, Art. 248 Cn., dentro de las cuales se encuentran los Derechos Fundamentales, de manera implícita. La segunda razón atiende a que en el artículo 4.3 de la Convención Americana sobre Derechos humanos de 1969 (Pacto de San José) establece que “No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido.” Relacionando este artículo con los artículos 246 y 144 de la Constitución de la República, podemos ver cómo existe una imposibilidad no sólo doctrinaria, sino también legal. En virtud Art. 246 en el cual se reconoce el Principio de Supremacía Constitucional:

²²⁴ *Ibíd.*

²²⁵ Noticia publicada en Contrapunto. Título: Pena de Muerte: El Estado es el asesino. Autor: Gloria Morán, Publicado el día 27 de junio de 2010, disponible en internet: <http://www.contrapunto.com.sv/politica-nacionales/pena-de-muerte-el-estado-es-el-asesino> página web consultada el día 02 de agosto de 2011.

“Los principios, derechos y obligaciones establecidos por esta Constitución no pueden ser alterados por las leyes que regulen su ejercicio.

La Constitución prevalecerá sobre todas las leyes y reglamentos. El interés público tiene primacía sobre el interés privado.”

Mientras que el artículo 144 jerarquía entre tratado y ley secundaria:

“Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución. La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado.”

De esta forma, la ley secundaria y los tratados internacionales deben estar en correspondencia con la Carta Magna, por lo cual de reformarse el código penal los jueces tendrían la obligación de no aplicar la pena de muerte, aplicando de manera directa la Convención Americana de Derechos Humanos, que prohíbe la pena de muerte y el restablecimiento de la misma, dicho tratado es de obligatorio cumplimiento ya que ha sido ratificado por El Salvador.

3.2.-Fundamentos de las Penas y Medidas de Seguridad

El código penal de El Salvador reconoce dos vías de reacción penal, a saber: las penas reguladas desde el artículo 44 en adelante y las medidas de seguridad reguladas en los artículos 93, 94 y 95 C.P.

Para explicar el origen de la doble vía de reacción penal citamos la opinión de CHOCLÁN MONTALVO:

“A fines del siglo XIX se produce el fenómeno de la integración de las medidas de seguridad en la disciplina del Derecho penal extendiendo de esta manera su ámbito de acción a la peligrosidad. De este modo, la pena deja de ser concebida como consecuencia única ligada al hecho punible, en cuanto resulta incapaz para dar solución adecuada a una serie de supuestos fundamentalmente casos de

sujetos sin capacidad de culpabilidad pero peligrosos para los que las ideas clásicas de culpabilidad y retribución impedían una protección adecuada de la sociedad, que se erige en función principal del Derecho penal.”²²⁶

En el mismo sentido la opinión del jurista Alemán ROXIN:

“A partir de lo señalado con relación a las teorías de la pena puede verse por qué un derecho penal obligado al principio de culpabilidad requiere la segunda vía de las medidas de seguridad: la autolimitación del poder de injerencia del estado que se deriva de la vinculación a la medida de la culpabilidad, si bien por regla general posibilita una compensación adecuada entre los requerimientos de protección estatales y los intereses de libertad de los sometidos al derecho, en el caso particular, la peligrosidad de un autor para la generalidad puede ser tan grande que la pena, según la culpabilidad, no sea suficiente para asegurar en forma suficiente a la generalidad de sus ataques.”²²⁷

²²⁶ CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *Culpabilidad y Pena. Su medición en el sistema penal salvadoreño*, CNJ, Escuela de Capacitación Judicial, Proyecto de Asistencia Técnica a los Juzgados de Paz, República de El Salvador, Noviembre 1999. Pág. 8-10. “La pena basada en la culpabilidad por el hecho a veces no permite colmar las exigencias preventivas del Derecho penal, pues la duración limitada de la pena, y las dificultades que presenta el marco de la ejecución penitenciaria, frecuentemente impedirán desarrollar el tratamiento médico, pedagógico o terapéutico que precise el sujeto. Aparece así la medida de seguridad como *complemente* necesario de la pena y como consecuencia jurídica autónoma con diverso fundamento y efectos. (...) Esta solución dualística que trata de superar la antinomia entre retribución y prevención, reservando funciones diversas a la pena y la medida, tiene su origen en Carlos STOOS, autor del anteproyecto de Código Penal suizo de 1893, y revela una fórmula de compromiso en el sentido de mantener el sentido clásico de la pena, como consecuencia destinada fundamentalmente a compensar la *culpabilidad*, que fundamenta y limita de esta manera la pena, introduciendo a la vez un sistema de reacción estatal frente al delito que prescindir de la culpabilidad como fundamento y se basa en conceptos como los de *peligrosidad* que no demandan una justa retribución o reacción matemática, de modo que los límites de intervención del poder estatal se desvanecen en la medida que lo requiera la defensa social frente al sujeto peligrosos.”

²²⁷ ROXIN, Claus, et. al., “*Determinación Judicial de la Pena, prólogo de Julio B. Maier*”, Editores El Puerto, Buenos Aires, 1993. Págs. 42-43. “Cuando por ejemplo una persona mentalmente disminuida, culpable sólo en una medida muy reducida, comete hechos violentos graves, y es de prever que los continuará cometiendo, entonces, su culpabilidad disminuida justifica sólo una pena pequeña (§ 21). Pero la protección de la generalidad hace necesario internarlo en un hospital psiquiátrico (§ 63), yendo más allá de esa culpabilidad, con fines de mejoramiento y de seguridad. Similar es lo que ocurre en los casos de adictos al alcohol o a las drogas, cuya culpabilidad frecuentemente es escasa, pero que deben ser internados en un establecimiento de desintoxicación (§ 64), a fin de evitar los peligros que de ellos se derivan (y en su propio interés). También puede ser impuesta una reclusión de seguridad sobre aquellos autores que no presentan tales perturbaciones manifiestas, pero que reinciden una y otra vez y amenazan con continuar produciendo graves daños (cf. § 66), la cual en su duración supera la pena posible según el principio de culpabilidad.”

En este orden de ideas la Culpabilidad, como fundamento de la Pena, no puede por sí sola, satisfacer las expectativas de prevención de delitos, mientras que las medidas de seguridad no pueden por sí solas responder ante todos los injustos criminales, debido a que no atiende a la Culpabilidad sino a la Peligrosidad de los sujetos que cometen hechos delictivos.

Asimismo la Culpabilidad y la Peligrosidad son conceptos excluyentes que tienen influencias distintas, mientras la Culpabilidad responde a criterios de retribución, la peligrosidad responde a criterios de prevención. Esto a pesar de que las teorías de la retribución y la expiación (*punitur ne peccetur* y *punitur quia peccatum est*) han sido superadas, se vuelve necesario acudir a criterios retributivos que se justifican únicamente como limitaciones del poder estatal, en nuestro Código Penal podemos evidenciar esta influencia en los artículos 4 y 5:

Art. 4 inc. 1° C. Pn. Principio de Responsabilidad: “La pena o medida de seguridad no se impondrá si la acción u omisión no ha sido realizada con dolo o culpa. Por consiguiente, queda prohibida toda forma de responsabilidad objetiva.”

Art. 4 inc. 3° “La culpabilidad sólo se determinará por la realización de la acción u omisión.”

Art. 5 inc. 1° Principio de Necesidad “Las penas y medidas de seguridad sólo se impondrán cuando sean necesarias y en forma proporcional a la gravedad del hecho realizado.”

Art. 5 inc. 2° “En ningún caso podrá imponerse medida de seguridad si no es como consecuencia de un hecho descrito como delito en la ley penal, ni por tiempo superior al que le hubiere correspondido al sujeto como pena por el hecho cometido. A tal efecto el tribunal establecerá en la sentencia, razonablemente, el límite máximo de duración.”

De esta forma se utiliza el principio de Culpabilidad para limitar la imposición de penas, mientras se limita la imposición de las Medidas de Seguridad mediante el principio de proporcionalidad, atendiendo a que la

intervención penal en las medidas de seguridad puede llegar a ser considerablemente mayor a la intervención mediante penas, salvo la pena de muerte.

Lo anterior se justifica debido a que el Estado de El Salvador tomó la decisión político-criminal, en 1998, de limitar el *ius puniendi* favoreciendo el ejercicio de los Derechos de los inimputables, en detrimento de los fines de “defensa social” establecidos por la Constitución, limitando las medidas de seguridad mediante la proporcionalidad por la pena que le hubiere correspondido si la pena hubiere sido privativa de libertad. Esta regulación es más correcta que la legislación Española según CHOCLÁN MONTALVO:

“En cualquier caso, aunque la peligrosidad sea manifiesta y se persista por mucho tiempo (ejemplo, enfermos mentales incurables) la duración de la medida siempre se encuentra limitada por el Derecho vigente por la duración de la pena que hipotéticamente hubiera resultado imponible de haber sido el sujeto capaz de culpabilidad, sin embargo, el Código de El Salvador no contiene una limitación que sí se establece en el Código Penal español, pues de acuerdo con el art. 6 CPE, la naturaleza de la medida a imponer se condiciona a la de la pena que hubiere podido ser impuesta en su caso, pues la ley dice que la medida no puede ser más gravosa que la pena (ejemplo, sólo cae el internamiento si la pena hubiera sido privativa de libertad). Por ello, el CPS, de modo más correcto a mi juicio que el CP español, permite que pueda imponerse la medida más adecuada a la situación particular del sujeto.”²²⁸

Esto a pesar de que doctrinariamente la peligrosidad es el fundamento de la imposición de medidas de seguridad, la única alternativa sería mantener una Medida de Seguridad de internamiento, tratamiento médico ambulatorio

²²⁸ CHOCLÁN MONTALVO, Óp. Cit. “*Culpabilidad y Pena...*”, Pág. 30. “Así se desprende del art. 93 CPS cuando dispone que las medidas de seguridad (internamiento, tratamiento médico ambulatorio o vigilancia) se determinarán “según corresponda a la situación del sujeto”. La solución contraria conduce a evidentes *disfuncionalidades del sistema*. Y ello a consecuencia de que pretender construir una medida a semejanza de una hipotética pena es un objetivo que contradice el sentido y la función de las medidas de seguridad y corrección. Cierta doctrina ha cuestionado que la limitación en atención al hecho cometido sea acertada en los casos en que el sujeto obró sin capacidad de culpabilidad, pero la opinión mayoritaria acoge favorablemente la restricción.”

o vigilancia tanto como dure la causa de inimputabilidad que en los casos de enajenación mental, grave perturbación de la conciencia y desarrollo psíquico retardado o incompleto podría ser perpetuo, lo cual valoró el legislador como una intervención penal excesiva y *no necesaria*.

En la práctica se presentan algunos problemas en cuanto a la pena y medida de seguridad conjunta, que se impone a quienes cometen delitos en un estado psíquico difuso entre la conciencia y la inimputabilidad, dicha imposición se permite por virtud del artículo 95 del Código Penal:

Pena y Medida de Seguridad Conjunta Art. 95 inc. 1° C.Pn.: “Cuando no concurra alguno de los requisitos necesarios para excluir totalmente la responsabilidad penal en los casos del número 5 del artículo 27 de este Código, el juez o tribunal, además de la pena señalada podrá imponer al autor alguna de las medidas de seguridad aquí previstas. En todo caso la medida se cumplirá antes que la pena y el término de su duración se computara como cumplimiento de ésta. El juez de vigilancia correspondiente, ordenará la suspensión de la medida, cuando estime que ya no es necesaria, pero su duración no podrá exceder el tiempo que correspondería como pena.

Art. 95 inc. 2° C.Pn.: “Una vez cumplida la medida de seguridad el juez de vigilancia correspondiente, podrá, si con la ejecución de la pena se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de la medida, suspender el cumplimiento del resto de aquella.”

De lo dicho hasta ahora podemos concluir que tanto el poder constituyente de 1983, como el Poder Legislativo Constituido de 1998 han tomado la decisión política de que el Sistema Penitenciario se configure en torno a la dicotomía pena-medida de seguridad, atendiendo no sólo a criterios técnicos según los cuales no se puede responder penalmente mediante una sola vía a las conductas delictivas cometidas, sino a criterios de humanidad estableciendo límites, en base al principio de proporcionalidad, a las medidas de internamiento, que son las medidas de seguridad más graves en nuestro Sistema Penitenciario.

Asimismo es necesario aclarar que el código penal únicamente regula las medidas de seguridad post-delictuales, lo cual a nuestro juicio responde al criterio político siguiente: en la historia de El Salvador hemos tenido experiencias negativas en el uso de dichas medidas de seguridad, con la entrada en vigencia de leyes como la Ley de Vagos y Maleantes²²⁹, la Ley del Estado Peligroso²³⁰.

En dichas leyes se criminalizaban conductas que no tenían nada que ver con el fundamento de las medidas de seguridad: la Peligrosidad. Por ejemplo podemos citar la Ley del Estado Peligroso en la que se criminalizaban personas como: los vagos habituales, los mendigos habituales, los ebrios o toxicómanos habituales, los rufianes y proxenetas, los sujetos pendencieros, los sospechosos de atentar contra la propiedad ajena, los tahúres, los que ocultaren su verdadero nombre, los que ejercieren artes ilícitos para explotar la ignorancia o la superstición, los curanderos, entre otros casos.²³¹

Teniendo en cuenta que nuestra Constitución prohíbe la presunción de culpabilidad, al establecer la presunción de inocencia en el artículo 12, así como la prohibición de doble juzgamiento en el artículo 11, la regulación de dichas conductas sería inconstitucional en la actualidad. A pesar de ello han existido propuestas para crear nuevamente una Ley del Estado Peligroso, en Junio de 2010 el partido ARENA presentó una propuesta ante la Asamblea Legislativa:

“El partido opositor ARENA propone la aprobación de una Ley de Estado Peligroso para controlar a las personas que tengan conductas catalogadas como antisociales.

²²⁹ D. L. de 27 de junio de 1940, publicado en el D. O. del día 20 de junio de 1940.

²³⁰ D. L. N° 1028, de fecha 15 de mayo de 1953, publicado en el D. O. N° 92, Tomo 159, de fecha 25 de mayo de 1953. Derogada por el D.L. N° 116, del 22 de octubre de 1997, publicado en el D.O. N° 215, Tomo 337, 18 de Noviembre de 1997.

²³¹ Las causales anteriormente enunciadas están comprendidas en el artículo 4 de la Ley del Estado Peligroso. D. L. N° 1028, de fecha 15 de mayo de 1953, publicado en el D. O. N° 92, Tomo 159, de fecha 25 de mayo de 1953. Derogada por el D.L. N° 116, del 22 de octubre de 1997, publicado en el D.O. N° 215, Tomo 337, 18 de Noviembre de 1997.

Uno de los autores de la propuesta, Mauricio Sandoval, ex director policial y actual miembro del Consejo Asesor de ARENA, explicó ayer que esta propuesta se basa en el artículo 13 de la Constitución.²³²

Mientras tanto FUSADES en enero de 2011 ha propuesto iniciar un debate sobre una ley que regule el estado de peligrosidad:

“La Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social (FUSADES) ha propuesto abrir una discusión pública sobre la conveniencia de crear una ley de estado de peligrosidad.

De entrada, la institución de análisis asegura que no existen obstáculos legales para crear una normativa de este tipo si en algún momento se considera necesario.

Según FUSADES, la normativa podría prevenir conductas sin entrar a la tipificación de delito (tampoco clasificarían como faltas) reguladas por una ley de contravenciones, como la actualmente en discusión.”²³³

Al respecto consideramos que no deberían regularse las medidas pre-delictuales entre otras razones debido a la falta de responsabilidad en las

²³² Noticia publicada en el periódico El Mundo, de fecha: 30 de junio de 2010, titulada: ARENA pide discutir una Ley del Estado Peligroso, autor: Yolanda Magaña, disponible en internet: <http://www.elmundo.com.sv/politica/746-arena-pide-discutir-una-ley-de-estado-peligroso.html>. Página web consultada el día 09 de agosto de 2011. “Rodrigo Ávila, quien participó en la propuesta, respondió que la idea sí es aprobar una ley similar a la Ley de Estado Peligroso derogada en noviembre de 1997. Ávila dice que todos los planes boicoteados por la oposición política en el pasado hoy se ven como solución. Lo importante, dice, es que se discuta. No quiere decir que sea igual, aclara. Jaime Martínez, ex miembro de la Fundación de Estudios para la Aplicación del Derecho (FESPAD) y actual director de la Academia Nacional de Seguridad Pública (ANSP), objetaría una normativa similar a la Ley de Estado Peligroso derogada en 1997. Él dice que redactó, como consultor de la Fundación Friederich Ebert, una propuesta de Ley de Contravenciones Administrativas. “Es algo muy distinto”, sostuvo. “A nadie se le puede perseguir por lo que aparenta”, dijo. ARENA presentará hoy ésta y otras propuestas al gabinete de seguridad.”

²³³ Noticia publicada por el periódico La Prensa Gráfica, fecha 03 de enero de 2011, autor: Amílcar Mejía, titulada: FUSADES quiere debatir ley de estado de peligrosidad, disponible en internet: <http://www.laprensagrafica.com/el-salvador/politica/162098-fusades-sugiere-debatir-ley-estado-de-peligrosidad.html> página web consultada el día 09 de agosto de 2011. “Habrà, sin embargo, que definir con claridad cuáles son las conductas que sin ser delitos o faltas se consideran peligrosas para el conglomerado social”, plantea la entidad a través de un informe elaborado por su Departamento de Estudios Legales. Señala el estudio que las conductas que serían objeto de la ley deben tener un carácter marcadamente “antisocial, inmoral o dañosa, revelando un estado peligroso y ofreciendo riesgos inminentes para los individuos”. De acuerdo con FUSADES, el ámbito de las “conductas peligrosas” es una de las áreas menos tratada por la legislación penal salvadoreña y sería oportuno iniciar una reflexión al respecto. Añade que una acción más clara del Estado en esta materia probablemente “hubiera evitado la propagación de grupos claramente antisociales, que constituyen en sí mismos un peligro para los demás: huelepegas, miembros de pandillas, prostitución abierta y conductas amenazantes, entre otros”.

instituciones públicas, ya que ni siquiera se cumplen las medidas de seguridad de internamiento de forma debida. Ya no digamos las medidas pre-delictuales, que se podrían utilizar para criminalizar personas en lugar de criminalizar conductas como ha sucedido anteriormente.

El análisis doctrinario realizado en este apartado nos servirá al momento de estudiar con mayor detalle la Ejecución de las Medidas de Seguridad en El Salvador, en especial las medidas de internamiento.

3.3.-Consideraciones sobre las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad

A nuestro juicio la Ejecución de las Penas y Medidas inicia cuando el Tribunal de Sentencia, por regla general, o el Juez de Paz, excepcionalmente, dictan sentencia condenatoria, en este momento los juzgadores deben tomar decisiones sobre la determinación judicial de la pena. Sin profundizar en este tema que es parte de la dogmática penal, y teniendo en cuenta que nuestro análisis es político-criminal, debemos hacer ciertas consideraciones al respecto.

La primera consideración es que por mandato constitucional únicamente se puede imponer una pena o medida de seguridad, después de haber oído y vencido en juicio a las personas a quienes se les impute la comisión de delitos o faltas. En el proceso penal, entonces se debe comprobar la existencia de un injusto criminal, la autoría o participación del imputado, más allá de la duda razonable, y finalmente se realiza una valoración sobre la capacidad de Culpabilidad. De esta última valoración depende el tipo de pena imponer y la dosimetría de la misma, si la pena de prisión en abstracto es menor a tres años operan instituciones como el reemplazo de la pena, la

sustitución de la pena, la suspensión condicional de la ejecución de la pena o perdón judicial.

Sobre estos mecanismos, regulados en el código penal como formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad del artículo 74 al 92-A C.P., debemos manifestar que proceden únicamente para los delitos menos graves, es decir los sancionados con pena de prisión cuyo límite máximo exceda de tres años según el Art. 18 inc. 2° C.P.,

El reemplazo de la pena opera en las penas de prisión de 6 meses a un año, mientras que la sustitución opera para las penas de prisión superiores a un año e inferiores a tres años. La suspensión condicional de la ejecución de la pena opera de manera en defecto de las anteriores formas sustitutivas, en los casos en que la pena sea inconveniente o innecesaria, teniendo también el requisito de que el beneficiario haya cancelado las obligaciones derivadas de la responsabilidad civil del delito consignadas en la sentencia condenatoria, garantice su cumplimiento o pruebe la imposibilidad de pagar.

Otra forma sustitutiva es el perdón judicial que se fundamenta básicamente en la pena natural, según el artículo 82 C.P. opera:

“Cuando el hecho ha tenido para el autor, o para las personas mencionadas en el artículo anterior, o para personas afectivamente vinculadas al mismo o para su patrimonio, consecuencias lesivas de considerable gravedad y que, conforme a las circunstancias constituyen suficiente motivación para su conducta, el juez o tribunal podrá dejar sin efecto la pena de prisión que no supere los tres años.”

La última de las formas sustitutivas es la libertad condicional, y por consiguiente la libertad condicional anticipada, pero analizaremos esta institución posteriormente debido a que es competencia del juez de vigilancia penitenciaria otorgar dicho beneficio penitenciario.

En nuestra opinión las formas sustitutivas de la Ejecución de la pena de prisión tienen su fundamento político-criminal en la utilidad de la pena,

debido a que muchas penas cortas producen efectos negativos al delincuente impidiendo su rehabilitación. De esta forma al sustituir la pena de prisión por trabajo de utilidad pública o multa, imposición de reglas de conducta, la obligación de terminar la escolaridad primaria y aprender un oficio, se opta por medidas que en teoría tienen carácter positivo, en comparación con la prisión.

No podemos evitar mencionar que en el proceso de contrarreforma penal se trató de limitar la aplicación de las formas sustitutivas al adicionarse el artículo 92-A al código penal, en el cual se limitan los beneficios de libertad condicional a los reincidentes, lo cual consideramos inconstitucional atendiendo a nuestro comentario sobre la reincidencia realizado en capítulos anteriores. Analizando la reforma podemos ver cómo se ha tratado no sólo de aumentar el número de condenas, sino cómo se ha tratado de evitar legalmente que los internos “gocen” de beneficios penitenciarios, lo cual a nuestro parecer es contradictorio teniendo en cuenta las condiciones de hacinamiento del Sistema Penitenciario salvadoreño.

De la misma forma, al aumentar la pena de prisión de varios delitos, que antes tenían un máximo de tres años, se imposibilitó poder utilizar los mecanismos antes expuestos. A pesar que se ha comprobado que las penas cortas tienen efectos contraproducentes en el interno.

3.4.-Estructura del Sistema Penitenciario Salvadoreño

Anteriormente afirmamos que la Constitución de la República no establece regulación detallada sobre el Sistema Penitenciario, además de las directrices generales reguladas en los artículos 27 y 172 antes estudiados. La deficiencia a nuestro parecer es significativa debido a que no se menciona en la Ley Primaria que debe existir una ley especial que regule al Sistema Penitenciario, como en otros casos sí se menciona, tampoco se reconoce la

doble vía de reacción penal, ni los fundamentos de las penas y medidas de seguridad de manera expresa.

A pesar de lo anterior, tanto el código penal como la Ley Penitenciaria desarrollan disposiciones relacionadas con la Ejecución de las penas y las medidas de seguridad, el primero estableciendo los tipos de penas, la duración de las mismas, los parámetros para la determinación judicial de la pena, las formas sustitutivas y por supuesto el ámbito de juego de cada delito o falta, mientras que en la Ley Penitenciaria se regulan las competencias de los jueces de vigilancia penitenciaria y de ejecución de la pena, los departamentos de prueba y libertad asistida, así como las competencias de las instituciones administrativas que tienen competencias en la ejecución de penas y medidas. En este apartado mencionaremos dichas disposiciones y analizaremos los fundamentos político-criminales de tal normativa, comparando la legislación actual con la legislación anterior.

3.4.1.-Instituciones públicas competentes en materia de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad

En la Ley Penitenciaria que entró en vigencia en 1998 se organiza la estructura del Sistema Penitenciario de forma coordinada entre el Órgano Ejecutivo y el Órgano Judicial, desarrollando el precepto constitucional prescrito en el artículo 172 Cn.

Mientras existen Jueces y Cámaras de Vigilancia Penitenciaria Ejecución de la Pena (JVP),²³⁴ y Departamentos de Prueba y Libertad Asistida (DEPLA) siendo ambos dependencia de la Corte Suprema de Justicia, también existen

²³⁴ Actualmente sólo existen 10 juzgados de vigilancia penitenciaria en el país, 2 en San Salvador, 2 en Santa Ana, 2 en San Miguel, y 1 en Chalatenango, Usulután, Cuscatlán y San Vicente. También existen 4 juzgados de Ejecución de Medidas al menor, 2 en San Salvador, y 1 en Santa Ana y San Miguel. No se crearon Cámaras de Segunda Instancia.

organismos administrativos como la Dirección General de Centros Penales, El Consejo Criminológico Nacional, Los Consejos Criminológicos Regionales, los Equipos Técnicos Criminológicos y La Escuela Penitenciaria que dependen todos del Órgano Ejecutivo.

Al Director General de Centros Penales le corresponde labores eminentemente administrativas: nombramiento y contratación del personal de todas sus dependencias, traslados, ascensos, refrendas, destituciones, presentar proyecto de presupuesto, autorizar reglamentos de los centros penitenciarios (competencias del Director General de Centros Penales, Art. 21, 22 L.Pen.).

El Consejo Criminológico Nacional tiene como finalidad de determinar las diversas clases de tratamientos a los internos, entre sus funciones están: proponer a la DGP planes de trabajo para mejorar el funcionamiento de los centros penitenciarios, realizar estudios que en materia penitenciaria le soliciten el Ministro respectivo o el Director General de Centros Penales, Conocer impugnaciones de sus subordinados en cargo, Participar en la elaboración del Programa de Estudio de la Escuela Penitenciaria, entre otras, Arts. 29 y 30 L. Pen.

Los Consejos Criminológicos Regionales tienen funciones más concretas, como: la determinación inicial de los internos, el régimen de ejecución de la penas y medidas de seguridad y el tratamiento a cada interno según sus necesidades, proponer al JVP la concesión del beneficio de libertad condicional anticipada a favor de los internos que cumplan los requisitos, entre otras, Art. 32 L. Pen.

Finalmente los Equipos Técnicos Criminológicos son los que están más de cerca del tratamiento de los internos, entre las facultades asignadas a los mismos tenemos: realizar evaluaciones periódicas a los internos, proponer a

los consejos criminológicos regionales la ubicación de los internos en las fases del régimen penitenciario, presentar el plan de trabajo anual al Consejo Criminológico Regional respectivo, coordinar y asesorar con la oficina ocupacional del centro penal actividades que permitan la reinserción de los internos a la vida productiva, Art. 31-A L.Pen.

La Escuela Penitenciaria por su parte tiene como función la capacitación del personal penitenciario. Para ser aspirante a empleado penitenciario es requisito haber cursado y aprobado los estudios impartidos por la Escuela. Por esta razón consideramos que el uso de efectivos de la Fuerza Armada es ilegal, pero nos referiremos a esto con mayor detalle en apartados posteriores.

Por disposición constitucional, Art. 172 Cn., se atribuye al Órgano Judicial la ejecución de las penas y las medidas de seguridad, cumpliendo los organismos administrativos, como los Concejos Criminológicos, sus funciones como auxiliares del Órgano Judicial. De esta forma inclusive los traslados de internos deben ser autorizados por los JVPEN en la concepción inicial de la L.Pen., posterior a las reformas se le quita esta atribución a los jueces pero aún así se puede acudir ante los mismos por medio de la queja y los recursos contemplados en la ley.

Entre las funciones esenciales los jueces de vigilancia penitenciaria está el control de las actuaciones de los funcionarios administrativos, garantizando la vigencia de los derechos de los internos, controlando tanto a los internos condenados como a los detenidos que están bajo prisión preventiva, el control de las reglas de conducta de los sometidos a libertad condicional y libertad condicional anticipada, realizar el cómputo de la pena, recibir quejas de los internos, resolver los diferentes incidentes que se presenten en la ejecución de las penas y medidas, habilitar los derechos a los internos en algunos casos, otorgar la suspensión de la ejecución de la pena, declarar la

extinción de la pena, realizar visitas periódicas a los centros penitenciarios, así como procurar que se cumpla la Ley Penitenciaria en la Ejecución de las Penas y Medidas de Seguridad. Arts. 37, 38 y 39 L. Pen.

De esta forma la Ejecución de la Pena y de las Medidas se realiza en dos etapas, primero en la Determinación Legislativa de la pena, en la etapa de la creación de la ley penal, posteriormente el Tribunal de Sentencia, o el Juez de Paz, según sea el caso, en la sentencia condenatoria realiza la Determinación Judicial de la Pena, en base a los artículos 62-73 C.P. Mientras que no se contempla la denominada determinación administrativa de la pena (también llamada determinación penitenciaria de la pena) como ocurre en países como Perú por ejemplo, ya que al Órgano Ejecutivo le corresponde colaborar con el Órgano Judicial en la Ejecución de Penas y Medidas. De forma tal que la concesión de beneficios penitenciarios también compete al Órgano Judicial, mientras que al Órgano Ejecutivo le compete la progresión en las fases penitenciarias y los informes favorables o desfavorables para otorgar un beneficio penitenciario.

En cuanto a las competencias del Juez de Vigilancia Penitenciaria es menester realizar un análisis con mayor detenimiento debido a la importancia del mismo. Tratando de clasificar las funciones o atribuciones del mismo podemos dividirlos en cuatro grandes campos: competencias en materia de ejecución de penas, competencias en materia de ejecución de medidas de seguridad, atribuciones administrativas y competencias en materia de los denominados beneficios penitenciarios.

En el primer grupo podemos clasificar las competencias que van desde realizar el cómputo de la pena, resolver las quejas, y los incidentes de los artículo 45 de la L.Pen., declarar la extinción de la pena en los casos del artículo 96 del código penal, realizar visitar periódicas a los centros penitenciarios, ordenar la libertad por el cumplimiento de la condena,

controlar el cumplimiento de las penas no privativas de libertad, vigilar que la detención provisional no se vuelva pena anticipada y la rehabilitación de los derechos de ciudadano específicamente para los condenados por delito, es decir únicamente los derechos contenidos en el artículo 72, en el caso del artículo 75 numeral segundo de la Constitución y no así en los numerales 1, 3, 4 y 5 de dicho artículo, la rehabilitación está regulada en los artículos 109-133 del código penal.

En el segundo grupo podemos clasificar las facultades de control de las medidas de seguridad, la fijación, modificación o suspensión de las mismas. Según el artículo 52 de la L.Pen., deberá examinar de oficio el mantenimiento o la suspensión de las mismas, sin perjuicio de hacerlo en cualquier momento.

En el tercer grupo podemos clasificar la función de resolver por vía de recurso, una vez agotada la vía administrativa, acerca de la ubicación de los internos en los Centros Penales.

En el cuarto grupo podemos incorporar las atribuciones de acordar la libertad condicional y revocar dicho beneficio, otorgar o denegar la suspensión extraordinaria de la ejecución de la pena, controlar el cumplimiento de las reglas de conducta o condiciones de alguna de las formas sustitutivas de la ejecución de pena de prisión así como de la suspensión condicional del procedimiento a prueba (*Probation*), resolver los incidentes contemplados en el artículo 46 de la L.Pen.

El departamento de prueba y libertad asistida es una institución dependiente del Órgano Judicial, formada por un cuerpo de inspectores y asistentes de prueba, que serán nombrados por la Corte Suprema de Justicia. Dicho departamento tiene un jefe que debe llenar los requisitos de un Juez de primera instancia. Las competencias de dicho departamento son

básicamente colaborar con los jueces de vigilancia penitenciaria “en las tareas de control de las condiciones o reglas de conducta impuestas en los casos de suspensión condicional del procedimiento penal, medidas de seguridad, libertad condicional, suspensión condicional de la ejecución de la pena en cualquiera de sus formas y el cumplimiento de penas que no implican privación de libertad”, según los artículos 39 de la Ley Penitenciaria y 121 a, b, c y d de la Ley Orgánica Judicial.

Además el Ministerio Público tiene competencias en materia de Ejecución de la Pena, tanto la Fiscalía General de la República, como la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos (que en nuestro país es parte del Ministerio Público), las funciones del Ministerio Público sólo se limita a actuar en los incidentes que se susciten en la ejecución de penas y medidas, así como en la aplicación de la detención provisional.

3.4.2.-El Sistema Penitenciario en El Salvador

Sin ánimos de hacer un análisis exhaustivo sobre la temática, a lo largo de la historia en la Ejecución de Penas y Medidas podemos encontrar diferentes sistemas penitenciarios, en el presente nos referiremos a los que consideramos revisten mayor importancia para nuestra investigación.

En el siglo XVIII inicia el auge del sistema celular, citando la opinión de MILLARES podemos comprender las razones de la existencia dicho régimen:

“Es en 1779 cuando Howard publica su obra ***El estado de las prisiones en Inglaterra y Gales*** (1773), en la que denuncia la situación de las cárceles y «casas de trabajo» a la vez que propone todo el conjunto de reglas sanitarias, disciplinarias y religiosas en que se ha de basar la reforma. La disciplina tiene como principal motivo erradicar la corrupción y el desorden de las prisiones. Así, la primera medida que se establece es la separación de los reclusos mediante su clasificación por sexo y edad, para después colocarlos en régimen de aislamiento celular parcial, es decir: trabajo en común, pero en silencio, y separación por la noche, cada uno en su propia celda.

El aislamiento celular, aparte de evitar la relación, la concupiscencia y el desorden, permite al recluso **la reflexión** de su acto criminal y de su vida desordenada a través de la introspección hasta llegar al arrepentimiento. La base ideológico-religiosa de la universalidad del pecado lleva a Howard a considerar que todos somos pecadores y tanto el delincuente como el no delincuente tienen algo de que arrepentirse. Así, el Estado ha de preocuparse también por los delincuentes, les ha de conceder credibilidad. De ahí surge la preocupación fundamental de los reformadores posteriores: la legitimidad de la nueva pena propuesta. Es necesario que la segregación celular en un penitenciario para reflexión y arrepentimiento sea legitimada no sólo por el Estado sino también por la población, que sea efectivamente humana y moral, que revista eficacia a ojos de los posibles delincuentes y a ojos de los que han sido ofendidos por el delito.”²³⁵

El autor nos explica que el surgimiento del sistema celular está influenciado indirectamente por las ideas de John Howard, las cuales surgen como respuesta a los problemas de la desorganización en el cumplimiento de la pena de prisión. Pero paradójicamente es en América del Norte donde dichas ideas tienen aplicación práctica.

Cronológicamente el primer sistema penitenciario se implementó en Pensilvania, el mismo también es denominado como sistema de Filadelfia, se caracteriza por ser un sistema de aislamiento total entre los internos. Nace en la época post-colonial en Estados Unidos en la década de 1790, teniendo

²³⁵ MIRALLES, Teresa, *El control formal: las cárceles*, en BERGALLI, R., *El Pensamiento Criminológico, un análisis crítico*, T. II, Editorial TEMIS, Bogotá, 1983. Págs. 98-99. “La discusión que se despliega en Inglaterra durante casi un siglo girará en torno a la eficacia y legitimidad del aislamiento celular y a la posibilidad o no de reforma del delincuente. En varias ocasiones el aislamiento celular preferido es el total: diurno y nocturno. Compaginada con el aislamiento se exige la necesidad de actividad laboral del preso, realizada sea con sus propias manos, sea con el auxilio de herramientas muy toscas. En Inglaterra la reforma no fue lineal, sino que se realizó parcial y paulatinamente y hasta con retrocesos, de modo que sólo a mediados del siglo **XIX** podemos decir que se establece definitivamente el penitenciario. En este país la prisión que nace es ya el producto de la reforma reformada (Fitzgerald y Sim, 1979). El sistema celular se institucionaliza primero en la nueva sociedad norteamericana, que al romper con su pasado colonial se ve a sí misma no sólo sujeta a distintos peligros sociales, sino también con capacidad para proporcionar al individuo grandes oportunidades (Del Olmo, 1979). Es en Pensilvania donde se plasma el modelo celular completo o sistema de Filadelfia, que presupone el aislamiento total nocturno y diurno.”

fuerzas influencias religiosas, de hecho su denominación está relacionada con William Penn, fundador de Pennsylvania, quien era miembro de la Sociedad religiosa de los Amigos, conocidos como cuáqueros. Quien fuera encarcelado en Inglaterra por sus creencias religiosas, por lo cual tras comprar tierras a los aborígenes norteamericanos fundó un poblado llamado Philadelphia pero en dicho territorio modificó la ley británica antes de la revolución estadounidense. Podemos explicar estos acontecimientos con mayor propiedad citamos al estadounidense JOHNSTON profesor emérito de Sociología de la Universidad de Arcadia, Pennsylvania:

“Penn, quien había sido confinado en Inglaterra por sus creencias cuáqueras, abolió el severo código criminal del duque de York el cual estaba en efecto en otras partes de las colonias británicas de América del Norte, entre otras ofensas, la pena de muerte fue aplicada al homicidio, negar la verdad de dios, actos homosexuales y secuestro. Severos castigos físicos fueron utilizados por lo que fue considerado como crímenes menores. El código inspirado en el cuaquerismo abolió la pena de muerte para todos los crímenes a excepción del homicidio, usando en lugar de ello la prisión con trabajos y sanciones pecuniarias. La ley no conminaba a severas penas por ofensas sexuales: “profanar la cama matrimonial” era castigado por el látigo además de un año de prisión en la primera ofensa, cadena perpetua la segunda ocasión.

Luego de la muerte de Penn, las facciones conservadoras en la colonia Americana y en Inglaterra reintrodujeron muchos de las más sanguinarios castigos. Para 1780, castigos como la picota humana y la horca eran ejecutados en público. Un relato sobre una ejecución ese año cuenta cómo dos prisioneros “eran llevados en medio de una multitud de espectadores” ellos caminaban cerca de un carruaje en el cual habían dos cofres y una escalera, etc., cada uno tenía una cuerda sobre su cuello y sus brazos estaban atados en sus espaldas” ambos colgaban en los comedores de esa ciudad [Pennsylvania] cerca de la 1 de la tarde”²³⁶

²³⁶ Artículo publicado por el PhD JOHNSTON, Norman, Broad miembro emérito de la Junta Ejecutiva de la Pennsylvania Prison Society, titulado: *Prison Reform in Pennsylvania*, disponible en internet en la página oficial de dicha institución: <http://www.prisonersociety.org/about/history.shtml> página web consultada el día: 11 de octubre de 2011, párrafo 2. Penn, who himself had been confined in England for his Quaker beliefs, abolished the Duke of York’s severe criminal code which was in effect in other

Situándonos en dicha realidad podemos ver cómo la pena de prisión nace como sustitución de las penas infamantes, corporales y la pena de muerte, pero después de la muerte de Penn Inglaterra restableció dichas penas, lo cual fue un retroceso en materia estrictamente penitenciaria. En este contexto y debido a la revolución estadounidense de 1775-1783, después de restablecida la paz, se realizan reformas a la ley británica, el mismo autor nos continúa explicando:

“Luego de la paz en 1783, un grupo de prominentes ciudadanos guiados por Benjamín Franklin, Benjamín Rush y otros organizaron un movimiento para reformar el riguroso código penal de 1718. La nueva ley sustituyó el trabajo público en lugar de los castigos previos. Pero la reacción contra la exposición pública de los presidiarios en las calles de la ciudad y las condiciones vergonzosas de la prisión de la calle Walnut llevaron a la formación en 1787 de la Philadelphia Society for Alleviating the Miseries of Public Prisons, (un nombre que se mantuvo por 100 años, tiempo en el que se volvió La Pennsylvania Prison Society), la primera de dichas sociedades en el mundo. Miembros de la Sociedad estaban horrorizados por lo que habían aprendido de la nueva prisión de la calle Walnut y el año siguiente presentaron a la legislatura estatal un reporte de sus investigaciones de las condiciones y recomendaban confinamiento solitario con trabajo duro como remedio así como una estrategia de reforma.

Un acta de 1790 provocó una completa reforma en las prisiones y autorizó la construcción de una penitenciaría con 16 celdas, que sería construida en el patio de la prisión para llevar a confinamiento solitario con trabajo para los “criminales feroces

parts of British North America, where, among other offenses, the penalty of death was applied for murder, denying "the true God," homosexual acts and kidnapping. Severe physical punishments were used for what were considered lesser crimes. Pennsylvania's Quaker-inspired code abolished the death penalty for all crimes except murder, using instead imprisonment with labor and fines. The law did call for severe penalties for sexual offenses: "defiling the marriage bed" was to be punished by whipping plus a one year sentence for the first offense, life imprisonment for the second. Upon Penn's death, conservative factions in the American colony and in England reintroduced many of the more sanguinary punishments. As late as 1780, punishments such as the pillory and hanging were carried out in public. An account of an execution that year related how two prisoners "were taken out amidst a crowd of spectators, they walked after a cart in which were two coffins and a ladder, etc., each had a rope about his neck and their arms tied behind [sic] them, they were both hanged in the commons of this city [Philadelphia] abt. [sic.] 1 o'clock.”

incoregibles” La prisión de la calle Walnut, por la misma legislación, se volvió la primer prisión en Pennsylvania. Después de 1790, la cárcel de la calle Walnut se volvió un lugar de interés turístico, separando a los distintos tipos de prisioneros y talleres suministrando instrucción útil sobre el comercio. Los viejos abusos y la ociosidad parecían haberse eliminado, pero cuando la prisión de la calle Walnut se volvió estatal y con el rápido incremento de la población de Philadelphia, como su predecesor, se volvió intolerablemente abarrotada. Los cuartos largos, de 5 metros y medio por lado, todavía albergaban la mayoría de los prisioneros, para 1795 habían entre 30 y 40 ocupantes en cada cuarto.”²³⁷

El autor explica tanto el auge como la decadencia de dicho sistema, a pesar de que es bastante benévolo con las valoraciones al respecto al no enunciar los métodos utilizados para mantener la disciplina dentro de los centros penitenciarios, talvez por ser miembro de la Pennsylvania Prison Society.

Posteriormente al sistema de Philadelphia, y teniendo en cuenta la decadencia del mismo, se implementa en Auburn, Nueva York, en 1820, el sistema mixto, que siempre se fundamenta en la división celular, pero esta división es únicamente nocturna ya que el trabajo realizado en el día se

²³⁷ *Ibidem*. Párrafo 6-7. “After the peace of 1783, a group of prominent citizens led by Benjamin Franklin, Benjamin Rush and others organized a movement to reform the harsh penal code of 1718. The new law substituted public labor for the previous severe punishments. But reaction against the public display of convicts on the streets of the city and the disgraceful conditions in the Walnut Street jail led to the formation in 1787 of the Philadelphia Society for Alleviating the Miseries of Public Prisons, (a name it retained for 100 years, at which time it became The Pennsylvania Prison Society), the first of such societies in the world. Members of the Society were appalled by what they learned about the new Walnut Street prison and the next year presented to the state legislature an account of their investigations of conditions and recommended solitary confinement at hard labor as a remedy and reformatory strategy. An act of 1790 brought about sweeping reforms in the prison and authorized a penitentiary house with 16 cells to be built in the yard of the jail to carry out solitary confinement with labor for "hardened atrocious offenders." Walnut Street Jail, by the same legislation, became the first state prison in Pennsylvania. Following 1790, the Walnut Street jail became a showplace, with separation of different sorts of prisoners and workshops providing useful trade instruction. The old abuses and idleness seemed eliminated, but with Walnut Street now a state prison and the population of Philadelphia increasing rapidly, it, like its predecessor, became intolerably crowded. The large rooms, 18 feet square, which still housed most of the prisoners, by 1795 had between 30 and 40 occupants each.”

realiza de forma conjunta, por esta razón también se denomina a este sistema como celular mixto, como medidas para mantener la disciplina se realizan todas las actividades bajo estrictas reglas de silencio absoluto. En este mismo sentido la descripción de FOUCAULT sobre el sistema de Auburn:

“El modelo de Auburn prescribe la celda individual durante la noche, el trabajo y las comidas en común, pero bajo la regla del silencio absoluto, no pudiendo hablar los detenidos más que a los guardianes, con su permiso y en voz baja. Referencia clara al modelo monástico; referencia también a la disciplina de taller. La prisión debe ser un microcosmo de una sociedad perfecta donde los individuos se hallan aislados en su existencia moral, pero donde su reunión se efectúa en un encuadramiento jerárquico estricto, sin relación lateral, no pudiendo hacerse la comunicación más que en el sentido de la vertical. Ventaja del sistema auburniano según sus partidarios: es una repetición de la sociedad misma. La coacción está asegurada en él por medios materiales pero sobre todo por una regla que hay que aprender a respetar y que está garantizada por una vigilancia y unos castigos. Más que tener a los condenados "bajo cerrojos como la fiera en su jaula", hay que reunirlos con los demás, "hacerlos participar en común en ejercicios útiles, obligarlos en común a buenos hábitos, previniendo el contagio moral por medio de una vigilancia activa, manteniendo el recogimiento por la regla del silencio". Esta regla habitúa al detenido a "considerar la ley como un precepto sagrado cuya infracción acarrea un daño justo y legítimo.”²³⁸

Entre los acontecimientos que provocaron el cambio del sistema de Philadelphia, aparte de las mencionadas anteriormente por el autor citado, debemos mencionar el factor económico. Es decir que se implementó el sistema celular mixto debido al alto costo del sistema anterior, que impedía

²³⁸ FOUCAULT, M., *Vigilar y Castigar: nacimiento de la prisión*, traducción de Aurelio Garzón del Camino, Siglo XXI Editores, 1ª Reimpresión, Buenos Aires, 2002. Págs. 240-241. “Así, este juego del aislamiento, de la reunión sin comunicación y de la ley garantizada por un control ininterrumpido, debe readaptar al criminal como individuo social: lo educa para una "actividad útil y resignada"(envía a: A. E. de Gasparin, *Rapport au ministre de l'Intérieur sur la réforme des prisons*); le restituye "unos hábitos desociabilidad (envía a: E. de Beaumont y A. de Tocqueville, *Du système pénal aux États-Unis*, ed. de 1845, p.112.)”

realizar trabajo productivo por la misma secularización, habida cuenta del proceso de división del trabajo que ya era una forma de organización fabril.

Anteriormente mencionamos que el autor estadounidense únicamente exponía lo positivo del sistema de Philadelphia, pero no mencionaba nada sobre la disciplina, a continuación mencionamos algunas ideas generales sobre la forma en que se mantenía el control en ambos sistemas celulares, para lo cual citaremos nuevamente la opinión de MILLARES:

“Cuando falla la disciplina por sí sola, el sistema de Filadelfia pone en funcionamiento nuevas formas de sumisión basadas en la violencia física: duchas heladas para los agitadores, mordazas y horcas de hierro para los indomables. Según Sellin (1944) la inspiración técnico-disciplinaria que crea estos objetos no tiene como objetivo aumentar el sufrimiento, sino constreñir mecánicamente a modelar el cuerpo y el espíritu en el régimen disciplinario impuesto. «Estos medios de la nueva ciencia pedagógica burguesa son los mismos instrumentos con que se domestica a ciertos animales y se civiliza a los salvajes» (Melossi y Pavarini, 1977, página 213). A su vez, la disciplina del sistema de Auburn, con la asociación diurna y la separación nocturna, se elabora sobre un compromiso: por un lado permanecen las instancias pedagógico-educativas del sistema filadelfiano, por el otro se asienta en la nueva obsesión reformadora: el trabajo productivo. Así se formula el eje disciplinario: «la asociación diurna para una producción industrial máxima y el sistema del silencio nocturno para la prevención máxima de contaminación» (Melossi y Pavarini, 1977, p. 217).”²³⁹

Además de las consideraciones anteriores es necesario referirnos a los efectos negativos del aislamiento celular, entre los que podemos mencionar

²³⁹ MILLARES, *Obra Citada*, Pág. 101. “organización y gestión de la vida colectiva. De tal modo, bajo esta premisa se pone un extraordinario énfasis en una rutina ordenada. Los condenados, para que puedan ser corregidos, deben observar una absoluta obediencia. Así pues, con la rutina diaria de trabajo duro y constante se eliminará la pereza de estos individuos, que es «parte, síntoma y causa de su conducta desviada»); la disciplina más eficaz será, pues, la que supone un constante esfuerzo. A su vez los funcionarios deben cumplir los objetivos de separación, obediencia y trabajo y para ello tienen que establecer una rutina total (Rothman, 1971, p. 319). (...) La instrucción religiosa es, en ambos modelos, el instrumento privilegiado de la retórica del sometimiento. El mostrar señales tangibles de arrepentimiento equivale a dar prueba de estarse reformando, o sea, de progresar en el proceso reeducativo. Dentro de esta óptica, la práctica religiosa pasa a ser en realidad una práctica administrativa, «el mismo capellán debe rendir cuentas a la administración del estado religioso de los reclusos a él sometidos» (Ignatieff, 1978).”

el empeoramiento de las condiciones de los reclusos causadas por el aislamiento y el silencio, que no contribuyen a mejorar a los reclusos sino todo lo contrario. El italiano PAVARINI retrata dichos sistemas de la siguiente forma:

“(…) Por lo demás, aún si se quiere juzgar la efectividad de esta experiencia, se debe registrar la derrota, la inidoneidad del medio en relación al fin: la institución fundada en el principio del Sylent System nunca produjo hombres más útiles (MELOSSI, PAVARINI, 1977: 222 y ss.).”²⁴⁰

Hasta ahora hemos estudiado en líneas generales los sistemas celulares, el auge y la caída de los mismos, ahora analizaremos al sistema progresivo que es implementado en El Salvador.

Conforme pasa el tiempo las cárceles organizadas bajo el viejo sistema celular tienden a perder tanto la legitimidad en el plano de la teoría como en la práctica, se vuelven lugares con altos niveles de hacinamiento, por lo cual se tergiversa la idea inicial de aislamiento y no es una institución sostenible económicamente.

²⁴⁰ PAVARINI, Massimo, *El orden carcelario: apuntes para una historia material de la pena*, en MAIER, Julio, B., y Binder, Alberto M. (comps.), *El Derecho Penal Hoy. Homenaje al Prof. David Baigún*, Editores del Puerto, Buenos Aires 1995. Págs. 572-573. “La antigua hipótesis penitenciaria canónica del ergastulum (MABÍLLON, 1724) revive, así, en la invención cuáquera a través de formas aún más exasperadas: “en esta celda cerrada, sepulcro provisorio, los mitos de la resurrección toman cuerpo fácilmente” (FOUCAULT, 1975: 261). Se trata del recurrente sueño benthamiano que intenta materializarse. La fuerza de esta invención no reside en los resultados, sino en su necesidad, en el ofrecerse históricamente como la única vía posible para afrontar el desorden social. Es, en efecto, el mismo principio de autoridad que reina en el proceso productivo el que asume las semblanzas de necesidad técnica: y es esta misma necesidad la que termina por presidir todas las otras organizaciones sociales, incluso el universo de la pena. Una autoridad invisible, entonces, que nace “automáticamente” del correcto funcionamiento de un organismo social que se autoregula. Incluso a costa de no lograrlo, justamente porque no es posible de otro modo. Un juicio no muy diferente merece también la otra clásica variante del Penitentiary System. Nada de radicalmente contrapuesto al Solitary Confinement, como, en cambio, quisieron entender los reformistas de la época. Simplemente, habían cambiado las coordenadas sobre las cuales medir los objetivos de una pedagogía utilitarista: la nueva centralidad de las “máquinas que ahorran tiempo” imponía un management, un adiestramiento del hombre a la nueva racionalidad de las mismas (MOHLER, 1924-25: 330-97; JACKSON, 1927-28: 218-690). Necesidad, entonces, de poner también el cuerpo del detenido en el interior de la realidad del trabajo organizado: de allí, trabajo en común durante el día en la prisión-taller y aislamiento celular en las horas nocturnas. Una vez más, la realidad histórica nos puede enseñar algo sólo en su dimensión metafórica.”

“Cuestiones de distinta importancia y naturaleza convergen desde fines del siglo **XIX**, llevando al fracaso la cárcel como castigo y creando la correspondiente necesidad de un cambio en la política criminal. La cárcel como castigo pierde el apoyo político, social e incluso ideológico que la legitimaba, además de llegar a ser anacrónica -por el cambio en las condiciones estructurales de Europa: el aislamiento celular completo produce un alarmante record de muertes, automutilaciones y suicidios (Ignatieff, 1978), e incluso Marx y Engels en 1845 ya lo habían criticado bajo la consideración de llevar al recluso a la locura (1967). El mismo Estado debe modificar el tipo de control social, ya que en su fase capitalista-imperialista necesita neutralizar la crítica que podría surgir de su propio modelo económico; necesita, pues, «racionalizar las desigualdades por él producidas» (Del Olmo, 1979, p. 22).”²⁴¹

De esta forma cambia el paradigma de la cárcel como castigo atribuyéndose fines de readaptación y reeducación a la pena de prisión. Es en esta coyuntura en la cual se desarrollan los postulados del sistema progresivo. La característica fundamental de dicho sistema es el desarrollo de la ejecución de la pena por fases, así como la clasificación de los Centros Penitenciarios.

Según la explicación doctrinaria de este sistema:

“En el sistema penitenciario progresivo, resultado de la unión del sistema irlandés de Crofton, del celular completo y del Auburn (Linares, 1977), la disciplina llega a abarcar todos los aspectos de actuación del recluso porque es la base de su proceso escalonado hacia la libertad. La graduación por la que va pasando el recluso desde la

²⁴¹ Óp. Cit. MILLARES, *El control formal: las cárceles*, Págs. 103-104. “Es el pensamiento positivista, con el concepto científico de ‘peligrosidad social’), el que hace posible el cambio de orientación de la ideología punitiva, al centrarla en un cambio del individuo. En base a tales presupuestos la cárcel pasa a ser un aparato de transformación del individuo, un «laboratorio» (Melossi y Pavarini, 1977, p. 205), ya que mediante el tratamiento individualizado se crean los mecanismos para «ayudar» al individuo a que quiera «volver a ser libre», a través de la creación de nuevas normas de conducta. El tipo de conducta que la resocialización ha de crear en el individuo (como hemos visto en el primer apartado de este capítulo) es aquella que le lleve a adaptarse a las normas consensuales capitalistas. Se impone, pues, al individuo un método consistente en un tratamiento socio-terapéutico, destacándose en él el aspecto de la reintegración del individuo a la sociedad para que sea útil a la misma por la adquisición de capacidades técnico-laborales-disciplinarias para su integración en el proceso de producción y de consumo. Aspecto, pues, de tipo funcional. Pero al entender que el individuo disidente-infractor”

primera etapa de observación en aislamiento total hasta la última etapa de libertad condicional, pasando por la etapa intermedia de vida laboral, paseos y comidas comunes, está exclusivamente asentada en la calidad de disciplina que ha demostrado, traducida ésta textualmente en «la capacidad que ha logrado demostrar para subordinarse obedientemente a las múltiples normas, vejaciones, insultos, trabajos, delaciones que ha vivido en su condena».²⁴²

En la historia han existido diferentes sistemas progresivos a los cuales no haremos referencia, dedicándonos a caracterizar al sistema progresivo salvadoreño.

El artículo 125 L.Pen., reconoce el sistema progresivo se aplica en El Salvador:

“Características del Tratamiento Penitenciario “La administración penitenciaria, a través del Consejo Criminológico Nacional y los Consejos Criminológicos Regionales, facilitarán a los internos que lo necesiten, la recepción de un tratamiento progresivo, individualizado e integral, que tomará especialmente en cuenta todos los aspectos de la personalidad del interno.”

En cuanto a las Fases del sistema progresivo en El Salvador, la Ley Penitenciaria se regula las siguientes: Fase de adaptación, Fase ordinaria, Fase de Confianza y Fase de Semi-libertad. Art. 95 L.Pen. Mientras que la Libertad condicional como hemos podido ver es un “beneficio penitenciario” que opera cuando se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 85 del código penal:

“1) Que se hayan cumplido las dos terceras partes de la condena impuesta; 2) Que merezca dicho beneficio por haber observado buena conducta, previo informe favorable del Consejo Criminológico Regional; y, 3) Que haya satisfecho las

²⁴² Óp. Cit. MILLARES, pág. 114. “Y esta calidad y cantidad de disciplina se traduce objetivamente en la clasificación del recluso en uno de los tres grados de que consta el sistema progresivo. La primera clasificación y las sucesivas reclasificaciones, avances o retrocesos que hemos visto, traducen únicamente el grado de disciplina demostrada. Es hoy, en la España de 1983, la única tarea que en la cárcel desempeñan los psicólogos y los criminólogos.”

obligaciones civiles provenientes del hecho y determinadas por resolución judicial, garantice satisfactoriamente su cumplimiento o demuestre su imposibilidad de pagar.

Cuando se tratare de concurso real de delitos, además de los requisitos establecidos, procederá la libertad condicional si el condenado hubiere cumplido las dos terceras partes de la totalidad de las penas impuestas.”

En la práctica existen problemas al otorgar los denominados beneficios penitenciarios debido a que la mayoría de los dictámenes de los Consejos Criminológicos Regionales son desfavorables por diferentes razones. Asimismo en algunas ocasiones los jueces de vigilancia penitenciaria no otorgan dichos beneficios a pesar de que se cumplen los requisitos, según la información brindada por un miembro del Departamento de Prueba y Libertad Asistida al cual entrevistamos. En este apartado es importante dejar claro que los beneficios penitenciarios de libertad condicional no son parte de las fases del sistema progresivo.

Realizando una breve descripción de cada una de las fases podemos mencionar que la Fase de Adaptación tiene como objetivo “lograr la adaptación de los internos a las condiciones de vida en el centro al que fueren destinados.” Art. 96. Según el inciso final de dicho artículo la presente Fase no excederá de sesenta días, pero de existir informe negativo del Consejo Criminológico Regional se prolongará por otros seis meses.

En la Fase Ordinaria se cumplen tareas relacionadas con el trabajo obligatorio, salvo que se realicen actividades de estudio. Los horarios de trabajo son de ocho horas al día. Además deberán colaborar en labores de limpieza. Art. 97 L. Pen.

Para ser promovidos a la Fase de Confianza es necesario que se haya cumplido con la tercera parte de la pena y demostrar avances en el desarrollo de la personalidad, Art. 99 L.Pen., para lo cual: “A este fin, se valorarán en conjunto las relaciones del interno con la comunidad

penitenciaria y con el exterior, su predisposición a participar en la vida de su grupo social, la conducta, los progresos demostrados en los programas de instrucción Educativa, su actividad laboral y, en los casos de internos que reciban tratamiento, los resultados producidos en el mismo.”

Aunque por méritos obtenidos en el desarrollo de la fase ordinario el Consejo Criminológico Regional podrá otorgar el ingreso a la Fase de confianza cuando no se haya cumplido los requisitos de la tercera parte de la condena. Básicamente en la Fase de confianza tendrá permiso de salida, mayor libertad ambulatoria, mayor confianza para ejercer cargos de mayor responsabilidad y se le aumentará el número de visitas. Art. 99 inc. 2° L. Pen.

La Fase de semilibertad es otorgada siempre por el Consejo Criminológico Regional una vez el condenado ha cumplido las dos cuartas partes o seis meses antes cumplirse las dos terceras partes de la pena. Art. 100 L. Pen. En esta Fase el interno puede realizar trabajos afuera del centro penitenciario, se les otorgan mayores permisos de salida, mayores posibilidades de visita y se inicia con actividades para facilitar la reinserción, como búsqueda de empleo y vivienda.

La Dirección General de Centros Penitenciarios ha clasificado las primera dos fases, como parte del régimen cerrado. Las estadísticas oficiales hasta el 10 de octubre nos muestran que la cantidad de internos en las primeras dos Fases supera el 90%: Total de condenados: 17,650. Total de internos en régimen cerrado: 95.01%. Total de internos en Fase de Semi-Libertad: 1.35%. Total de internos en Fase de Confianza: 3.64%. El total de internos de las Fases de Semi-Libertad y Confianza son 881.

A primera vista podemos ver que en la práctica es una minoría la que alcanza a ingresar a las fases de semi-libertad y fase de confianza, además de que las condiciones de hacinamiento no permiten que todos los internos gocen de educación y programas de trabajo. Por esta razón manifestamos que el actual sistema progresivo no cumple con las finalidades para las

cuales se ha creado: que son básicamente reeducación y readaptación. Posteriormente analizamos las condiciones de varios centros penitenciarios sobre salud, higiene, seguridad, entre otras condiciones.

A pesar de lo anterior, también existen centros penitenciarios organizados en base a los sistemas celulares, entre los cuales podemos mencionar el Centro Penitenciario de Zacatecoluca y el centro penitenciario de San Francisco Gotera. En el primero de ellos se prohíbe la visita íntima por ley, además de que sólo se les permite a los internos permanecer por una hora al aire libre cada semana.

3.4.3.-Clasificación de los Centros Penitenciarios

La Ley Penitenciaria clasifica a los Centros Penitenciarios en:

- ❖ Centros Penitenciarios de Admisión: en los que se realiza el diagnóstico inicial, dicha duración no podrá exceder de 30 días. En el país no existe ningún Centro de Admisión por lo cual debe dársele cumplimiento al artículo 71 inciso 3°, según el cual: “En las regiones donde no existan Centros de admisión, se harán secciones especiales de admisión, con la debida separación de acuerdo a lo que determine la Dirección General de Centros Penales.”
- ❖ Centros Preventivos: en los que deben permanecer exclusivamente los detenidos provisionalmente aunque en la práctica no se cumple esta disposición legal pues se pueden encontrar varios centros penitenciarios que no dividen los condenados de los procesados. Según las estadísticas oficiales, hasta el 10 de octubre de 2011 el 28.18% de personas que están en los centros penitenciarios son

procesados, mientras el 71.82% sí está cumpliendo pena de prisión.

En El Salvador existen 3 Centros Preventivos: Centro Penitenciario de Sonsonate, Centro Penitenciario de Ilobasco, Centro Penitenciario de La Unión y Centro Preventivo de Jucuapa-Hombres.

- ❖ Centros de Cumplimiento de Penas: los que están destinados para el cumplimiento de la pena de prisión.

Se subdividen en:

1.-Centros Ordinarios: “destinados a alojar a los internos que cumplen penas privativas de libertad de acuerdo con el régimen progresivo”; En El Salvador existen únicamente tres de estos centros: Centro Penitenciario de Usulután, Centro Penitenciario de Sensuntepeque y Penitenciaría Occidental de Santa Ana.

2.-Centros Abiertos: “destinados a aquellos internos que no presentan problemas significativos de inadaptación en los centros ordinarios. Estos gozarán de regímenes penitenciarios basados en la confianza y autogobierno de los internos.” En El Salvador existen dos centros penitenciarios abiertos, uno para hombres y uno para mujeres: Centro Abierto para Hombres: ubicado en la Penitenciaría Central La Esperanza, totalmente separado de los recintos donde guardan prisión los internos en régimen ordinario; y Centro Abierto para Mujeres, ubicado en Santa Tecla. Comenzó a funcionar en año 2000.

3.-Centros de Detención Menor: “destinados al cumplimiento de las penas hasta de un año, el de cumplimiento del resto de condena, en los casos que conforme a las normas del Código Penal se

revoque el beneficio concedido, o se convierta a prisión la pena no privativa de libertad.” Y;

4.-Centros de Seguridad: “destinados a los aquellos internos que presenten problemas de inadaptación extrema en los Centros ordinarios y abiertos, constituyendo un peligro para la seguridad del mismo interno, de los otros internos y demás personas relacionadas con el centro”. En El Salvador existen dos centros de seguridad: 1.- Centro Penitenciario de Zacatecoluca y Centro Penitenciario de San Francisco Gotera.

- ❖ Centros Especiales. Que estarán destinados para la atención y el tratamiento de la salud física mental de los internos. En el país no existe este tipo de centros, pero existen dos pabellones destinados a dichos fines: “1. Hospital Rosales: se atienden a los internos que el tratamiento ambulatorio no es suficiente y ameritan hospitalización. 2. Hospital Psiquiátrico: a este pabellón van aquellos internos que mediante un psicoanálisis se les ha detectado problemas graves de carácter psiquiátrico o psicológico y la atención que se brinda en los recintos penitenciarios, no es suficiente para mejorar estos aspectos.”

La clasificación de los centros penitenciarios está regulada desde el artículo 68 hasta el artículo 80 de la L. Pen. Mientras que en la página oficial de la Dirección General de Centros Penitenciarios se encuentra una descripción de los diferentes Centros Penitenciarios.²⁴³

²⁴³ Disponible en internet: http://www.seguridad.gob.sv/index.php?option=com_content&view=article&id=100:centros-penitenciarios&catid=84:institucion&Itemid=54 página web consultada el día 14 de septiembre de 2011.

Como comentario a la clasificación de centros penitenciarios debemos manifestar que no se sigue la reglamentación legal debido a que existen 10 Centros Penitenciarios “Mixtos”, es decir que en estos centros se cumplen tanto las penas de prisión como la detención provisional, dichos centros son: Centro de Readaptación para Mujeres-Ilopango, Penitenciaría Central “La Esperanza”, Centro de Cumplimiento de Penas de Ciudad Barrios (M-18), Centro Penal de Quezaltepeque (MS), Centro Penal de Metapán, Centro Penal de Apanteos, Centro Penal de Chalatenango, Centro Penal de Berlín, Centro Penal de San Miguel y Penitenciaría Oriental de San Vicente.

Sobre la organización interna de los centros penitenciarios, los mismos deberán estar equipados con: dormitorios individuales o colectivos, enfermerías, clínicas médicas y psicológicas, instalaciones deportivas y recreativas, salas o espacios adecuados para recibir visitas, instalaciones sanitarias adecuadas, escuela, biblioteca y salas de estudio, talleres y lugares de trabajo, habitaciones para visita íntima, comedores, y cualquiera otra instalación necesaria. Art. 69 L. Pen.

Debe existir, además de lo anterior, una separación entre hombres y mujeres, los adultos de dieciocho años de edad deberán estar separados de los adultos mayores a dicha edad, los imputados o condenados por delito doloso deberán estar separados de los condenados por delitos culposos, así también los reincidentes y los no reincidentes. Art. 90. Los adultos menores de 21 años deberán estar divididos, en los centros preventivos, de los adultos mayores de 21 años. Art. 73 L. Pen.

Los traslados deberán ser realizados respetando los derechos de los internos y notificando a los familiares, dichos traslados deberán ser autorizados por el JVP. Art. 91.

3.4.4.-Valoraciones sobre las decisiones político-criminales que inciden en la estructura del Sistema Penitenciario

Como comentario general al sistema penitenciario debemos afirmar que se ha descuidado tanto la organización conforme a la ley de los distintos centros penitenciarios, así como las condiciones de dichos establecimientos. Si analizamos el problema desde su génesis debemos dejar claro que la contrarreforma penal causó un incremento desmedido en la cantidad de condenados, por diversos delitos, pero no se tomaron acciones para enfrentar dicho incremento, por lo cual las condiciones de hacinamiento en el año 2011 son intolerables, esto imposibilita el cumplimiento de la ley tanto en las condiciones del tratamiento penitenciario como en la organización y funcionamiento de los mismos, es decir que existen condiciones favorables para la realización de motines, incendios, revueltas, entre otros acontecimientos, se incumple la obligación de dividir a los condenados de los procesados, a los menores de los mayores, inclusive no se dividen a los que cometieron homicidios de los demás internos, pero analizaremos estos elementos en apartados siguientes, para lo cual utilizaremos como información de campo el informe de la relatoría de la CIDH que hemos citado anteriormente.

Como valoración sobre las decisiones político-criminales en materia penitenciaria debemos manifestar que hasta la fecha no ha existido un tratamiento serio sobre la problemática de la organización de los centros penitenciarios en la historia de El Salvador.

A pesar de que existe un estudio serio sobre el tema que data de 1988 denominado: Estudio Diagnóstico del Sistema Penitenciario de El Salvador realizado por la Unidad Ejecutora y la Comisión Revisora de la Legislación

Salvadoreña, este estudio tiene más valor histórico porque se realizó 10 años antes de la reforma penal en El Salvador. El informe final de dicho estudio tiene 611 páginas, a pesar que actualmente tiene carácter histórico podemos citar un párrafo del mismo para hacer ver que nunca se ha diseñado una Política Criminal en materia penitenciaria:

“Si se aplica la definición de Política como “el conjunto de decisiones, acciones y medidas tomadas por el Estado, a través de sus planes de desarrollo, para obtener objetivos de carácter económico y/o social”, puede afirmarse que en El Salvador sólo ha existido una política criminal tácita en su legislación secundaria, a veces planteada en planes operativos a nivel sectorial, sin formar parte del respectivo plan de desarrollo económico y social. **La ausencia de estas políticas en el Sector Justicia, obliga a las instituciones ejecutoras a enfrentar su problemática con medidas correctivas de carácter tutelar, de control y de internamiento, en el tratamiento del delito y del delincuente.** Varios documentos institucionales aducen que las políticas planeadas no han sido viables por falta de apoyo político y económico, sin destacar que **las mismas han tenido carácter legalista y punitivo**, de acuerdo a teorías tradicionales por parte del Estado, con indiferencia de los niveles de decisión y escasa participación de la sociedad salvadoreña en la atención al problema de la delincuencia.

En estas circunstancias de ausencia de políticas y planes efectivos, de infraestructura física y administrativa adecuadas, así como la desactualizada situación del Sistema de Administración de Justicia, se ha agravado el problema delincencial de El Salvador. Como corolario, **tampoco se ha definido una Política Penitenciaria; cuando se ha dado atención al problema de la delincuencia y al cumplimiento de penas, ello se ha circunscrito a la construcción de centros penales e implantación de algunas medidas incompletas de rehabilitación.**”²⁴⁴

²⁴⁴ Estudio Diagnóstico del Sistema Penitenciario de El Salvador realizado por la Unidad Ejecutora y la Comisión Revisora de la Legislación Salvadoreña. Págs. 133-134. “A pesar de las apreciaciones anteriores, en los dos últimos planes de desarrollo 1981-1983 y 1985-1989, se encuentran políticas fundamentales para elaborar una Política Criminal. La Política Social no se circunscribe a los sectores tradicionales, sino que se fundamenta en el principio constitucional de que la persona humana es origen y fin de la acción estatal, merecedora de justicia, seguridad jurídica, bienestar económico, libertad, salud y cultura: también se propone crear las condiciones para asegurar al individuo la satisfacción de sus necesidades básicas y propender a un desarrollo equilibrado en beneficio de todos.

Tras haber analizado el Programa de Gobierno y el Plan Quinquenal de Desarrollo no podemos manifestar lo contrario, ya que al igual que en las décadas de 1980, 1990 y 2000, no existe una Política Criminal en materia Penitenciaria.

La reforma penal modificó la Filosofía del tratamiento penitenciario, pero no fue acompañada con medidas para que el Sistema Penitenciario pueda cumplir con los lineamientos establecidos por la Ley Penitenciaria, al contrario podemos citar medidas de carácter punitivo y medidas destinadas a aumentar la disciplina en la organización de los centros penitenciarios, pero no existen medidas estructurales que tiendan a resolver la problemática planteada: el incumplimiento de los fines de las penas: reeducación y readaptación, el problema del hacinamiento, el problema del cometimiento de delitos (comprobado en nuestra investigación de campo), el problema de los motines, la falta de cumplimiento de la ley penitenciaria en relación a la clasificación de internos y procesados, el incumplimiento de la división de condenados en razón de la edad y delito cometido, el incumplimiento de la existencia de centros especiales.

Una decisión legislativa que tuvo incidencia en el Sistema Penitenciario es la adhesión del artículo 92-A del código penal, según la cual:

“No se aplicará el artículo 85 a los sujetos reincidentes, habituales, a los que hayan conciliado, antes del nuevo delito, en los últimos cinco años una infracción similar, o a los que pertenezcan a organizaciones ilícitas o con finalidad ilícita, bandas o pandillas criminales, a los que realicen su conducta en grupo de cuatro o más personas, en los casos de delitos que lesionen o pongan en peligro la vida, la integridad personal, la libertad ambulatoria, la libertad sexual o el patrimonio.”

Se fundamenta en la protección de la dignidad humana; comprende la prestación de servicios múltiples, en programas de ayuda y promoción de los derechos económicos, sociales y culturales del individuo. Desde luego, incluye la justicia social, la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad y considera una serie de políticas específicas entre las que se encuentra la de justicia y derechos humanos.”

Esta medida es de carácter punitivo, debido a que en lugar de descongestionar el Sistema Penitenciario se trata de evitar que los condenados gocen de libertad condicional. En las estadísticas hasta el 10 de octubre el porcentaje de reincidentes es de 12.56% (lo que representa aproximadamente 2217 internos).

Entre otras medidas legislativas que también tienen incidencia en la Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad podemos citar algunas reformas de la L. Pen., que tienen como objetivos fundamentales aumentar las medidas disciplinarias:

- ❖ La reforma al artículo 18 y la adhesión del artículo 31-A de la L-Pen., según la cual se crean los Equipos Técnicos Criminológicos. Los cuales tienen competencias de carácter concreto, es decir que están directamente involucrados con la Ejecución de la Pena: al realizar evaluaciones periódicas de los internos y coordinar actividades que permitan la reinserción de los internos en la vida productiva.
- ❖ La adhesión de los artículos 14-A, 14-B, 14-C, 14-D y 14-E que tiene como objetivo controlar el régimen de visitas, así como sancionar a los visitantes que incumplan con las directrices allí señaladas. Esto responde a la realidad de que los visitantes ingresan al centro penitenciario todo tipo de objetos prohibidos por la ley, incluyendo armas. Anteriormente hemos citado información al respecto.
- ❖ La reforma al artículo 23, en virtud de esta reforma se modifica el período de en que el Director General de Centros Penales debe confirmar o revocar el estado de emergencia de tres horas a doce horas. La redacción final es la siguiente:

“Estado de emergencia. Art. 23.- En situación de fuerza mayor, caso fortuito, actos de indisciplina de los internos y desórdenes colectivos, actos de desestabilización como amotinamientos o motines, los directores de centros penitenciarios podrán declarar el estado de emergencia en el centro que dirigen o en algún sector determinado del mismo y suspender o restringir los derechos previstos en los numerales 6, 7, 8, 9 y 10 del Art. 9, por un plazo no mayor de quince días, decisión que estará sujeta a confirmación o revocación de la Dirección General de Centros Penales, en un término no mayor de doce horas. De tal confirmación, se debe informar por escrito o de cualquier forma, inmediatamente, al Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos y a la Fiscalía General de la República.”

- ❖ Se modifica el artículo 25, que regula las ubicaciones de emergencia, aumentando la duración de la misma al modificar el plazo para que se reúna el Consejo Criminológico Regional de tres días máximo a cinco días máximo. De la misma forma se adhiere el artículo 25-Bis, que posibilita el ingreso de miembros de la PNC a los Centros Penitenciarios en estado de emergencia.
- ❖ Se aumenta el plazo para que el Consejo Criminológico Regional rinda el informe en los casos de la Libertad Condicional. Anteriormente el plazo era de 24 horas, pero en la reforma se establece un plazo de 15 días hábiles. La redacción final es la siguiente:

“Art. 51.- El condenado que reuniere los requisitos previstos en el Código Penal, podrá solicitar al Juez de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena se le otorgue la libertad condicional. El Juez de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena deberá promover el incidente de oficio, cuando fuere procedente.

Recibida la solicitud, o de oficio, el Juez de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena, solicitará por el medio que estime conveniente al Consejo Criminológico Regional bajo cuya atención estuviere el condenado, la remisión por cualquier medio de los informes que menciona el Código Penal, Estos informes deberán rendirse en un término perentorio que no excederá de quince

días hábiles siguientes de recibida la solicitud o la actuación de oficio del Juez de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena.”

- ❖ Se modifica el artículo 91 que regula los traslados, quitándole la potestad de autorizar los traslados al Juez de Vigilancia Penitenciaria, previo dictamen favorable del Consejo Criminológico Regional, otorgándole esta potestad a este último organismo, que es parte del Órgano Ejecutivo. Es decir que la potestad de otorgar traslados se le quita al Órgano Judicial y se le da al Órgano Legislativo. La redacción final es la siguiente:

“Los traslados de los internos podrán ser autorizados por el consejo criminológico regional competente, previo dictamen favorables del equipo técnico criminológico asignado por la Dirección General de Centros Penales. El Director General de Centros Penales podrá autorizar traslados de los internos. En todo caso, se deberá comunicar la resolución al Juez de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena, o al Juez de la causa, según el caso, o a la Dirección General de Centros Penales y al Director del Establecimiento Penitenciario.”

- ❖ La reforma al artículo 93, que permite el auxilio policial en la práctica de registro y requisas, así como la disposición de objetos de valor prohibidos en los centros penitenciarios.
- ❖ La reforma al artículo 103 inciso primero, numeral 1 e inciso segundo: que posibilita el cumplimiento aislado.

“Inciso primero: Los internos que sean enviados a los Centros de Seguridad por su alto índice de agresividad o peligrosidad o hayan sido condenados por delitos de narcotráfico, crimen organizado, homicidio agravado, violación, secuestro, extorsión o que fueren reincidentes, estarán sometidos a un régimen de internamiento especial, de conformidad al Art. 45 del Código Penal, que implicará las siguientes limitaciones: (En los casos previstos por la ley el cumplimiento de la pena será en una celda o pabellón especial de aislados, debiendo cumplirse desde su inicio no menos del diez por ciento de la condena)

Numeral 1) El cumplimiento aislado de la pena o de la detención en una celda o pabellón especial”

“**Inciso segundo:** En cumplimiento a lo establecido en el presente artículo, el ejercicio físico y salidas a áreas exteriores se hará de manera restringida, separada del resto de reos, evitando en todo momento el contacto físico con el resto de internos.”

❖ La reforma del artículo 109 que regula la remuneración. Por esta reforma se permite sustituir el salario. La redacción final es la siguiente.

“El Trabajo El trabajo que realicen los internos, salvo el de labores domésticas para el buen funcionamiento del centro o el originado en un programa de rehabilitación, deberá ser siempre remunerado. La remuneración no podrá ser menor al salario mínimo establecido por la ley para cada caso.

Inciso agregado: El salario percibido conforme al inciso anterior, deberá ser sustituido por el sistema alternativo que al efecto regule la Dirección General de Centros Penales y que permita al interno sufragar los gastos necesarios en cada centro penitenciario, lo cual será regulado en el Reglamento de la presente ley.”

❖ Se amplía la suspensión de visitas de 8 días máximo a seis meses máximo, como medida disciplinaria al modificar el artículo 129 numeral 3.

La excepción a las reformas punitivistas la encontramos en la adhesión del artículo 105-A que permite la redención de la pena por trabajo penitenciario:

“Art. 105-A.- Dentro de la actividad de tratamiento orientada a la readaptación, el interno condenado podrá redimir su pena mediante el trabajo, a razón de dos días de pena por un día de labor efectiva. Dicha actividad será realizada bajo la dirección, control y supervisión del Consejo Criminológico Nacional y la Administración Penitenciaria, los que emitirán los lineamientos dentro de sus respectivas competencias. (6)”

Esta reforma la consideramos positiva por posibilitar el descongestionamiento del sistema penitenciario, si se aplica en la práctica de manera correcta, es decir si no se aplica de manera selectiva.

3.5.-El estado de las prisiones en El Salvador

Luego de haber analizado las disposiciones constitucionales sobre la Ejecución de la Pena, las directrices de la Ley Penitenciaria y no encontrar mayores conflictos inter normativos, es necesario llevar nuestro análisis a la realidad penitenciaria en El Salvador.

Ante esto afirmábamos que la Comisión interamericana de Derechos Humanos realizó una investigación de campo que finalizó en octubre de 2010, los resultados de la misma fueron los siguientes:

Observación General:

“La Comisión Interamericana valora los esfuerzos del Gobierno salvadoreño por corregir muchas de las deficiencias que padece el sistema penitenciario salvadoreño desde hace décadas. (...) Por otra parte, la Relatoría manifiesta su preocupación por las deficiencias estructurales constatadas en el sistema penitenciario salvadoreño. Esta situación es el resultado de la ausencia, durante décadas, de políticas públicas para lograr que el sistema penitenciario cumpla con los fines que establece la Convención Americana sobre Derechos Humanos: *la reforma y la readaptación social de los condenados*. (...) La Relatoría verificó un índice de superpoblación penitenciaria de más del 300%. El alto nivel de hacinamiento y la ausencia de estructuras físicas adecuadas, que incluyen insuficiente acceso a servicios sanitarios y a agua potable, facilitan la propagación de enfermedades respiratorias e infecciones, creando condiciones deplorables de salubridad. Asimismo, preocupa a la Relatoría la falta de acceso a programas de reeducación y capacitación, la realización de registros corporales a familiares de internos por parte de efectivos militares en ciertos centros penales, la falta de

instalaciones adecuadas para atender a las visitas de los internos en condiciones apropiadas y la deficiente alimentación.”²⁴⁵

Dicho Comunicado de prensa es ampliado en el anexo que contiene las observaciones preliminares de la visita de la relatoría sobre los derechos de las personas privadas de libertad a El Salvador, tomamos como válida esta información realizada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Debido a que dicho informe es extenso, pero la información es valiosa, exponemos parte del anexo ordenado por temas, luego haremos una valoración al respecto del informe:

- ❖ **Hacinamiento:** “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.”
- ❖ **No separación entre niños y adultos:** “Otra de las deficiencias fundamentales observadas por la delegación, y reconocida por las autoridades competentes, consiste en que el 45% de internos alojados en los Centros de Inserción Social han cumplido ya los 18 años. Es decir, que casi la mitad de la población de los centros penales para niños y adolescentes en conflicto con la ley, está compuesta por adultos. La Comisión Interamericana destaca que tanto la

²⁴⁵ Comunicado de Prensa de la CIDH, realizada por la delegación de la CIDH encabezada por el Comisionado Rodrigo Escobar Gil, del 5 al 9 de octubre de 2010. Disponible en internet: <http://www.cidh.org/Comunicados/Spanish/2010/104-10sp.htm>

Convención Americana de Derechos Humanos, como la Convención de los Derechos del Niño, disponen expresamente un régimen según el cual todo niño privado de libertad debe permanecer en centros especializados y separados de los adultos como condición necesaria para que se pueda cumplir adecuadamente la finalidad de la pena, consistente en la reforma y readaptación social de la persona.”

- ❖ **Abusos de las autoridades militares:** Otro aspecto de preocupación de la Relatoría de Personas Privadas de Libertad se refiere a la forma cómo en aquellos centros penales custodiados por el ejército, los efectivos militares realizan los registros a los familiares de los internos y a las mujeres privadas de libertad. Lo anterior, en razón a que el Decreto Ejecutivo No. 371 del 2010, se autoriza a las Fuerzas Armadas y/o a la Policía Nacional Civil a ejercer funciones de control y seguridad en los centros penitenciarios del país; así como, para registros y controles de ingresos y egresos a dichos centros. Hasta el momento el ejército sólo ha tomado el control de algunos de los principales centros penales del país, sobre todo de aquellos donde se destinan a miembros de las principales pandillas: la mara 18 y la MS-13 (mara salvatrucha).
- ❖ **Inspecciones indecorosas:** En este sentido, la delegación recibió información unánime de distintos sectores que denunciaban que el ejército ejercía sus facultades de forma abusiva y arbitraria, llegando incluso a constituir tratos degradantes hacia familiares e internos. Así por ejemplo, se denunció que durante los registros se les practica a las mujeres que acuden a visitar a los reclusos inspecciones vaginales y anales indecorosas. Estas inspecciones se practican con carácter general a todas las mujeres sin ninguna distinción, incluso a mujeres embarazadas y a personas de la tercera edad. Asimismo, la negativa de practicarse dichas inspecciones conlleva a la denegación del ingreso de ese familiar a la visita. De la misma manera, durante su visita al penal de Quezaltepeque la delegación de la Relatoría recibió denuncias de las internas de la sección de maternidad, que alberga a madres que viven en la prisión con niños de hasta 5 años. Según los testimonios recibidos, se les exige someterse a dichas inspecciones incluso cuando salen del penal para llevar a sus hijos a citas médicas, y la negativa a tal procedimiento implica que no se les deja salir del penal. Asimismo, se recibió información de que estos procedimientos no se llevan

a cabo en condiciones higiénicas apropiadas, usándose el mismo guante con varias mujeres.

- ❖ **Instalaciones** Por otro lado, la adopción de la medida anterior pone de manifiesto otra situación constatada durante la visita, y es que la mayoría de los centros penales no cuenta con instalaciones adecuadas para atender a las visitas de los internos en condiciones que aseguren el orden y seguridad.
- ❖ **Alimentación deficiente:** Otro aspecto ampliamente denunciado durante la visita y constatado por la delegación durante sus visitas a cárceles fue la deficiente alimentación que se le da a las personas privadas de libertad. Se pudo observar que en general las condiciones de nutrición, calidad e higiene de la alimentación son ostensiblemente insuficientes, con una carencia casi total de proteínas. La comida se sirve de forma degradante, teniendo los internos que consumirla con las manos y en trastos improvisados, lo que es una causa frecuente de toda clase de enfermedades gastrointestinales. Asimismo, no se les proporciona a los internos que padecen distintas enfermedades las dietas adecuadas a su estado de salud.
- ❖ **Muertes en centros internamiento (menores de edad):** Por otro lado, preocupa especialmente a la Comisión Interamericana la información suministrada a la delegación por la Procuradora Adjunta de la Niñez y la Juventud de la PDDH, según la cual en lo que va del presente año se han reportado 12 muertes en centros de inserción social de niños y adolescentes, sin que hasta el momento se haya individualizado a ninguno de los autores. Esta situación es particularmente grave a la luz de la obligación general del Estado, como garante de los derechos de las personas de libertad, de investigar de oficio y de forma diligente las muertes que ocurran al interior de los centros penales. El que estos delitos permanezcan en la impunidad favorece la repetición de hechos similares.
- ❖ **Centro intermedio de Ilobasco:** Centro de inserción social Sendero de Libertad (Ilobasco): “En este centro conviven adolescentes infractores pertenecientes a la *mara salvatrucha* y otros que no están afiliados a ninguna pandilla. La delegación pudo constatar que el hecho de tener a estos dos grupos alojados en el mismo centro penal es un factor constante de riesgo de hechos de violencia. Además, en la práctica esta circunstancia afecta otras facetas esenciales de la vida del penal, como las actividades educativas y deportivas. Se pudo constatar también

que la atención médica es insuficiente. De acuerdo con las autoridades, sólo se cuenta con la presencia de un médico durante dos horas diarias, quien además no se hace presente todos los días. También es deficiente la provisión de medicamentos e insumos, y urge contar con antibióticos y medicamentos para enfermedades respiratorias y de la piel.

La delegación pudo observar que este centro carece de instalaciones físicas adecuadas. Así por ejemplo, los desechos desbordan de los desagües y se dispersan por el suelo. Este centro penal no cuenta con salas para audiencias, ni locutorios para las visitas de los abogados, ni instalaciones para las visitas de familiares, ni cubículos para terapia cerrada. Durante la visita también se puso de manifiesto la necesidad de contar con mayor número de literas y colchonetas.

Además, faltan materiales e instalaciones adecuadas para la función educativa, sobre todo teniendo en cuenta la necesidad de habilitar dos espacios separados, uno para los miembros de la MS-13 y otro para el resto de los internos. Además, el personal de orientación es insuficiente para cubrir a toda la población del penal.

Otra de las graves deficiencias que se pudo observar en este centro es la falta de protocolos y equipos para hacer frente a situaciones de urgencia como incendios. De acuerdo con la información proporcionada por las autoridades, no se le da el mantenimiento adecuado a los extintores y la estación de bomberos más cercana está a 40 minutos del penal.²⁴⁶

- ❖ **Centro Penal de Quezaltepeque:** Este centro penal está destinado a alojar internos e internas vinculados a la denominada *mara 18*. El mismo tiene una capacidad instalada de hasta 250 plazas, pero al momento de la visita albergaba

²⁴⁶ No se atendieron las observaciones realizadas por la CIDH en el Centro intermedio de Ilobasco, por esta razón no se pudo evitar un incendio que sucedió el día 10 de noviembre de 2010. El informe de la CIDH se hizo público el día 20 de octubre de 2010. En este acontecimiento murieron 16 personas y 22 resultaron lesionados. Cfr. Noticia publicada en el Diario CoLatino, Título: Incendio en Centro Intermedio de Ilobasco deja 16 muertos y 22 lesionados. Autores: Beatriz Castillo y Claudia Solórzano, publicado el día miércoles, 10 de Noviembre de 2010 / 12:09 h, disponible en internet: <http://www.diariocolatino.com/es/20101110/nacionales/86296/> página web consultada el día 01 de agosto de 2010. “Una de las víctimas, a la cual tuvo acceso este vespertino, dijo que todo inició cuando “dormían” y que no “recordaba muy bien lo que pasó”. El joven presentaba lesiones leves y aún tenía en su cuerpo señales del humo. Otro joven a su lado no hacía más que quejarse. En las afueras, tanto del hospital, como del mismo centro, madres, hermanos y amigos de los reos esperan la oficialización de los nombres de las 16 víctimas mortales y los 22 lesionados.”

958 internos. Este centro cuenta con una sección de maternidad donde se le permite a las madres convivir con sus hijos de hasta 5 años de edad. A este respecto, la delegación vio con preocupación que este centro no cuenta con una guardería o sección especial para la estancia de estos niños durante el día, sino que comparten en todo momento las áreas comunes de la sección de maternidad. En este sentido, se recomienda al Estado crear una guardería o espacio con personal idóneo que atienda durante el día a estos niños. Muchas de las internas del ala de maternidad manifestaron que también tienen hijos pequeños que viven fuera de la cárcel (mayores de 5 años) y que la reciente prohibición de ingreso de niños durante las visitas les causa un grave perjuicio.

- ❖ **Condiciones de salud en Quezaltepeque:** En este penal también se pudo observar que las condiciones de detención en la sección de aislamiento son particularmente insalubres y antihigiénicas. En particular, las condiciones de reclusión de las internas en “la isla” son violatorias de los derechos humanos y degradantes. “La isla” es un espacio pequeño con una cloaca y sin servicios sanitarios, que está prácticamente a la intemperie y que se inunda cuando llueve.
- ❖ **Medidas de Seguridad ante incendios:** Con respecto las medidas de prevención de situaciones de emergencia como incendios, se observó que este centro penal sólo cuenta con tres extinguidores y que está a 35 kilómetros de distancia de la estación de bomberos más cercana. Esto, aunado a la falta de planes y protocolos de emergencias, al nivel de sobrepoblación, que cuadruplica la capacidad de alojamiento, y a las deficientes condiciones físicas del penal, constituyen factores de riesgo para la seguridad de los internos.
- ❖ **Centro Penal de Máxima Seguridad de Zacatecoluca:** Por su propia naturaleza de centro de máxima seguridad, tanto las condiciones de alojamiento como la interacción entre el personal penitenciario y los internos, y entre estos y sus familiares, es distinta a la del resto de los centros penales. Durante la visita, la delegación pudo constatar con preocupación que los internos alojados en la “celda de separación” sólo tienen derecho a salir al patio por 40 minutos un día a la semana (los miércoles). Esta medida no se ajusta a lo dispuesto por la Reglas Mínimas de las Naciones Unidas, que establecen que “el recluso que no se ocupe de un trabajo al aire libre deberá disponer, si el tiempo lo permite, de una hora al día por lo menos de ejercicio físico adecuado al aire libre” (Regla 21.1).

- ❖ **Malos tratos por personal penitenciario:** Durante la visita la delegación recibió testimonios de malos tratos infringidos a los internos por los estamentos policiales y el personal de seguridad de las prisiones. En este sentido, la CIDH reconoce la importancia de la prevención como método para erradicar las violaciones al derecho a la integridad personal de las personas privadas de libertad, y exhorta al Estado salvadoreño a ratificar el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de Naciones Unidas, y a implementar sus mecanismos de prevención.”²⁴⁷

Luego de haber conocido sobre el informe preliminar de la CIDH, institución que consideramos ha afrontado seriamente el problema y le otorgamos valor a la investigación por ellos realizada, tenemos que hacer énfasis en que el Estado debe acatar las recomendaciones realizadas, de haber realizado con mayor diligencias las observaciones, posiblemente se habría podido evitar la muerte de 16 internos y las lesiones de 22 en el Centro Intermedio de Ilobasco.

Sin olvidar los disturbios ocurridos en San Francisco Gotera en donde resultaron heridos 20 “reos comunes” tras ser atacados por pandilleros con granadas dentro del Centro Penitenciario.²⁴⁸

²⁴⁷ Todas las observaciones proceden del Anexo al Comunicado de Prensa 104/10 titulado: “Observaciones Preliminares de la visita de la relatoría sobre los derechos de las personas privadas de libertad a El Salvador”, disponible en internet: <http://www.cidh.org/Comunicados/Spanish/2010/104a-10sp.htm>

²⁴⁸ Noticia publicada por Contrapunto, titulada: “Disturbios en penal de gotera dejan 20 reos heridos”, publicada el día miércoles 02 de junio de 2010, disponible en internet: <http://www.contrapunto.com.sv/cat-violencia/disturbios-en-penal-de-gotera-dejan-20-reos-heridos> “Alrededor de 20 internos del penal de San Francisco Gotera, en Morazán, resultaron heridos el pasado martes 1 de junio, cuando fueron atacados con dos granadas por pandilleros confinados en ese mismo reclusorio, dijeron a ContraPunto autoridades de la Dirección General de Centros Penales. La trifulca comenzó aproximadamente a las cinco de la tarde, cuando los pandilleros abrieron un boquete en los sectores uno y cuatro, donde están ubicados los reos comunes, y les lanzaron los artefactos explosivos, cuya procedencia aún se desconoce, aseguró el subdirector de Centros Penales, Nelson Rauda Portillo.”

Entre las recomendaciones realizadas por la CIDH resaltamos la necesidad de que se implementen estrategias para disminuir el hacinamiento que supera el 300% según datos de la misma DGP²⁴⁹.

Para lo cual debe reformarse la ley penal obligatoriamente, no sólo basta construir más centros penitenciarios, también hay que utilizar la pena únicamente en los casos necesarios, es decir que las conductas más graves deben ser las únicas merecedoras de pena de prisión.

También deben cumplirse las directrices establecidas en leyes que regulan la ejecución de penas y medidas, a saber: la Ley Penitenciaria y la Ley Penal Juvenil, especialmente aquellas disposiciones que ordenan la separación de reos según sexo, delitos cometidos: dolosos y culposos, las edades, los detenidos provisionalmente y los condenados (Arts. 70 y 90 L. Pen., y 118 lit. g) Ley Penal Juvenil).

Finalmente tenemos que afirmar categóricamente que la situación en el Sistema Penitenciario en El Salvador es causa de la Política Criminal que se ha implementado desde la Contrarreforma Penal, la cual causó el hacinamiento actual, además de la irresponsabilidad de los funcionarios que fungieron en la Dirección de Centros Penales que no tuvieron la capacidad para visualizar que las condiciones de los recintos penales serían insostenibles en el corto plazo. Aparte de que la cantidad aproximada de detenidos provisionalmente según las estadísticas de la Dirección General de Centros Penales se mantiene en una cantidad aproximada de siete mil ochocientas personas, hasta el día 25 de Julio de 2011, lo cual constituye un

²⁴⁹ Según las estadísticas de la Dirección General de Centros Penales, disponibles desde mayo de 2011. Las estadísticas muestran que el total de internos y detenidos provisionalmente supera la cantidad de 22 mil personas, cuando la capacidad máxima es de 8 mil personas. Estas estadísticas están disponibles en internet: http://www.dgcp.gob.sv/index.php?option=com_content&view=article&id=123

31.75 % de los reclusos.²⁵⁰ Esta cantidad de personas recluidas sólo es muestra de que las instituciones públicas encargadas de la investigación del delito no realizan sus actividades con celeridad y por tanto generan hacinamiento en las prisiones.

Otra consideración sobre las condiciones en que se realiza la Ejecución de penas debemos destacar que a pesar que en la Ley Penitenciaria se configura un Sistema Progresivo, en los centros penitenciarios de máxima seguridad, en especial el Centro Penitenciario de Zacatecoluca -el cual inició oficialmente su funcionamiento el 9 de Agosto de 2004, teniendo 184 celdas dobles y 32 celdas personales- existe un sistema celular de condiciones infrahumanas, al respecto la misma CIDH ha manifestado que:

“Durante la visita, la delegación pudo constatar con preocupación que los internos alojados en la ‘celda de separación’ sólo tienen derecho a salir al patio por 40 minutos un día a la semana (los miércoles). Esta medida no se ajusta a lo dispuesto por las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas, que establecen que ‘el recluso que no se ocupe de un trabajo al aire libre deberá disponer, si el tiempo lo permite, de una hora al día por lo menos de ejercicio físico adecuado al aire libre’”

Dicho tratamiento se posibilitó debido a la reforma cuarta del artículo 103 inciso final según el cual:

“En cumplimiento a lo establecido en el presente artículo, el ejercicio físico y salidas a áreas exteriores se hará de manera restringida, separada del resto de reos, evitando en todo momento el contacto físico con el resto de internos”

Por lo anterior a pesar que la Ley Penitenciaria regula un Sistema Progresivo también se ha modificado dicho sistema y se ha incluido una excepción: el caso de los centros penitenciarios denominados como “de máxima seguridad”.

²⁵⁰ Disponible en el sitio web de la DGP:
http://www.dgcp.gob.sv/images/stories/Estadistica%20Penitenciaria/Estadistica_al_25_de_julio.pdf

3.6.-Análisis político-criminal sobre la efectividad de la pena en la lucha contra la criminalidad en El Salvador

El artículo 27 inciso segundo de la Constitución establece que: “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.”

Esta disposición le otorga a la pena los fines de readaptación, educación y prevención, para explicar brevemente esta disposición citamos la opinión de BELING, quien nos explica brevemente la evolución histórica de los fines de la pena:

“La pena, como institución jurídica, es un sufrimiento, que el ordenamiento jurídico hace seguir a un determinado hecho ilícito para el autor de éste. (*Punitur postquam peccatum est*). Las llamadas *teorías jurídico-penales* investigan en qué sentido se justifica tal imposición de un sufrimiento por el Estado, desde el punto de vista de una doctrina valorativa del derecho (*de lege ferenda*). 1.-La llamada dirección clásica ve la esencia de la pena en la retribución de la ilicitud culpable. *Punitur quia peccatum est. Teoría de la retribución*. 2.-Dentro de las llamadas modernas escuelas ("sociológicas") la dirección extrema desecha absolutamente la idea de retribución y concibe la pena exclusivamente como medio para que los castigados abandonen el camino de futuras lesiones jurídicas (sea ello en el sentido de la intimidación, del mejoramiento o de la inocuización). *Punitur ne peccetur Teoría asepturativa o preventiva*. 3. Las *Teorías unificantes* (sincréticas) aspiran a una pena que en sí unifique las ideas de retribución y seguridad.”²⁵¹

²⁵¹ BELING, von ERNST, *Esquema de Derecho Penal. La Doctrina del Delito-Tipo*, Librería EL FORO, traducción de la 11ª Edición de 1930 realizada por Sebastián Soler, BUENOS AIRES, 2002. Pág. 21-22. “Esta última concepción descansa en un error, puesto que las medidas aplicables, en cuanto a su imposición y a su forma, están regidas de modo decisivo o por la retribución o por la prevención, según el caso. No hay retribución posible contra aquel que aún no ha delinquido, aunque sea fácilmente reconocible que algo malo se propone; por el contrario, la idea asepturativa reclama una intervención también contra tales individuos (así cuando llega a descubrirse un plan delictivo por una involuntaria auto traición, por conocedores, o por pasos preparatorios que el individuo ha realizado para el hecho a cometerse). Por el contrario, para la retribución, basta el hecho cometido, aun cuando sea seguro que no amenazan nuevos hechos de parte del autor, a pesar de que en tales casos faltan los presupuestos para una intervención preventiva. Por otra parte, la retribución supone que el autor con el

En este desarrollo histórico la Constitución ha recogido postulados de las teorías de la prevención especial de la pena, superando la idea de pena como castigo, aunque las ideas retributivas sirven para limitar el ejercicio del *ius puniendi* en el derecho penal salvadoreño²⁵², reconociendo a la pena como *compensación de la culpabilidad*, lo cual tiene clara influencia retributiva en la determinación judicial de la pena:

“Como se dijo más arriba, en primer término la individualización penal tiene que partir de la *función compensatoria de la pena* en cuanto la pena sirve a la justa retribución del injusto y la culpabilidad. Ahora bien, la culpabilidad puede compensarse por otros “males” derivados del delito equivalentes al que representa la pena, pues, ésta no tiene “en exclusiva” la función de compensación de la culpabilidad.”²⁵³

Al igual que nuestro Derecho Penal, autores españoles reconocen que la pena tiene un carácter retributivo, negar esta realidad es eufemismo, por ejemplo, CUELLO CALÓN en 1974, concebía la pena en 1974 como: “la

hecho se ha cargado con culpabilidad; en cambio, la seguridad funciona también contra el peligroso que precisamente por su incapacidad de culpa es peligroso (contra el alienado). En consecuencia, si en la retribución la gravedad de la medida aplicable está regida por la idea (de proporcionalidad) de que el autor reciba lo que por su hecho merece, a la seguridad por el contrario, sólo le interesa disponer lo necesario para salvar el peligro, no importando que ello sea grave o leve para el individuo. Con esto, también cambia absolutamente el espíritu de la ejecución de la medida. Muéstrase así la "defensa social" como demasiado indeterminada y demasiado teórica para que pueda ser una directriz suficiente para las necesidades de la práctica legislativa y jurisprudencial. Considerada fundamentalmente, ella expresa sólo una meta que debe presidir todo el ordenamiento jurídico, y tórnase simple palabrería si no se define más adecuadamente el sentido *específico* de la pena {¿qué es lo que debe defender y cómo?}.”

²⁵² Vrg. Art. 5 CPn.: “**Principio de Necesidad.** Las penas y medidas de seguridad sólo se impondrán cuando sean necesarias y **en forma proporcional a la gravedad del hecho realizado.**

En ningún caso podrá imponerse medida de seguridad si no es como consecuencia de un hecho descrito como delito en la ley penal, **ni por tiempo superior al que le hubiere correspondido al sujeto como pena por el hecho cometido.** A tal efecto el tribunal establecerá en la sentencia, razonablemente, el límite máximo de duración.”

²⁵³ CHOCLÁN MONTALVO, Obra Citada, *Culpabilidad y Pena...*, Pág. 211. “Es decir, en un Derecho Penal de culpabilidad, todo mal que el autor sufra como consecuencia del delito extingue la culpabilidad en todo o en parte, y la extinción *ex post facto* de la culpabilidad disminuida en el momento de la acción. Si aceptamos este punto de partida, puede decirse que cualquier situación derivada directamente del hecho punible que proporcione al autor del delito un mal o gravamen de cierta entidad, *equivale funcionalmente* al mal que representa la pena, esto es, compensa la culpabilidad del autor por el hecho cometido”

privación o restricción de bienes jurídicos impuesta conforme a ley, por los órganos jurisdiccionales competentes, al culpable de una infracción penal”.

Y, continúa explicando:

“la pena es la justa retribución del mal del delito proporcionada a la culpabilidad del reo, ésta última es su esencia íntima. La idea de retribución exige que al mal del delito siga la aflicción de la pena para la reintegración del orden jurídico violado, y el restablecimiento de la autoridad de la ley infringida, es decir, para la realización de la justicia.”²⁵⁴

De lo anterior podemos colegir que la pena a pesar de tener fines de readaptación, reeducación y prevención de delitos, es un mal, en el sentido que no es una sanción positiva, pues se restringen derechos constitucionales en el cumplimiento de las penas. Como hemos podido apreciar las condiciones del Sistema Penitenciario de El Salvador favorecen la comisión de delitos dentro de los centros penitenciarios, la realización de motines, incendios, y otros tipos de acontecimientos que no sólo limitan la libertad, más bien ponen en peligro la integridad física y moral de los internos.

Ahora bien jurídicamente al momento de la determinación judicial de la pena, opera una compensación de culpabilidad, a mayor culpabilidad mayor pena, por lo cual se mantienen criterios retributivos en nuestro Sistema Penal, esto conlleva que se reconoce un límite en la imposición de las penas, que en la época actual dicho límite lo constituye la Culpabilidad, tanto para la imposición de penas como de medidas de seguridad. La idea original de retribución proviene de las teorías de la Escuela Clásica, pero en nuestro Sistema la fundamentación de la Retribución es diferente a la idea de los Clásicos. La diferencia estriba en que nuestro sistema está diseñado primordialmente en la búsqueda de la readaptación de los internos.

²⁵⁴ CUELLÓ CALÓN, Eugenio, *La Moderna Penología: Represión del Delito y tratamiento de los delincuentes, penas y medidas de seguridad, su ejecución*, Casa Editorial BOSCH, Barcelona, 1974. Pág. 7.

Por disposición constitucional se reconocen fines preventivo especiales a la pena, pero para ser más precisos debemos catalogar los Fines Constitucionales de la Pena como adscritos a las teorías de la unificación preventiva de ROXIN, dependiendo del momento así será el tipo de prevención de la pena, entre preventivo general, preventivo especial positivo o negativo.

Sin perjuicio de las consideraciones anteriores, es necesario esclarecer que la Constitución no contiene fines de la denominada Prevención General, nos referimos únicamente al esquema “moderno” de JAKOBS, por lo cual el Sistema Penal no debe fundamentarse en la idea de que el aumento de penas coadyuva a la disminución de comisión de delitos, debido a su impacto psicológico sobre los delincuentes, lo que hasta ahora ha sido el fundamento de la contrarreforma penal. Lo cual no ha servido para controlar la criminalidad, más bien ha favorecido a que la criminalidad aumente de manera constante desde el año 2004 hasta el año 2009.

Es decir que ha quedado demostrado tanto en la práctica como en la teoría, que el aumento de penas, fundamentado en finalidades preventivo-generales, ha creado mayores índices de criminalidad. Asimismo se ha comprobado históricamente que en la práctica los efectos de la cárcel, en lugar de favorecer la reeducación y readaptación de los internos, ha servido para aislar a los internos de la sociedad a la cual se quiere reinsertar, para eliminar físicamente a los delincuentes y para aumentar la comisión de delitos tanto dentro como fuera de la cárcel.

Para explicar con mayor detalle esta afirmación citaremos la opinión de WOLF PAUL, quien analiza la puesta en práctica de las ideas de von LISZT, quien fue el protagonista principal en la creación del código penal alemán de 1871, de la siguiente manera:

“El mismo von Liszt²⁵⁵ demostró hasta qué punto la inclusión sistemática de la praxis empírica en el discurso sobre las teorías de la pena produjo una nueva dimensión cualitativa: las cifras oficiales de la estadística criminal del Reich desde 1882-1897 le daban la prueba para la cuestionabilidad principal del código penal de 1871, un código eminentemente retributivo y preventivo general. En base a un juicio eliminatorio, la nueva ley no tenía efectos y tampoco sentido porque era ineficaz para llegar a conseguir los objetivos principalmente perseguidos por ella. Consecuentemente, constató «el fracaso total, la bancarrota de toda la administración de justicia penal en el país» [LISZT: p. 241.] El resultado desilusionante del análisis de von Liszt lo resumió en las siguientes tesis:

«La probabilidad de que alguien cometa un crimen, es mayor si fue condenado anteriormente que si no lo fue.»

«La probabilidad de que alguien cometa un crimen crece con el número de los antecedentes penales sufridos.»

«La probabilidad de que un excarcelado cometa de inmediato un nuevo crimen crece con la duración de las penas cumplidas.»

«Si un joven o ya adulto delincuente comete un delito y le dejamos en libertad, hay menos probabilidades de que vuelva a delinquir que si le castigamos.» [LISZT: p. 339.]”

De esta forma LISZT se convenció de la Prevención General no cumplía con los fines deseados. Continúa explicando WOLF: “Comenzó irreversiblemente la época de la despedida de Kant y Hegel, que había mantenido, durante muchos decenios, la doctrina «majestuosa» de la pena retributiva con encantos líricos y legitimaciones idealistas.”

²⁵⁵ WOLF, Paul, *Esplendor y Miseria de las Teorías Preventivas*, en: BUSTOS RAMÍREZ, J., *“Prevención y Teoría de la Pena”*, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago de Chile, 1995. Pág. 63. (envía a: *Das Verbrechen als social-pathologische Erscheinung* (1898), *Die Kriminalität der Jugendlichen* (1900), en: *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Zweiter Band*, Berlin, 1905, pp. 230 y s., 231 y ss.) “La desilusión de von Liszt fue total. «No puede ser pensada una condena más rígida de nuestro sistema penal contemporáneo como la que ha sido expresada en estas cuatro tesis. Nuestras penas no producen ni corrección ni intimidación, ellas no producen de ningún modo prevención, es decir, no impiden la criminalidad; al contrario, ellas tienen efecto como un fortalecimiento de los impulsos criminales»”

Por las consideraciones anteriores nuestra postura en relación a los fines de la Pena se circunscribe en la teoría del Minimalismo Penal, según la cual debe limitarse la pena de prisión por la dificultad de lograr los fines preventivos (generales y especiales) de la misma. Debiendo Adoptarse penas de carácter distinto, a lo cual nos referiremos posteriormente. A nuestra postura se une la consideración criminológica de que el Derecho no soluciona conflictos más bien los reconduce, por lo cual también se deben tomar medidas para posibilitar la implementación de los denominados beneficios penitenciarios, así como las salidas alternas al proceso penal y las alternativas a la pena reguladas en el código penal, que son mecanismos que no vulneran Derechos Fundamentales en la solución de conflictos.

Ahora bien las penas privativas de libertad deben adoptarse en las conductas delictivas que vulneran los bienes jurídicos más importantes para la vida en sociedad: la vida, la integridad física, la hacienda pública (que posibilita que el Estado funcione), el Sistema Constitucional, los delitos de crimen organizado: tráfico ilegal de drogas, tráfico ilegal de armas, trata de personas, tráfico ilegal de órganos, los delitos de corrupción y afines, y los delitos de cuello blanco en general (debido a que en nuestro país existe impunidad en los sectores de poder político y económico).

Nuestra posición no está en contra de los Fines Constitucionales de la Pena, pero es un matiz para repensar la estructura actual del Sistema Penal: desde la cuantificación de la pena tanto en sede legislativa como desde la determinación judicial de la pena -teniendo facultades los juzgadores de decretar la inaplicabilidad del aumento de penas desmedido por virtud del artículo 185 de la Constitución- como en la Ejecución de las Penas.

A continuación trataremos con mayor detalle otras alternativas a la pena de prisión que podrían adoptarse en nuestro Sistema Penal.

3.7.-Consideraciones Político-Criminales sobre las alternativas a las pena de prisión

Luego de haber estudiado el informe de la CIDH sobre el Estado de las prisiones podemos manifestar con mayor autoridad que las penas privativas de libertad no son los medios idóneos para prevenir la comisión de delitos.

Tras conocer que es una práctica común que personas de todo tipo ingresan distintos artefactos, droga, armas, y otros objetos de manera ilegal a las prisiones podemos decir que la prevención especial negativa, inocuización, tampoco es un fin que cumplen las penas de prisión en El Salvador.

Asimismo la integridad física y la vida de los internos corren peligro debido a los riesgos de incendios²⁵⁶, motines, homicidios²⁵⁷, la convivencia en familia y el contacto con el entorno social de los internos son prácticamente inexistentes y debido a la utilización de la Fuerza Armada en labores para las cuales no están preparados (debido a que la Escuela Penitenciaria sirve para

²⁵⁶ La cifra final del último incendio que sucedió en el Centro Intermedio de Ilobasco ascendió a 26 muertos. Cfr. Noticia publicada por Contrapunto. Título: “Suben a 26 los muertos por incendio de Penal”, publicado el día martes 16 de noviembre de 2010. Sin Autor. Disponible en internet: <http://www.contrapunto.com.sv/ultimas-noticias/suben-a-26-los-muertos-por-incendio-de-penal> página web consultada el día 01 de agosto de 2010.

²⁵⁷ El día 01 de julio de 2011 ocurrió una trifulca y resultaron muertos tres internos. Según el Diario El Mundo: “Expandilleros y reos comunes se enfrentaron por “el patio” para la venta de drogas y teléfonos al interior del penal occidental.” (...) “Los muertos: Roberto Rauda Martínez, David Geremías Quintanilla y Misael Murcia Alarcón presentaban múltiples lesiones en diferentes partes del cuerpo, ocasionadas con armas cortopunzantes y contundentes, según lo confirmaron las autoridades. Murcia Alarcón murió cuando lo intervenían quirúrgicamente en la unidad de emergencia del hospital San Juan de Dios. Presentaba heridas con arma blanca en el cráneo, tórax y abdomen, que le dañaron el corazón y los pulmones. Los dos primeros murieron durante la riña en el recinto penitenciario. En el enfrentamiento, que se suscitó alrededor de las 8:30 de la mañana, también resultaron heridos y golpeados los reos Gilberto Pérez Gómez, Saúl Ernesto Cristales Morales, Carlos Fabián Pérez Hernández, Medardo Erazo Flores y Mauricio Alonso, quienes fueron ingresados en ese mismo nosocomio. Se confirmó que un recluso presentaba una herida de bala en el muslo izquierdo.” Noticia publicada el día el viernes 01 de julio de 2011. Disponible en internet: <http://www.elmundo.com.sv/nacionales-/12743-trifulca-en-penal-confirman-3-muertos-y-5-heridos.html> Página web consultada el día 02 de agosto de 2011.

capacitar al personal idóneo) los abusos en las prisiones son comunes, el respeto a la ley la excepción.

Por las razones expuestas, es materialmente difícil que los fines de prevención especial positiva que establece la Constitución de la República como obligaciones para el Estado se cumplan.

La doctrina penal se ha manifestado a favor de nuestra afirmación anterior *-sít venia verbo-* de que la pena no es el mecanismo más adecuado para la prevención de delitos. De esta manera la opinión de ROXIN mediante cuatro tesis:

*“Primera tesis: las penas no son de ninguna manera un medio adecuado para luchar contra la criminalidad: Esto puede parecer muy sorprendente; pero ello parece evidente cuando se observa que la criminalidad se incrementa a pesar de todas las penas anteriores y que la cuota de reincidencia es muy alta.”*²⁵⁸

Continúa explicando el autor, sobre las penas privativas en particular:

*“Segunda tesis: las penas privativas de libertad son además un medio particularmente problemático en la lucha contra la criminalidad La pena privativa de libertad fue una vez un gran progreso en el camino hacia la humanización del derecho penal, porque con ella se relevaron los crueles castigos corporales de tiempos pasados. Hoy, antes de exigir el incremento de las penas privativas de libertad y más cárceles, se debe tener a la vista sus inconvenientes.”*²⁵⁹

²⁵⁸ ROXIN, Claus, DÍAZ ARANDA, Enrique, et. al., *Problemas Fundamentales de Política Criminal y Derecho Penal*, Instituto de investigaciones Jurídicas, Serie: Ensayos Jurídicos N°1, UNAM, México, 2002. Pág. 89, 91. “Para que no haya malentendidos: por supuesto que todos los delitos, por diferentes que puedan ser sus causas de origen, deben ser penalmente perseguidos, sancionados o cuando menos desaprobarse por el Estado; ello es una exigencia de la paz jurídica. Si ello no ocurriera, también recurrirían a semejantes métodos los ciudadanos leales a la ley con el fin de no quedar como únicas víctimas dañadas. Por consiguiente, el derecho penal evita la anarquía y, por tanto, es indispensable. Pero se espera demasiado cuando se supone que a través de penas duras se reducirá sustancialmente la criminalidad existente.”

²⁵⁹ *Ibíd*em, Págs. 92-94. “Mencionaré cuatro: Primero, es apenas posible educar a alguien hacia una vida responsable en sociedad, mientras se le aparte de ella y se le ofrezcan condiciones de vida tan radicalmente distintas a las de la vida en libertad. (...) Segundo, la pena privativa de libertad tiene realmente un efecto múltiple disocializador, ya que durante su aplicación el delincuente es sustraído de su vínculo familiar y de su relación laboral y de este modo se detiene el curso normal de su vida. (...)

Agrega ROXIN una consideración hasta ahora no contemplada por las autoridades, pero compartida por Criminólogos de alta calidad científica como BARATTA:

*“Tercera tesis: la prevención es más efectiva que la pena. Debido a la restringida eficacia de la pena y, también, a su nocividad, se debe dedicar mayor atención a la prevención del delito a través de medios de política social, policíacos, legislativos y técnicos.”*²⁶⁰

Finaliza ROXIN con su exposición sobre las penas proponiendo un cambio en el paradigma de la pena de prisión como regla general, que concepción que es generalizada en nuestro país:

“Cuarta tesis: el sistema de reacción penal se debe ampliar y, sobre todo, complementarlo con sanciones penales similares de carácter social constructivo. Para una prevención mejor a la que actualmente tenemos, serán necesarias también las

Tercero, se debe hacer el cálculo del efecto de infección criminal que puede tener la pena privativa de libertad. El autor, que ha perdido sus anteriores relaciones, se asocia en la penitenciaría con quienes llevan la batuta y ellos lo dirigen directamente hacia el camino de la criminalidad. No son pocos los delitos perpetrados por personas que se conocieron en el centro penitenciario y que posteriormente operaron conjuntamente. Así, la pena privativa de la libertad puede envolver definitivamente a un delincuente relativamente inofensivo en el ambiente criminal. (...) La cuarta y última es para considerar que la pena privativa de la libertad, cuando se ejecuta en circunstancias inferiores a las humanas, es muy cara; porque el funcionamiento del establecimiento, el personal, la vigilancia y el cuidado del interno exigen grandes erogaciones y los costos de las condenas se recaudan en casos excepcionales. Esto no sólo es un perjuicio para el fisco, también conduce a que a menudo no queda más dinero para las medidas de resocialización; de modo que ya por eso el único fin razonable, el cual se podrá alcanzar con la pena privativa de libertad en condiciones inferiores a las propicias, se perderá necesariamente.”

²⁶⁰ *Ibíd.* Págs. 94-96. “Así, por ejemplo, en el marco de mi primera tesis referida, las grandes fuentes criminales, producto de una completa ausencia de socialización familiar y de las necesidades materiales de los estratos más pobres, se pueden reducir sustancialmente mediante una buena política social. El Estado debe lograr establecer una ayuda social, la cual se ocupe de las “familias-problema” y procure proteger a los niños abandonados de su caída en la criminalidad. Además, el Estado debe tener una legislación social que también resguarde a los más pobres contra el hambre. A estas conocidas exigencias se objeta con frecuencia que hace falta dinero para tales medidas. Sin embargo, la política social estatal deja mucho que desear en la mayoría de los países en los que el abismo entre pobres y ricos es muy grande; allí con medios políticos, por ejemplo a través de una eficiente legislación de impuestos, se puede dar al Estado la posibilidad de construir un sistema de seguridad social. Se puede convencer a los estratos acaudalados del pueblo de la necesidad de contribuciones para aliviar la miseria social, mientras se les aclara que ello significa ganar en la seguridad social, un gran incremento de la calidad de vida y el ahorro de las costosas medidas de seguridad personal.” A propósito del impuesto al gran capital que es actualmente debatido en nuestro país, el cual los empresarios de la cúpula no quieren pagar de ninguna forma, que por cierto es exiguo.

penas tanto después como antes; pero hasta la fecha sólo tenemos esencialmente la pena privativa de libertad y la multa, esto es muy poco. Ya expuse los argumentos en contra de la pena privativa de libertad. En Alemania esto nos ha conducido a tener en la actualidad 85% de multas entre todas las condenas. Las multas tienen la ventaja de que evitan las anunciadas desventajas de las penas privativas de libertad. Pero con frecuencia es evidente que tampoco la multa es un medio de sanción idóneo. El pobre no puede pagarla y es injusto tenerlo por esta causa en el establecimiento penitenciario mientras que quien es solvente se puede librar de ir a prisión.”²⁶¹

Compartiendo las tesis del maestro Alemán, sólo nos resta agregar que en nuestro Sistema Penal existen varias alternativas a la pena, no sólo a la de prisión, que son más democráticas y tienden a resolver los conflictos de manera pacífica, entre estas ya hemos mencionado la Conciliación, la Suspensión Condicional del Procedimiento a Prueba (*Probation* ampliamente usada en el *Common Law*), que evitan tanto la pena como el proceso penal. No omitimos mencionar el Perdón Judicial, la desestimación, el Reemplazo de la pena, la Sustitución de la Pena y la Suspensión Condicional de la Pena. Además de las cuales se agregan la Reparación del daño, que operaría en delitos contra el patrimonio, contra el honor y la intimidad (haciendo uso de herramientas como la fe de errata, el Derecho de respuesta, entre otras), y en general en varios delitos menos graves.

²⁶¹ *Ibíd.* Págs. 99-101. “También alguien puede evitar la multa al dejar que terceros la paguen, en casos de criminalidad económica esto no es absolutamente ningún problema teórico. Finalmente, para algunos grupos de delincuentes no está rechazado el peligro de que el sujeto pueda conseguir los medios para pagar la multa a través de la comisión de nuevos delitos. Por tanto, la multa no es la panacea, de modo que tenemos todos los motivos para reflexionar sobre la utilidad de otras sanciones penales. En Alemania dos nuevas penas están actualmente en discusión, y yo pienso que se deberían probar. La primera es el arresto domiciliario asegurado electrónicamente, que fue implantado por primera vez en Norteamérica, y ya se practica en algunos países y también ya se experimenta en Alemania; el arresto tiene como ventaja que se puede ejecutar en el tiempo libre y lleva consigo una sensible restricción de la libre organización de la vida; pero el sujeto no es sustraído de su trabajo ni de su familia y también evita las otras desventajas de la pena privativa de la libertad. Por supuesto que semejante pena no es apropiada para todo el mundo (por ejemplo, un profesor tal vez sólo se alegraría cuando él pudiera trabajar tranquilo en su casa). Pero todas las sanciones penales son objetables y precisamente por eso es preciso hacer una diferenciación atendiendo a cada caso en particular.”

A las anteriores alternativas podrían crearse tribunales de arbitraje que tengan facultades para conocer y así evitar la congestión de procesos penales, pues los procesos abreviados y sumarios no podrán descongestionar el Sistema por sí mismos.

Estas alternativas coadyuvarían a que el Sistema Penal “resuelva” los conflictos más graves, dejando en manos de la población la resolución de conflictos y evitando así actuar con violencia estatal (*ius puniendi=violencia legal*).

La sociedad salvadoreña debe, en resumen, comprender como lo hizo Franz v LISZT que la configuración del Sistema Penal debe atender no únicamente a criterios de coacción psicológica, por el endurecimiento de las penas (habida cuenta de la selectividad del Derecho Penal), sino a criterios de prudencia y efectividad en el control de la criminalidad por medios no privativos de libertad, tratando de resolver democráticamente los conflictos suscitados en sociedad. Pues mientras más se evada resolver los conflictos por medios penales, las consecuencias serán menos graves.

3.8.-Consideraciones sobre la Política Criminal Preventiva

En la historia reciente de El Salvador la lucha contra la criminalidad se ha desarrollado eminentemente en el plano de la Represión, tras haber analizado a lo largo de nuestra investigación las reformas, los intentos de reformas Constitucionales, la creación de leyes especiales y procesos especiales para punir la criminalidad común, incluyendo las leyes antimaras como paradigma de esta “lucha contra la criminalidad organizada”, podemos evidenciar que el discurso “la ley y el orden” (según la explicación del Juez SÁNCHEZ ESCOBAR Vid. Cap. I) podrá haber sido favorable para un sector

de la sociedad: el poder político, pero no ha logrado la finalidad supuesta que es el control de la criminalidad.

Más aún, este proceso de aumento desmedido de penas, tergiversación del sistema de garantías y aumento del catálogo de delitos (realizado de manera selectiva) ha influenciado en el aumento de la comisión de delitos.

Realizando un análisis puramente estadístico podemos observar que en del año de 1999 hasta el año 2003²⁶² no superaba la cantidad de dos mil doscientos homicidios dolosos en promedio, aumentando drásticamente a más de dos mil setecientos homicidios en el año de 2004, con la entrada en vigencia de la ley antimaras²⁶³, aumentando a más de tres mil setecientos homicidios en el año 2008, a más de cuatro mil trescientos homicidios en 2009, disminuyendo levemente en 2010 a cuatro mil cuatro homicidios²⁶⁴.

Por esta razón reafirmamos nuestra posición en el sentido de minimizar el Sistema Penal buscando alternativas a las penas, ya brindamos algunas propuestas sobre las alternativas jurídicas en este apartado nos referiremos a la Prevención no Penal, es decir la Prevención fuera del Sistema Penal, en donde la Política Social cobra importancia.

²⁶² http://www.ocavi.com/docs_files/file_386.pdf Datos del Observatorio Centroamericano de Violencia en base a datos de la PNC y CEPAL.

²⁶³ Que fue declarada inconstitucional, en su artículos 1 inciso 2º, 2 inciso 3º y 5º, 3, 4 inciso 8º y 9º, 6 inciso 2º, 16, 18, 19, 22, 23, 25 y 29 inciso 1º, y algunas reformas a los códigos penal y procesal penal, así los artículos 2 incisos 1º, 2º y 4º, 4 incisos 1º al 7º, 5, 6 incisos 3º al 5º, 7, 8 inc. 1º, 10 al 15, 16 inc. 2º, 17, 20, 21, 24, 26 al 28 29 inc. 3º 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. Vid. Sentencia de Inconstitucionalidad de las quince horas del día uno de abril de dos mil cuatro. REF 52-2003/56-2003/57-2003.

²⁶⁴ <http://multimedia.laprensagrafica.com/pdf/2011/03/20110322-PDF-Informe-0311-Homicidios-en-Centroamerica.pdf> FUENTE: LPG Datos. Que Cita como fuente al Instituto de Medicina Legal para los datos de El Salvador.

La frase “No hay mejor Política Criminal que la Justicia Social”²⁶⁵ mencionada por jueces de Argentina es emblemática en este apartado. Hasta ahora la Política Criminal en El Salvador no ha sido configurada de una manera coherente a largo plazo, con objetivos de controlar la criminalidad y atacar las causas de la misma.

Precisamente en eso se estriba la importancia de la Política Social: en tratar de atacar la causa de la criminalidad. Sin ánimos de hacer un ensayo basado en postulados criminológicos es importante reconocer que el Sistema Económico actual ha generado progresos en materia científica, tecnológica, influenciando la Globalización, la sociedad del conocimiento y la comunicación que rompe con fronteras de ultramar. Pero también se ha creado injusticia social, pobreza, marginación, desinformación y subdesarrollo en general.

Existen muchas teorías que explican las causas del crimen pero para efectos de nuestra investigación afirmamos que la actual sociedad está configurada de forma tal que se facilita el génesis, desarrollo y profesionalización de los distintos tipos de criminalidad: criminalidad de bagatela, criminalidad de cuello blanco, criminalidad organizada.

Fundamentación la anterior afirmación debido a que la estructura económica de El Salvador está caracterizada por ser una economía subdesarrollada, por tanto el desempleo, el subempleo, la migración (que provoca desintegración familiar), la falta de productividad de nuestro sistema económico (que es importador), los altos índices de analfabetismo, la sobrepoblación en relación del territorio, la marginación social, la inmunidad de los políticos y del poder económico y mediático en general, la deficiente

²⁶⁵ Frase de la Red de Jueces Penales de la Provincia Argentina proferida después de recibir críticas provenientes del poder político y de los medios de comunicación, las cuales son consideradas como amenazas. http://www.diariojudicial.com/contenidos/2009/11/27/noticia_0001.html

institucionalidad, la corrupción, el irrespeto de los derechos de los trabajadores, la carencia de educación y la poca calidad de la misma (incluidas las instituciones de Educación Superior), el sistema de salud pública deplorable, la falta de confianza en las instituciones encargadas de la administración de justicia y de la investigación del delito, la mora judicial, el alto costo de la vida, la falta de política monetaria y otros factores sociales que podemos englobarlos en la frase: “estructura económico-social de El Salvador” influyen en la generación de criminalidad.

Por tanto para poder disminuir la criminalidad debemos cambiar la estructura económico-social del país, que genera condiciones propicias para la delincuencia. La alternativa es generar políticas sociales destinadas a cambiar el sistema posibilitando el goce de derechos como el Trabajo (Digno), la Salud, la Educación, la Recreación y el Sano Esparcimiento, la Familia, la Vivienda, el Transporte, la Participación Política, la Dignidad Humana, la Seguridad Jurídica, la Libertad, la Igualdad y el Bien Común.

3.9.-La Responsabilidad de las instituciones públicas

Las instituciones públicas, tanto las que pertenecen al Sistema Penal como las que están alejadas del Sistema Penal, tienen una responsabilidad en la lucha contra la criminalidad.

El Órgano Ejecutivo, del cual dependen instituciones como la Policía Nacional Civil, la Dirección General de Centros Penales, el Ministerio de Justicia y Seguridad, El Consejo Nacional de Seguridad Pública, la Academia Nacional de Seguridad Pública, la Fuerza Armada, entre otras, tiene la obligación de crear una Política Criminal coherente a largo plazo, que respete los Derechos y Garantías establecidos por la Constitución y por los Tratados Internacionales, buscando alternativas a la pena de prisión, cambiando la estructura económico-social del país para disminuir la

intensidad de la criminalidad a largo plazo, creando reformas administrativas que tiendan a eliminar las causas de la criminalidad dentro de las instituciones del estado, buscando cooperación internacional para la lucha contra el crimen, entre otras tareas primordiales.

Actualmente el Órgano Ejecutivo desarrolla una estrategia para el combate contra la criminalidad que se reduce a la utilización de las Fuerzas Armadas en labores de “Seguridad Pública”, tanto en colaboración con la Policía Nacional Civil en sus diferentes funciones incluidas las detenciones, como en instituciones como la Dirección General de Centros Penales.

La Constitución de la República permite al Presidente de la República en el artículo 168 numeral 12°:

“Disponer de la Fuerza Armada para la Defensa de la Soberanía del Estado, de la Integridad de su Territorio. *Excepcionalmente, si se han agotado los medios ordinarios para el mantenimiento de la paz interna, la tranquilidad y la seguridad pública*, el Presidente de la República podrá disponer de la Fuerza Armada para ese fin. La actuación de la Fuerza Armada se limitará al tiempo y a la medida de lo estrictamente necesario para el restablecimiento del orden y cesará tan pronto se haya alcanzado ese cometido. El Presidente de la República mantendrá informada sobre tales actuaciones a la Asamblea Legislativa, la cual podrá, en cualquier momento, disponer el cese de tales medidas excepcionales. En todo caso, dentro de los quince días siguientes a la terminación de éstas, el Presidente de la República presentará a la Asamblea Legislativa, un informe circunstanciado sobre la actuación de la Fuerza Armada;”

Nuestra valoración al respecto es que dicha medida no es la solución a la criminalidad, simplemente es una actividad que se ha vuelto inconstitucional debido a su carácter ordinario. Consideramos que es una medida de carácter ordinario debido a que en Mayo de 2011 se prorrogó dicha medida por un

año, dicha medida había sido adoptada desde el 06 de noviembre de 2009. Dicha medida duraría 180 días pero estará vigente hasta mayo de 2012.²⁶⁶

El presidente de la República defiende esta medida de la siguiente forma:

“A la luz del trabajo realizado por nuestros efectivos militares ya nadie cuestiona su aporte en este campo, como tampoco su respeto escrupuloso a los derechos humanos y su lealtad inquebrantable a la institucionalidad de nuestro país”, afirmó el Presidente Funes. Por esa razón manifestó que ha decidido prorrogar durante un año más la vigencia del decreto 70 que habilita a la Fuerza Armada a participar en operaciones de mantenimiento de la paz interna y el cual vence en estos días. Además propuso una ampliación de las tareas y radios de acción de la Fuerza Armada para profundizar la lucha contra el crimen. “Esta ampliación, esencialmente en materia operativa en el territorio nacional, debe ser analizada, consultada y consensuada, de manera que podamos dar una respuesta más contundente a la criminalidad y a la inseguridad”, afirmó el Jefe de Estado.²⁶⁷

²⁶⁶ Publicación en la página web de la Fuerza Armada de El Salvador. Disponible en internet: http://www.fuerzaarmada.gob.sv:90/index.php?option=com_content&view=article&id=93:proyectos-mmto-de-la-paz-interna&catid=82:proyectos-tema2&Itemid=56 página web consultada el día 01 de julio de 2011. “La medida tendrá una duración de 180 días a partir de la entrada en vigencia del Decreto Ejecutivo Número 70.” Como podemos observar la Fuerza Armada ya realizaba labores en colaboración a la PNC según la página web de la Fuerza Armada: “Desde 1993, la Fuerza Armada colabora con la Policía Nacional Civil en la realización de operaciones conjuntas antidelinuenciales dentro del marco de la planificación específica, a fin de combatir y prevenir en el país el accionar de la delincuencia común y el crimen organizado. Refuerzo que fue incrementado a partir del 06 de noviembre de 2009, fecha en la cual se incrementó el número de efectivos militares y recursos puestos a disposición del apoyo que se estaba brindando a la Policía Nacional Civil, lo cual se efectuó en cumplimiento a la decisión presidencial establecida en el Decreto Ejecutivo Número 70, de ampliar el apoyo que se había estado dando a dicha corporación.”

²⁶⁷ Noticia publicada en la página web de la Presidencia de la República. Disponible en internet: <http://www.presidencia.gob.sv/novedades/noticias/item/1138-presidente-funes-prorroga-mandato-de-participaci%C3%B3n-de-fuerza-armada-en-tareas-de-seguridad.html> página web consultada el día 02 de julio de 2011. “Agregó que para impulsar esta medida ha pedido al Gabinete de Seguridad que a partir de la semana próxima comience una ronda de reuniones con las fuerzas políticas para compartir y analizar conjuntamente las responsabilidades de la Fuerza Armada en el marco del Plan de Seguridad. El Presidente Funes afirmó que se hace necesario ampliar el radio territorial de actuación de las fuerzas militares y aclaró que no se está pensando en modificar el marco jurídico que rige la naturaleza y el alcance de las funciones de la Fuerza Armada, tal como lo establece la Constitución. “No es tiempo ni oportunidad de tocar la Constitución. Dentro del marco jurídico actual es posible ampliar y mejorar el desempeño militar y eso es lo que vamos a hacer”, recalcó el Jefe de Estado.”

Nuestra posición al respecto es que ya existen instituciones públicas encargadas, por virtud del artículo 159 de la Constitución, de la Seguridad Pública:

Art. 159 inc. 2°: “La Defensa Nacional y la Seguridad Pública estarán adscritas a Ministerios diferentes. La Seguridad Pública estará a cargo a la Policía Nacional Civil, que será un cuerpo profesional, independiente de la Fuerza Armada y ajeno a toda actividad partidista.”

Art. 159 inc. 2°: “La Policía Nacional Civil tendrá a su cargo las funciones de policía urbana y policía rural que garanticen el orden, la seguridad y la tranquilidad pública, así como la colaboración en el procedimiento de investigación del delito, y todo ello con apego a la ley y estricto respeto a los Derechos Humanos.”

Nuestra posición se fundamenta en que el rol de la Fuerza Armada en un Estado democrático de Derecho, es únicamente proteger la Seguridad Nacional y la integridad del territorio, estando sometida al poder civil, mientras la Policía Nacional *Civil*, tiene funciones estrictas de combate a la criminalidad, colaboración en la investigación del delito. Debiendo cumplir con estándares de profesionalidad, es decir que deben estar en constante capacitación.

Lo que debería plantearse, como alternativa a la utilización a la Fuerza Armada en labores de Seguridad Pública, es formar profesionalmente a los miembros de la Policía Nacional Civil creando organismos especializados para la investigación científica del delito, aumentar la presencia policial en las calles, que sirve para limitar la delincuencia de bagatela, depurar dicha institución pública, dotar de recursos en general y por último, pero no menos importante, generar las condiciones favorables para la cooperación entre las distintas instituciones, en especial entre la FGR y la PNC.

Nuestra posición se refuerza con acontecimientos, que por cierto no han sido hechos aislados, en los cuales se ha detenido a miembros de la Fuerza Armada en flagrante delito: tráfico ilícito de armas.

“Desde que el presidente de la República, Mauricio Funes, ordenó un amplio despliegue militar en todo el país para tratar de frenar los altos índices de violencia que se afrontan, varios sectores de la sociedad civil advirtieron el peligro que corría la entidad castrense de ser infiltrada por el crimen organizado.

Hoy vemos que hasta mayo de 2011 la Fuerza Armada reporta 42 militares destituidos por vínculos con el tráfico de armas y las pandillas.”²⁶⁸

Además de que la CIDH ha presentado observaciones del trato de los efectivos militares en labores de cooperación a la DGP, ocurridos en varios centros Penitenciarios, el último ocurrido en Quezaltepeque donde resultaron 7 internos heridos, los miembros de la Fuerza Armada realizaron disparos al con un fusil, resultando una persona herida a causa de las esquirlas de dichos disparos, cabe aclarar que la irresponsabilidad de los familiares de los internos fue evidente en este hecho, pero la Fuerza Armada no actuó en forma debida, en parte por la falta de capacitación en labores de seguridad pública.

“Algunas de estas mujeres con el rostro cubierto lanzaron piedras a un grupo de custodios que intentaban ingresar y a los militares que custodiaban la entrada al

²⁶⁸ Noticia publicada por Contrapunto, título: “Crimen organizado acecha a la Fuerza Armada”, publicada el día jueves 21 de julio de 2011, Autor: Hugo Sánchez. Disponible en internet: <http://www.contrapunto.com.sv/violencia/crimen-organizado-acecha-a-la-fuerza-armada> página web consultada el día 02 de agosto de 2011 “*Un militar fue recientemente capturado por tratar de vender armas a las FARC, mientras otros por vender armas a las maras*” (...) “La que se había convertido en el estandarte y la panacea del gobierno en la lucha contra el crimen y la violencia en El Salvador, se ha visto infiltrada por el crimen organizado; la medicina poco a poco se está volviendo parte de la enfermedad. En su momento instituciones como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) contrariaron la medida aduciendo que solo las medidas represivas no arrojan buenos resultados. Paulo Sergio Pinheiro, vicepresidente primero de la CIDH y Relator sobre los Derechos de la Niñez de esta institución, calificó de “extremadamente inconveniente” la utilización de las Fuerzas Armadas en tareas de seguridad pública y que son “una respuesta espasmódica para la opinión pública, pero es un desastre en el horizonte”. Recientemente el presidente Funes en una visita oficial a México dijo que los carteles del narcotráfico como los “Zetas” buscan reclutar a policías y soldados, así como comprar armas de guerra en el país.”

recinto, ante la arremetida de los familiares, éstos tuvieron que realizar disparos al aire y algunos impactaron en el piso muy cerca de las mujeres que se parapetaron al escuchar las balas. (...) Se ha atendido acá en el sector una señora que ha salido con una herida de esquirla debido a un disparo, pero las personas que hemos atendido han sido por crisis nerviosa”, dijo un miembro de Comandos de Salvamento a la prensa.”²⁶⁹

En concordancia con los postulados hasta ahora realizados podemos concluir, parafraseando el español ANTÓN MELLÓN, que:

“La pobreza continuará siendo un espejo social en el que nos veremos reflejados a nosotros mismos en cuanto a nuestras ideas, actos y modo de vida. Debemos escoger entre más maestros o más policías y soldados. Entre sociedades multiculturales, más justas y solidarias, o sociedades excluyentes e insolidarias a nivel estatal y/o planetario.”²⁷⁰

3.10.-La Política de transformación social e institucional como propuesta de Política Criminal

A lo largo de nuestra investigación consideramos que ha quedado suficientemente comprobado, tanto a nivel teórico como a nivel práctico, que

²⁶⁹ Noticia publicada por Contrapunto, titulada: “Motín en penal de Quezaltepeque deja 7 heridos”, publicada el día 18 de julio de 2011. Disponible en internet: <http://www.contrapunto.com.sv/violencia/motin-en-penal-de-quezaltepeque-deja-7-reos-heridos> “En dicho penal en lo que va del año se han descubierto dos túneles diferentes por donde se presume los reos intentarían escapar. Tras el hallazgo del último de ellos, el pasado viernes fueron removidos del penal de Quetzaltepeque su director y 46 custodios, pues las autoridades del Ministerio de Justicia y Seguridad Pública sospechan que hubo encubrimiento por parte de éstos de la excavación del pasadizo para escapar. “Las acciones ilícitas que se suscitaban en ese centro penal (...) no podían ser concretizadas si no era con la participación y complacencia del personal de custodia”, declaró el director de Centros Penales, Douglas Moreno.”

²⁷⁰ ANTÓN MELLÓN, Joan, BERGALLI, Roberto, et. al., *Teoría Política y Sociedad: la beneficencia como espejo social*, en: *Sistema Penal y Problemas Sociales*, Tirant Lo Blanc, Valencia, 2003. Págs. 161-162. “En un futuro próximo, al respecto, uno de los temas clave en Occidente girará en torno a la categoría jurídica de ciudadano. O bien se impondrá, política y jurídicamente, una opción progresista e integradora a todos los habitantes de una comunidad; o se establecerán diferencias entre ricos y pobres, naturales o emigrantes en cuanto a prestaciones (educación, sanidad, vivienda, seguridad, etc.), categoría jurídica y participación en la toma de decisiones políticas y económicas.”

la pena de prisión no es el mecanismo ideal para luchar contra la criminalidad, por consiguiente tanto el aumento del catálogo de delitos como el aumento de las penas no coadyuva para la disminución de delitos sino que fomenta que la criminalidad se radicalice.

Una característica del Derecho Penal: la selectividad, se pone de manifiesto en la persecución de la criminalidad de bagatela, la cual sirve para que el hacinamiento en los centros penitenciarios aumente y se vuelve virtualmente imposible cumplir con la reeducación, readaptación y reinserción de los internos. Mientras la criminalidad organizada no se persigue y por lo tanto existe impunidad en la criminalidad que está relacionada con los sectores política y económicamente poderosos. Para reforzar nuestra afirmación citamos estadísticas oficiales de la Dirección General de Centros Penitenciarios según la cual el 16.21% de los condenados cometió el delito de robo, el 11.41% cometió el delito de extorsión, el 4.37% cometió el delito de asociaciones ilícitas, mientras sólo el 6.13% cometió delitos relativos a las drogas.²⁷¹

Nuestra hipótesis en líneas generales, explicadas en mayor detalle en el próximo capítulo, establece que la falta de una Política Criminal determina que en la persecución de los delitos se irrespeten los Derechos Fundamentales y no se cumplan las finalidades de controlar la criminalidad, es decir que la persecución de la comisión de los delitos, así como las demás medidas que tienen dicha finalidad, sean ineficaces. En nuestra investigación hemos podido estudiar cómo las decisiones político-criminales no han tenido coherencia en el desarrollo histórico del Sistema Penal Salvadoreño, pues por una parte se realiza una Reforma Penal democrática, con objetivos claros: resolver los conflictos de manera democrática, tratando de evitar la

²⁷¹ Las estadísticas desde el 2 de mayo de 2011 hasta la fecha están disponibles en la siguiente página de internet: http://www.dgcp.gob.sv/index.php?option=com_content&view=article&id=123

detención provisional, con límites de la pena de prisión de 30 años (tal como estaba regulada en el código penal de 1874), con un proceso penal mixto respetuoso de la inviolabilidad de la defensa, con un tratamiento progresivo a los internos en los centros penitenciarios, con finalidades de reeducación, readaptación y reinserción social. Pero la contrarreforma penal tuvo finalidades totalmente distintas, que se puede resumir en una Política Criminal Populista-Punitivista.

En este orden de ideas es necesario que en nuestra investigación científica proporcionemos una propuesta de Política Criminal atendiendo a los postulados de la Constitución de la República y a los planteamientos científicos del Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Derecho de Ejecución de Penas y Medidas, así como los postulados más aceptados de la criminología.

Nuestra propuesta de Política Criminal también se fundamenta en la propuesta de dos criminólogos, uno italiano y uno salvadoreño, postulados que hemos expuesto en términos generales en el Capítulo Uno, en el apartado 1.2.3. Otra advertencia que consideramos necesaria, previo a exponer nuestra propuesta, es que una Política Criminal debe ser elaborada por los funcionarios de las instituciones que tienen competencias en materia de lucha contra la criminalidad, pues debe tener coherencia. Debido a la falta de información de cada una de dichas instituciones públicas nuestra propuesta sólo puede generarse en términos generales, la cual deberá ser complementada con la práctica de cada una de las instituciones para ser más completa, los objetivos que proponemos estarán limitados por el presupuesto disponible en el Estado de El Salvador, pero más importante, por la voluntad política de los funcionarios públicos, lo cual es un obstáculo más grande en la práctica.

El italiano BARATTA define a la Política Criminal “*como política de transformación social e institucional*”,²⁷² a lo cual agrega 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”²⁷³.

Mientras el Dr. Omar PASTOR opina que:

“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

²⁷² BARATTA, A., *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal: Introducción a la Sociología Jurídica Penal*, 1ª Edición, 1ª Reimpresión, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, Argentina, 2004. 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".

²⁷³ Obra Citada, BARATTA, A., *Criminología y Sistema Penal: Compilación In Memoriam*, Pág. 328. “El principio general de prevención ofrece una indicación política fundamental para una estrategia alternativa de control social. Se trata, esencialmente, de desplazar, cada vez más, el énfasis puesto en las formas de control represivo hacia formas de control preventivo. Las primeras responden a las expresiones individuales de los conflictos manifestados por acciones definidas como desviadas; las segundas atienden a las situaciones complejas en las cuales los conflictos se producen. En este sentido, 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 sistema penal no es apto para proporcionar las defensas más eficaces de los derechos humanos, por el hecho de que su intervención está estructuralmente limitada a la formulación de respuestas sintomáticas a los conflictos, es decir, a una respuesta a los conflictos en el lugar y en el momento en que éstos se manifiestan dentro del sistema social.”

problemas relacionados con las Necesidades Básicas y/o reales, o sea buscarse solución a los problemas de carácter social y económico.²⁷⁴

Lo anterior nos da las bases teóricas para proponer una Política Criminal que cambie el paradigma hasta ahora implementado en El Salvador y se modifique la Política Criminal Represiva, basada en el Populismo Político, hacia una Nueva Política Criminal, que tenga como ejes principales los siguientes:

1.-La satisfacción de las necesidades básicas de la población salvadoreña. 2.-El control del Poder Político. 3.-El control del Poder Económico. 4.-La transformación de las instituciones públicas.

A continuación describimos el alcance y la finalidad de cada uno de los ejes propuestos:

1.-La satisfacción de las necesidades básicas de la población salvadoreña. La Constitución de la República de 1983, contrario a las constituciones de 1950 y 1962, regulan los Derechos Fundamentales antes que regular la organización del estado. Esta redacción de la Carta Magna es

²⁷⁴ PASTOR, Disraely Omar, *Constitución y Política Criminal*, Revista Derecho. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador. Época VI N° 1. Año 2006. 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: 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.”

un símbolo importante de la Filosofía del Estado Constitucional de Derecho que debería cumplirse en El Salvador, en el cual “el origen y fin de la actividad del estado” es el ser humano, o la persona humana según el tenor constitucional.

En líneas generales la Constitución de 1983 no se diferencia de la Constitución de 1962, salvo en las disposiciones que hemos estudiado a lo largo de nuestra investigación. Por lo cual para poder interpretar las disposiciones constitucionales debemos situarnos en la época de 1950 en el que el Constitucionalismo Social, las doctrinas de los Derechos Humanos, recordemos la Declaración Universal de 1948 y la noción del Estado de Bienestar de 1945. En la parte dogmática se reconocen Derechos Individuales, pero también Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Cuando afirmamos que el Estado debe satisfacer las necesidades básicas de la población nos referimos a que los Derechos reconocidos en la Constitución: Familia, Art. 32-36, Trabajo, Art. 38-52, Educación, Ciencia y Cultura, Art. 53-64, Salud Pública, Art. 65-70 Cn. Orden Económico: regulado en los artículos 101-120. Para explicar el orden económico citamos los primeros tres artículos que lo regulan:

“Art. 101.- El orden económico debe responder esencialmente a principios de justicia social, que tiendan a asegurar a todos los habitantes del país una existencia digna del ser humano.

El Estado promoverá el desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción, la productividad y la racional utilización de los recursos. Con igual finalidad, fomentará los diversos sectores de la producción y defenderá el interés de los consumidores.

Art. 102.- Se garantiza la libertad económica, en lo que no se oponga al interés social.

El Estado fomentará y protegerá la iniciativa privada dentro de las condiciones necesarias para acrecentar la riqueza nacional y para asegurar los beneficios de ésta al mayor número de habitantes del país.

Art. 103.- Se reconoce y garantiza el derecho a la propiedad privada en función social.

Se reconoce asimismo la propiedad intelectual y artística, por el tiempo y en la forma determinados por la ley.

El subsuelo pertenece al Estado el cual podrá otorgar concesiones para su explotación.”

Los artículos que regulan el orden económico claramente establecen una opción preferencial por la función de intervención del estado en la economía, que tiene la obligación de garantizar que el mismo responda a intereses de “justicia social, que tiendan a asegurar a todos los habitantes del país una existencia digna del ser humano”.

Como toda actividad estatal se puede realizar de manera directa, es decir a través de las distintas instituciones del estado, por medio de concesionarios o mediante sociedades de economía mixta en los servicios públicos estratégicos: transporte público (actualmente subsidiado), energía eléctrica (actualmente subsidiada), telecomunicaciones (privatizado en el año 2001), agua potable. Así como en algunos rubros que debido a la existencia de un mercado monopólico debería existir un monopolio estatal como la harina.

Hasta ahora se ha interpretado, fundamentado los programas económico-sociales en el consenso de Washington, que el Estado no debe intervenir en el desarrollo del libre mercado, lo cual ha influido en la derogación del delito de Monopolio, por poner un ejemplo. Pero en la Constitución de la República se establece la obligación del Estado de fomentar el desarrollo económico y social en base a principios de justicia social.

En este orden de ideas el Estado debe ser rector, mediante su política económica, que el crecimiento económico no genera desigualdad social.

Nuestra propuesta en este sentido es que el Estado debe crear empresas públicas y sociedades de economía mixta, para posibilitar que el desarrollo

económico social llegue a las clases subalternas, debido a que hasta la fecha no ha funcionado la iniciativa privada como único actor para aumentar los niveles de producción y productividad. En parte debido a que las reformas económicas en El Salvador se han destinado básicamente a crear industria maquilera, dejando al sector agropecuario olvidado, a este respecto es importante mencionar que una gran cantidad de insumos alimenticios se importan desde países del área centro americana y que el pedestal de la economía salvadoreña lo constituyen las remesas familiares que provienen de los salvadoreños que viven en Estados Unidos.

Entre otras consideraciones debemos manifestar que no existe una Política Monetaria, debido a que según la Ley de Integración Monetaria²⁷⁵ se implementó el dólar como moneda nacional en la práctica.

Sin entrar en más consideraciones de carácter económico, por no ser dicha nuestra área científica de estudio, baste afirmar que en El Salvador se debe cumplir con la Constitución de la República que establece que el orden económico debe responder a principios de justicia social, que se garantiza la libertad económica siempre que no se oponga al interés social y que la propiedad privada debe responder a fines de función social. Pues las condiciones de la economía salvadoreña en la actualidad no logran hacer realidad los principios de justicia social allí enunciados. Será tarea de los economistas brindar propuestas al sistema económico actual, por nuestra parte baste manifestar que el Estado como sujeto de Derecho puede actuar directamente, a través de concesionarios o mediante sociedades de economía mixta si la empresa privada no genera empleos²⁷⁶.

²⁷⁵ D.L. N° 201, del 30 de noviembre de 2000, publicado en el D.O. N° 241, Tomo 349, del 22 de diciembre de 2000.

²⁷⁶ Noticia publicada por ElFaro.net: titulada: La crisis demanda acciones, de fecha 19 de septiembre de 2011, disponible en internet: <http://www.elfaro.net/es/201109/opinion/5921/> página web consultada el día 25 de septiembre de 2011. “El Salvador no alcanzará las metas fiscales estipuladas en los

Anteriormente mencionamos que la Constitución reconoce los derechos sociales de Familia, Trabajo, Educación y Salud, pero dichos derechos en la realidad no se materializan, ya que existe desintegración familiar, falta de empleo y subempleo, falta de educación y un sistema de salud en crisis.

Mientras la Política Social no sea efectiva y los derechos antes mencionados no sean una realidad difícilmente se podrá generar una Política Criminal efectiva. Ya que el control penal es el último control social, pero las instituciones como la Familia, la Educación, inclusive la iglesia, son controles sociales informales que pueden jugar un rol importante en la lucha contra la criminalidad, para lo cual es necesario cambiar las condiciones de vida actuales por unas condiciones de vida dignas. Pues de nada sirve que la familia no tenga padre o madre, pues no se puede mantener un hogar y educar a los hijos al mismo tiempo, tampoco sirve de mucho conocer el decálogo si en la familia ninguno de los padres tiene un trabajo digno y teniendo en cuenta que muchos delitos producen un beneficio económico para el delincuente las personas sin poder adquisitivo se convierten en personas vulnerables y por ende con mayores posibilidades de cometer delitos contra el patrimonio.

acuerdos internacionales y todas las instituciones financieras y evaluadoras advierten, nuevamente, de la urgente necesidad de una reforma fiscal. Se trata de una reforma que el Presidente Funes no ha querido llevar a cabo, aparentemente, para no distorsionar aun más sus relaciones con las gremiales privadas, que se han negado a hacer la menor concesión.

La ANEP ha exigido también al Estado recortar gastos, señalando como inadmisibles el hecho de que el sector público haya producido el doble de plazas laborales que el sector privado. Ciertamente, en un país en el que apenas la quinta parte de la población posee un empleo digno, es inadmisibles que el sector privado salvadoreño tenga los niveles de inversión más bajos en toda América Central y que pretenda que el Estado salga solo de la crisis sin que ellos hagan ningún sacrificio.

Pero es inaudito que exijan congelar y recortar plazas en el sector público, porque si el Estado recorta en ese rubro, convertiríamos un parche para aliviar el gasto del Estado en una agudización de la crisis social. La ANEP ha propuesto un plan llamado compromiso por el empleo que sugiere mejorar los servicios de seguridad y educación, responsabilidad fiscal y crecimiento económico entre otros, que tiene muchas propuestas interesantes y que deben ser tomadas en cuenta por el gobierno.”

Hacemos la aclaración necesaria de que la pobreza usualmente se ha utilizado en los discursos políticos pero hasta la fecha no existe plan económico que haya disminuido los índices de la misma.²⁷⁷

2.-El control penal del Poder Político.

Anteriormente manifestamos que la Familia, la Educación y la religión son controles informales que pueden jugar un papel importante en el control de la criminalidad. Pero dichos controles sociales no tienen influencia en la conducta de algunos sectores de la población que tienen objetivos claros al realizar delitos. Entre estos sectores está el crimen organizado.

En el presente desarrollaremos algunas razones que fundamentan nuestra afirmación, de que es necesario ejercer un control penal estricto sobre el poder político, entre las cuales podemos mencionar: la relación entre el crimen organizado y el poder político, la impunidad en los delitos de corrupción (delitos de cuello blanco), finalmente analizando la forma en que se eligen a los funcionarios de segundo grado en El Salvador.

El crimen organizado por definición tiene íntima relación tanto con el poder político como con el poder económico, debido a que el mismo necesita tener un vínculo institucional para realizar delitos de narcotráfico, lavado de dinero y activos, tráfico de personas, tráfico de órganos, entre otros hechos delictivos. El mismo Presidente de la República “ha dicho en varios foros que

²⁷⁷ Al respecto de la pobreza hay un ensayo importante de la temática: ANTÓN MELLÓN, J. *Teoría Política y sociedad: la beneficencia como espejo social*, en *Sistema Penal y Problemas Sociales*, BERGALLI, R. et. al., Tirant Lo Blanc, Valencia, 2003. Págs. 161-162. “La pobreza continuará siendo un espejo social en el que nos veremos reflejados a nosotros mismos en cuanto a nuestras ideas, actos y modo de vida. Debemos escoger entre más maestros o más policías y soldados. Entre sociedades multiculturales, más justas y solidarias, o sociedades excluyentes e insolidarias a nivel estatal y/o planetario.”

el crimen organizado ha penetrado las instituciones de seguridad pública y el poder Ejecutivo”²⁷⁸

La doctrina, por su parte, ha reconocido el ligamen que existe entre el crimen organizado y los delitos de corrupción:

“Es innegable el parentesco entre las nociones próximas de delito de cuello blanco, económico o corporativo, con el crimen organizado. Ese parentesco ya estaba en el pensamiento de su fundador, Edwin SUTHERLAND (envía a: SUTHERLAND, *El Delito de cuello blanco*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1969. Págs. 167 y siguientes), que había señalado que, en el fondo, delito de cuello blanco siempre era crimen organizado. Este paralelismo proviene de semejanzas objetivas: su realización presupone una necesaria organización, formal o informal, una conjunción de intereses y de esfuerzos dotados de una cierta coordinación y un despliegue de medios aptos para alcanzar su objetivo; todo esto era evidente, además, a partir del hecho de que la investigación de SUTHERLAND versaba sobre la conducta delictiva protagonizada o generada por las corporaciones industriales y comerciales a través de las cuales se desarrollaba la economía de los Estados Unidos. Sin embargo, aun en esa primera referencia estaba presente una distinción que por mucho tiempo separaría ambos conceptos como pertenecientes a dos campos que, aunque relacionados, no se identifican plenamente o lo hacen con dificultad.”²⁷⁹

²⁷⁸ Noticia publicada por ElFaro.net, titulada “En El Salvador no hay corrupción”, publicada el día 10 de octubre de 2011, disponible en internet: <http://www.elfaro.net/es/201110/opinion/6211/> página web consultada el día 16 de octubre de 2011. “El presidente de la República, Mauricio Funes, ha dicho en varios foros que el crimen organizado ha penetrado las instituciones de seguridad pública y el poder Ejecutivo; el fiscal general, en cambio, públicamente dice no tener indicios de ello. En mayo pasado, publicamos una investigación titulada El Cártel de Taxis, en la que se consignaba la participación de alcaldes, jefes policiales, diputados, dirigentes deportivos y jueces en actividades ilícitas. El presidente Funes dijo después que estaba al tanto del caso, y que sus informaciones coincidían con lo publicado en El Faro. Ni siquiera la palabra del jefe del Ejecutivo bastó para que las instituciones encargadas de combatir la corrupción investigaran y dedujeran responsabilidades. Cuando los únicos que creen que el país está libre de corrupción son aquellos encargados de combatirla, el Estado está obligado a sustituirlos. A todos. Desde nuestros espacios informativos, en El Faro hemos denunciado reiteradamente irregularidades y abusos en el poder. En nuestros espacios editoriales, hemos exigido reiteradamente investigaciones que determinen responsabilidades. En lo segundo no hemos tenido éxito.”

²⁷⁹ VIRGOLINI, J.E.S., *La razón ausente, ensayo sobre criminología y crítica política*, prólogo de Massimo Pavarini, 1ª Edición, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005. Págs. 180-181. “Por una parte, el origen histórico del concepto de crimen organizado difiere sustancialmente de la matriz académica que dio vida al delito de cuello blanco. El primero nació como resultado de las definiciones de las

En el caso de Centro América, y especialmente El Salvador, consideramos que los índices de homicidios han aumentado de manera significativa precisamente por el auge del crimen organizado, la ONU, a través de la oficina contra la droga y el delito, ha realizado diversos estudios y ha manifestado que:

“En muchos países con altas tasas de homicidios la cantidad de homicidios cometidos con arma de fuego también es mayor y está asociada frecuentemente con las actividades ilícitas de los grupos del crimen organizado, los cuales frecuentemente están ligados con el tráfico de drogas, la raíz que causa la oleada de homicidios en América Central en los años recientes. En los últimos cinco años, las tasas de homicidios han incrementado en seis de 8 países en América Central, con algunos países viendo aumentar sus tasas en más del doble en el mismo período. Estas tendencias son atribuidas en gran parte a las fluctuaciones en el tráfico de cocaína en América Central, el cual puede llevar a conflictos criminales como resultados de ambos aumentos y descensos en el flujo de droga, esta última tiene una particularidad resultando en que la competencia aumenta entre los grupos de narcotraficantes. Para afirmar su autoridad, marcan su territorio o retan a las autoridades, los grupos de crimen organizado también usan violencia letal indiscriminada que no puede ser directamente atribuida a tráfico de drogas pero ha resultado, en años recientes, en los homicidios de numerosos diputados, funcionarios públicos, oficiales de policía, así como particulares. El aumento de la violencia

agencias de seguridad estadounidenses, que procuraban delimitar un conjunto de fenómenos que de alguna manera se distinguían de la criminalidad convencional, pero que tenían en común con ésta el carácter marginal o culturalmente descentrado de sus actores. De esta forma, el delito o el crimen organizado fue el apelativo utilizado para designar formas de criminalidad que representaban una amenaza a los estilos de vida dominantes de las clases medias, por desplegarse en la explotación de una serie de actividades ilícitas o de un conjunto de servicios culturalmente desaprobados. Así, el juego, la prostitución, la distribución de alcohol durante la prohibición, el sistema de la protección extorsiva y otras actividades criminales menores, hasta alcanzar con el tiempo a la distribución de estupefacientes, constituyeron, más que simples actividades prohibidas, verdaderas marcas criminales que se dirigían a un preciso estereotipo de criminal: el del integrante de una sociedad secreta, verticalmente jerárquica, cohesionada a través de lazos de fidelidad fundados en la identidad racial, los vínculos familiares y el empleo de la violencia. De esta forma, una de las vertientes más difundidas en los Estados Unidos fue la que identificaba al crimen organizado como la expresión de una suerte de conspiración extranjera, portadora de un mal temible por su violencia, su clandestinidad y su difusión en el territorio, que se había organizado de tal manera que todas sus ramificaciones respondían en última instancia a un grupo, un comité o una familia centralizada o dominante.”

redibuja los límites de su propia aceptación y al hacerlo estimula los homicidios aún más”²⁸⁰

Teniendo en cuenta que en El Salvador se ha comprobado que existen vínculos entre el poder político y el narcotráfico, en el caso del ex diputado suplente Eliú Martínez, es necesario aclarar que en el país existe impunidad, por ejemplo dicho ex diputado no fue juzgado y condenado en El Salvador, más bien lo extraditaron a Estados Unidos en virtud de una reforma constitucional sin precedentes²⁸¹ y fue condenado finalmente, en enero de 2006, a 29 años de cárcel.

Otro hecho que para nuestro estudio es emblemático es el caso del también diputado suplente Roberto Carlos Silva Pereira quien estaba siendo juzgado por los delitos de cohecho y lavado de dinero, pero se fugó después que la Cámara primero de lo penal girara orden de detención contra el imputado. Dicha orden fue cumplida por la policía 12 horas después de haber

²⁸⁰ *Estudio Global sobre Homicidios 2011, Tendencias, Contextos y Datos*, Oficina contra la droga y el delito de las Naciones Unidas. Pág. 10. Disponible en internet: “In many countries with high homicide rates the share of firearm homicides is also greater and is often associated with the illicit activities of organized criminal groups, which are often linked to drug trafficking, the root cause of the surge in homicides in Central America in recent years. In the last five years, homicide rates have increased in five out of eight countries in Central America, with some countries seeing their rate more than double in the same period. These trends are largely attributable to fluctuations in cocaine trafficking in Central America, which can lead to criminal conflicts as a result of both increases and decreases in drug flows, with the latter particularly resulting in increased competition between drug trafficking groups. To assert their authority, mark their territory or challenge the authorities, organized criminal groups also use indiscriminate lethal violence that may not be directly attributable to drug trafficking but has resulted, in recent years, in the murders of numerous state representatives, elected officials and law enforcement officers, as well as members of the general public. Increasing violence redraws the boundaries of its own acceptability and in so doing fuels homicide yet further.”

²⁸¹ Noticia publicada por ElFaro.net, titulada: “Desde 2001 las autoridades de El Salvador investigaban por narcotráfico y lavado de dinero a William Eliú Martínez, quien fue diputado suplente del Partido Acción Popular (PAN) de 2000 a 2003, pero optaron por no capturarlo. En lugar de eso, fueron parte de una operación coordinada con Estados Unidos para que fuera la justicia de este país la que se hiciera cargo. Según el cable 47809 (envía a: <http://www.wikileaks.elfaro.net/es/201108/cables/5236/>) de la embajada de Estados Unidos, colaboraron para que este fuera detenido en Panamá y extraditado al país estadounidense en una operación realizada por la Agencia Federal Antidrogas de Estados Unidos (DEA, por sus siglas en inglés), el 12 noviembre de 2003. Dos años después, la embajada recordaba en el cable la participación activa de las autoridades salvadoreñas en el éxito de la operación y la imposibilidad de extradición del ex diputado si este hubiera sido capturado en El Salvador. Hasta entonces, la Constitución salvadoreña impedía la extradición de algún salvadoreño hacia otra nación.”

sido notificada en los medios de comunicación de manera oral, aun cuando en los medios de comunicación se expresó que la notificación fue entregada a la policía el día siguiente en la mañana. Por esta razón la policía no realizó la detención en tiempo, aunque a nuestro parecer se le ayudó al ex diputado en la fuga:

“Magistrado de CSJ también señala a PNC. El magistrado de la Corte Suprema de Justicia, Marcel Orestes Posada, también criticó la actuación de la Policía y defendió la labor de sus colegas de la Cámara Primera de lo Penal. Para este miembro de la máxima institución judicial, la PNC no debió esperar la comunicación escrita de la orden de detención. “La Policía pudo actuar desde el momento en que la resolución se hizo pública, y no esperar varias horas”, dijo a un informativo de la televisión local.²⁸²

En esta coyuntura cobra especial importancia el hecho de que son los mismos diputados quienes eligen a los funcionarios de segundo grado según el artículo 131 numeral 19 de la Constitución de la República:

“131.-Corresponde a la Asamblea Legislativa: (...) 19. Elegir por votación nominal y pública a los siguientes funcionarios: Presidente y Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Presidente y Magistrados y miembros del Consejo Central de Elecciones, Presidente y Magistrados de la Corte de Cuentas de la República, Fiscal General de la República y Procurador General de la República;”

²⁸² Noticia publicada en el periódico Co-Latino, titulada: “FMLN pedirá investigar a Fiscalía y Policía por fuga de diputado Silva”, de fecha 31 de enero de 2011. Disponible en internet: <http://www.diariocolatino.com/es/20070131/nacionales/39734/FMLN-pedir%C3%A1-investigar-a-Fiscal%C3%ADa-y-Polic%C3%ADa-por-fuga-de-diputado-Silva.htm?tpl=69> Página web consultada el día 16 de octubre de 2011. “Funcionarios rechazan señalamientos Los representantes de la Fiscalía y Policía rechazaron las críticas del FMLN y negaron los señalamientos de incumplimiento de deberes, al tiempo que arremetieron de nuevo contra los magistrados de la Cámara Primera de lo Penal. Rodrigo Ávila afirmó que la fuga del legislador sólo pudo evitarse si la referida cámara hubiera filtrado un informe confidencial a la Policía, que hubiera permitido prepararse para realizar la captura en el momento mismo en que los magistrados hicieran pública la resolución. El director de la PNC considera que otra forma de asegurar la captura era que la cámara obligara al imputado a estar presente al momento leer la resolución, y no hacerlo ante sus abogados y los medios. “Así lo hubiéramos capturado en ese mismo instante, como hemos hecho en otros casos”, indicó Ávila.””

Por lo cual se deben establecer controles tanto a los funcionarios de primer grado: diputados, presidente y ministros, jueces y magistrados, como los de segundo nivel.

En El Salvador la depuración de jueces y magistrados también presenta problemas en la práctica, por lo cual el crimen organizado podría estar involucrado con los jueces y magistrados. Las declaraciones de tres magistrados de la Corte Suprema de Justicia, incluyendo al presidente de dicho órgano, son claras al respecto:

“Un grupo de magistrados de la Corte Suprema de Justicia (CSJ) está bloqueando la depuración de jueces señalados en una serie de irregularidades en las que supuestamente han incurrido en el ejercicio de sus funciones, denunciaron ayer el presidente del Órgano Judicial Belarmino Jaime y su colega de la Sala de lo Constitucional, Florentín Meléndez. Coinciden en que hay una tímida actuación de la CSJ para destituir a los malos jueces que han incurrido en casos graves de corrupción, pero que gozan de la protección de algunos magistrados quienes se niegan a dar los votos. Florentín Meléndez no se anduvo con rodeos y responsabilizó al magistrado Ulises del Dios Guzmán de estar al frente de ese grupo de magistrados que están obstaculizando que se actúe drásticamente contra los jueces denunciados. (...) En la misma sintonía, el magistrado Marcel Orestes Posada, también expresó que no se tienen los votos necesarios, por ese grupo de colegas a quienes llama disidentes y que se están oponiendo a impulsar el proceso de depuración.”²⁸³

²⁸³ Noticia publicada por Diario El Mundo, titulada: “Acusan a grupo de magistrados bloquear depuración de jueces”, publicada el día: 15 de septiembre de 2011, disponible en internet: <http://www.elmundo.com.sv/nacionales-/17107-acusan-a-grupo-de-magistrados-bloquear-depuracion-de-jueces.html> página web consultada el día 16 de septiembre de 2011. “Cada vez que el presidente agenda casos contra jueces denunciados por ciudadanos, viene una batería, una oposición de un pequeño grupo de magistrados liderado por Ulises del Dios Guzmán que se oponen que se toque cualquier juez y cualquier abogado y notario de este país” sostuvo Meléndez. Agregó que “eso es insostenible, la ciudadanía está esperando con todo derecho que se sanee el Órgano Judicial, si no se sana el Órgano Judicial, no podemos tener una justicia, rápida, eficaz y cumplida como nos manda la Constitución”. Según Meléndez, por de pronto tendrán que esperar el próximo año cuando se nombre a nuevos cinco magistrados. Sostuvo que la esperanza se centra en que la Asamblea Legislativa elija a funcionarios independientes, imparciales y comprometidos con la justicia; si eso llega a ocurrir estos serios problemas de estancamiento de limpieza del Órgano Judicial podrán impulsarse, sostuvo. El presidente de la CSJ, admite que en su gestión son pocos los jueces suspendidos y destituidos, aunque

Finalmente manifestamos que la elección del titular de la Fiscalía General de la República, en varias ocasiones, ha respondido no al mandato constitucional que obliga a los diputados a elegir a alguien que llene los requisitos de: “moralidad y competencia notorias”. Más bien se ha elegido a funcionarios que han sido militantes del partido de turno en el gobierno que en la práctica han demostrado ser incapaces, además de mostrar falta de voluntad para investigar casos importantes sobre crimen organizado, debido a que miembros del partido de gobierno estaban involucrados en dichos casos.²⁸⁴ De esta misma forma existen suficientes muestras de la incapacidad del actual Fiscal General de la República quien luego de 2 años de haber sido elegido no ha designado al Fiscal General Adjunto para no someterse al antejuicio iniciado en su contra, ante lo cual la Asamblea Legislativa modificó el artículo 26 literal b de la Ley Orgánica de la FGR estableciendo un plazo de 30 días a partir de la fecha en que tome posesión del cargo para nombrar sustituto.

deberían ser más, pero no se tienen los votos. “No es una decisión particular mía, sino una decisión de corte plena donde estamos 15 magistrados y por lo menos hay que tener ocho votos para tomar decisiones. Se discute, se habla y todo, y al final no se tienen los votos. Es relativamente poco lo que se ha hecho en depuración judicial y eso definitivamente hay que mejorarlo” comentó Jaime.”

²⁸⁴ Noticia publicada por el periódico ElFaro.net titulada: “Safie, el sabueso que se esfumó”, autor: Rodrigo Baires Quezada, publicada el 31 de agosto de 2011, disponible en internet: <http://www.wikileaks.elfaro.net/es/201108/notas/5209/> página web consultada el día: 17 de septiembre de 2011. “Según el cable 87668 (envía a: <http://www.wikileaks.elfaro.net/es/201107/cables/5232/>), en una conversación entre un oficial político de la sede diplomática y el ex fiscal general, el primero le había recordado que mucha gente estaría siguiendo el caso de corrupción de Silva Pereira, así como el del ex alcalde Mario Osorto, “para ver si El Salvador se toma en serio el combate a la corrupción política”. Entonces, según el documento, “Safie estuvo de acuerdo y dijo que iba a poner todos sus recursos detrás de la acusación” contra los políticos. Lo de poner a disposición todos los recursos de la Fiscalía detrás de Silva Pereira quedó en entredicho en 2009, cuando un hilo de la investigación podía llevar a un caso de corrupción en el sistema de justicia salvadoreño. Adolfo Tórrez, entonces director departamental del partido Arena en San Salvador, había pedido a Silva Pereira 500 mil dólares a cambio de la garantía de que se desvanecieran todos los cargos que pesaban contra él. La petición constaba en la grabación de una conversación telefónica entre Tórrez y Silva Pereira, que fue hecha llegar a Safie por el Consejo Federal de Investigaciones (FBI) estadounidense. Después de recibir la grabación, y a diferencia del interés entusiasta que Safie había mostrado a los estadounidenses tres años atrás, esta vez, tras una consulta a Tórrez, decidió que no había por qué investigar.”

Entre otras razones que nos llevan a argumentar que el actual Fiscal General ha sido incapaz de investigar los grupos del crimen organizado se encuentra el hecho de que a más de un año de haberse aprobado la ley especial para la intervención de las comunicaciones. La Asamblea Legislativa citó al titular de la FGR para explicar este retraso:

“La comisión de legislación del parlamento acordó ayer citar al fiscal general de la República, Romeo Barahona, para que les explique por qué aún no funciona el centro de intervención de las telecomunicaciones, al cual ya se le aprobaron las plazas para su personal. La instancia legislativa tomó la decisión tras recibir una carta del procurador para la Defensa de los Derechos Humanos, Óscar Luna, donde expresa su preocupación porque a más de un año de aprobarse la ley, el centro aún no está funcionando.”²⁸⁵

Por las razones antes expuesta consideramos necesario que los funcionarios de segundo grado tengan independencia de los partidos políticos, que los mismos sean elegidos en atención a la competencia comprobada tanto en su formación como en su práctica. Además de lo cual debe existir un control penal para los que ejercen poder político: funcionarios de elección popular o de primer grado, como para los funcionarios públicos que son elegidos por la asamblea legislativa. De esta forma se podría luchar con mayor efectividad contra el crimen organizado.

3.-El control penal del Poder Económico.

²⁸⁵ Noticia publicada por La Prensa Gráfica, titulada: Asamblea emplaza a fiscal por escuchas, autor: Amadeo Cabrera, publicada el día 12 de octubre de 2011. Disponible en internet: <http://www.laprensagrafica.com/el-salvador/politica/223213-asamblea-emplaza-a-fiscal-por-escuchas.html> página web consultada el día 11 de octubre de 2011. “Esto implica que se está desaprovechando una herramienta que podría proveer una enorme utilidad en el combate a la delincuencia, en especial el crimen organizado y otros delitos de realización compleja”, advierte Luna en la misiva. El presidente de la comisión de legislación, el arenero Guillermo Ávila Qüehl, dijo que el fiscal responderá por la capacitación del personal, adquisición del equipo y del inmueble donde funcionará el centro. El diputado arenero Mario Valiente recordó que la Fiscalía tiene más \$19 millones para el centro, producto de ayuda de Estados Unidos y del dinero encontrado en un narco-barril.”

Anteriormente analizamos con cierto detenimiento el delito de Monopolio, así como su influencia en la Economía de El Salvador, nuestra posición al respecto es que debe someterse al poder económico a un estricto control penal, tanto en los delitos contra la Hacienda Pública, debido a que la empresa privada puede cometer los delitos de evasión fiscal al modificar las declaraciones de renta, por ejemplo, en cambio a un ciudadano asalariado difícilmente se le puede imputar tal delito.

Otra razón para controlar penalmente al gran capital, poder económico, es el vínculo entre el narcotráfico, los delitos de lavado de dinero y activos, así como las experiencias pasadas de estafas multimillonarias que han quedado en la impunidad. Estos delitos al perjudicar a muchos ciudadanos se convierten en graves atentados a la propiedad privada de los menos poderosos, económicamente hablando.

Lo anterior constituiría un esfuerzo sin previo antecedente pues en nuestro país no se persiguen los delitos de evasión al fisco, como en otras latitudes sí.

4.-La transformación de las instituciones públicas.

Al analizar la responsabilidad de las instituciones públicas, así como en el apartado anterior en el cual estudiamos al poder político y su incidencia en el control sobre la criminalidad, pudimos observar cómo existe una crisis institucional. Dado que no existe el presupuesto para que las instituciones puedan llevar a cabo sus funciones de manera óptima, tampoco existe el personal calificado, pensemos en los fiscales generales de la república: el actual y los anteriores, así como la imposibilidad de que existe depuración judicial, el hacinamiento en los centros penitenciarios, la imposibilidad de los ministerios de salud y educación en brindar condiciones dignas a los

usuarios de dichos sistemas, la falta de coordinación entre las instituciones PNC y FGR. Entre otras razones.

Esto nos lleva a afirmar categóricamente que es necesario que las instituciones sean estructuradas de manera eficiente, que se realice una auditoría del personal de las instituciones públicas, a efectos de encontrar las deficiencias, separar al personal que no cumple el requisito de idoneidad y contratar a personal altamente calificado. Sólo de esta forma se podrá realizar una transformación de la institucionalidad del país. Debe evitarse, tal como lo hemos manifestado, la contratación con objetivos de beneficios partidarios, familiares y personales.

Para ello se debe respetar las disposiciones constitucionales del Juicio Previo, que también son aplicables en materia administrativa disciplinaria, pero también debe modificarse la legislación administrativa en general. Debido a que en la actualidad existe una multiplicidad de legislación administrativa, cada institución tiene una Ley Orgánica, un Reglamento Disciplinario, un Reglamento sobre salarios (escalafón).

Además existen procedimientos diferentes en cada institución. Por esta razón no sólo es necesario crear una ley para sancionar a los servidores públicos, sino también es necesario crear una ley sobre procedimientos administrativos, así como una ley sobre la jurisdicción contencioso-administrativa. Actualmente existe un único Tribunal que conoce en materia contencioso-administrativo a nivel de todo el país. Siendo este Tribunal la Sala de lo Contencioso-Administrativo.

El Derecho Administrativo en El Salvador ha estado en un período de letargo, la ley de la jurisdicción contencioso administrativa es preconstitucional y por tanto no se adecúa a la realidad actual. Finalmente mencionaremos que un desarrollo del Derecho Administrativo facilitaría el

ejercicio y goce de los derechos constitucionales, ya que el Estado estaría obligado por ley a cumplir con los fines de la Constitución de la República, asimismo las instituciones públicas estarían reguladas por un ordenamiento coherente y armónico, facilitando el ejercicio, goce y la protección jurisdiccional del administrado en relación con el Estado.

CAPÍTULO CUATRO

SÍNTESIS DE LA INVESTIGACIÓN DE CAMPO

4.1.-Problema e Hipótesis

A lo largo de nuestra investigación hemos desarrollado planteamientos teóricos en base a la doctrina, la jurisprudencia, la legislación nacional e internacional, así como a la realidad jurídico-penal de El Salvador, el hilo conductor de nuestra investigación ha sido la situación problemática, la cual hemos enunciado de la siguiente forma: La problemática anteriormente plateada, *los altos índices de criminalidad*, se puede enunciar en forma de pregunta de la siguiente manera: **¿En qué medida son efectivas las decisiones estatales para controlar la criminalidad?**

Entre las decisiones que toma el estado se encuentran: ¿Qué hechos son constitutivos de delitos? ¿Qué Sistema Penal debe adoptarse en el estado? ¿Qué Pena y qué clase de Penas se aplican en el país? ¿Qué programas de Prevención existen en el país? ¿Qué políticas de empleo existen en el país? ¿Qué otros programas sociales existen en el país? ¿Qué leyes especiales deben aplicarse en el país?

Dicho problema se ha enunciado en forma positiva de la siguiente forma: **“La Política Criminal en El Salvador y su Efectividad en el Combate contra la Criminalidad”**.

A partir del marco planteado se diseñó un Sistema de Hipótesis, una hipótesis General y cinco Hipótesis Específicas, de la siguiente forma:

Hipótesis General: “La falta de una Política Criminal determina que los funcionarios públicos que tienen competencias en materia de seguridad y

justicia, en los diferentes órganos de gobierno y demás instituciones públicas, irrespeten las garantías y derechos constitucionales de los ciudadanos en la lucha contra la criminalidad y no logren el objetivo de controlar la criminalidad”.

Hipótesis Específicas:

1.-“La represión del delito a través de la prisión no es el medio más efectivo para controlar la criminalidad en nuestro país”.

2.-“En El Salvador no se respetan las Garantías Constitucionales a favor de los ciudadanos al momento de perseguir la comisión de delitos por medio de la Acción Penal Pública”.

3.-“La carencia de infraestructura y recurso humano idóneo en las instituciones públicas impide que las mismas cumplan con sus funciones constitucionales”.

4.-“El papel de la Fuerza Armada en la lucha contra la criminalidad es de carácter extraordinario y al convertirse en permanente se ha vuelto una acción inconstitucional”.

5.-“En El Salvador las condiciones del sistema penitenciario impiden que se cumplan los fines constitucionales de la pena”.

4.2.-Métodos y Técnicas usadas

En el curso de nuestra investigación, como lo establecido en el Diseño de Investigación, realizamos nuestro estudio científico de la siguiente forma: en los dos primeros capítulos la investigación sería de Tipo Bibliográfica o Documental, en atención a que la misma se ha realizado en base a la Dogmática Jurídico-Penal, al Derecho Procesal Penal y al Derecho de Ejecución de Penas y Medidas, siendo el objeto de estudio principal el

Sistema Penal, su configuración Constitucional, su Configuración Legislativa y la Efectividad del mismo en la lucha contra la criminalidad.

Asimismo se analizaron documentos creados por las instituciones de gobierno competentes en materia de seguridad, específicamente se analizaron tanto el Programa de Gobierno del partido que ganó las últimas elecciones presidenciales, como el Plan Quinquenal de Desarrollo proveniente de la Secretaría Técnica de la Presidencia de la República.

Afirmarnos lo anterior debido a que las fuentes bibliográficas han aportado la mayor cantidad de datos a procesar, así como un informe realizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, realizado en relación a la situación de las personas privadas de Libertad. De forma tal que los métodos utilizados han sido la investigación bibliográfica-documental de los expositores del Derecho, la Criminología y la Política, así como el análisis de contenido de la bibliografía estudiada. Aparte de los métodos generales, a saber: análisis, síntesis, inducción y deducción. Esto sin menospreciar las entrevistas que realizamos a dos funcionarios públicos, una a un abogado que fungió 16 años como fiscal, en diferentes cargos, la segunda entrevista se realizó al Jefe de la Regional A del Departamento de Libertad y Prueba Asistida. Consideramos que este trabajo de campo es valioso pero nuestra investigación ha sido eminentemente jurídica, por lo cual no es posible desarrollar una investigación de campo sobre el tema.

El alcance de nuestra investigación comprende el desarrollo histórico de la Política Criminal en El Salvador, los cambios de paradigmas en dicho desarrollo histórico, las fuentes reales de la contrarreforma penal, el Programa Penal de la Constitución de la República, así como la correspondencia entre este y la legislación secundaria, la finalidad de las penas en El Salvador y la efectividad del cumplimiento de la realidad normativa en relación a la realidad fáctica. Finalmente se ha tratado de

desarrollar una investigación tanto a nivel descriptivo y explicativo como a nivel predictivo.

4.3.-Procesamiento de la Información Obtenida

La información obtenida, por el carácter de la investigación realizada, se limita a bibliografía: doctrina, jurisprudencia y legislación, tanto nacional como internacional. La excepción la constituye el informe de la CIDH sobre el estado de las personas privadas de libertad en nuestro país y las entrevistas realizadas a funcionarios y ex funcionarios de instituciones como la FGR y el Departamento de Libertad y Prueba Asistida. El abordaje a dicho estudio se ha realizado de la siguiente forma:

Se han leído y analizado los apartados más importantes del informe de la CIDH, se han confrontado los datos con las estadísticas brindadas por la Dirección General de Centros Penales y tras encontrar coincidencia en los datos se le ha otorgado valor científico en nuestra investigación, dichos datos se han utilizado para poder comprobar las teorías que fundamentan a las penas, las críticas a dichas teorías y las propuestas alternativas a la pena de prisión.

Asimismo se ha utilizado información proveniente de los medios de comunicación escrito de nuestro país, tanto en físico (periódicos matutinos y vespertinos), como periódicos electrónicos (El Faro y Contrapunto). Esta información se utilizó para documentar los acontecimientos sucedidos tanto en materia penitenciaria como en cuanto a los fundamentos fácticos de la Contrarreforma Penal, a pesar de no ser insumos científicos.

Finalmente es importante mencionar las estadísticas que la Dirección General de Centros Penales tiene a disposición del público en su página oficial, dichas estadísticas están diseñadas en números y en porcentajes, fue de innegable importancia para nuestro trabajo debido a que allí pudimos

encontrar diferentes estadísticas y hemos podido observar cómo ha evolucionado el sistema penitenciario en los últimos 6 meses, actualizando las estadísticas una o dos veces por semana. A pesar de no haber muchos cambios desde mayo de 2011 las estadísticas muestran cómo influyen diversos factores en el hacinamiento: entre los que podemos citar las detenciones provisionales que representan casi el 30% del total de personas reclusas en el sistema penitenciario.

4.3.1.-Entrevista a funcionario del DEPLA

Nombre del entrevistado: Lic. Wilfredo Preza. Jefe de la Regional Central A del DEPLA.

La técnica utilizada en el desarrollo de esta actividad fue la entrevista estructurada. En las preguntas en que no existía una opción válida para responder se tomaron apuntes sobre las observaciones realizadas. El desarrollo y las respuestas de la entrevista es el siguiente:

1. ¿En su opinión existe una Política Criminal en El Salvador que esté diseñada tomando en cuenta las disposiciones constitucionales que regulan los Derechos y Garantías penales? **La respuesta fue no.**

2. Si la respuesta a la pregunta anterior es Sí ¿Cómo considera usted que está diseñada dicha Política Criminal? **Respondió que mal.**

3. ¿Cree usted las decisiones Político-Criminales son efectivas para Controlar la Criminalidad? **El entrevistado respondió que no.**

4. ¿La Política Criminal de El Salvador respeta los Derechos y Garantías Constitucionales? **Respondió que no.**

5. ¿Considera que el uso de testigos sin rostro en el Proceso Penal regulado por la ley del crimen organizado y delitos de realización compleja violenta Garantías Fundamentales? **Respondió que sí.**

6. ¿Considera que en El Salvador existen leyes especiales que irrespeten Derechos Fundamentales? **Respondió que no.**

7. ¿En El Salvador cumplen los fines constitucionales de la pena contenidos en el artículo 27 de la Carta Magna en la Ejecución de las Penas y las Medidas de Seguridad? **Respondió que no.**

8. ¿Se cumple con la regulación de la Ley Penitenciaria en la organización y funcionamiento del sistema penitenciario? **Respondió que no.**

9. ¿Cree usted que las condiciones actuales del Sistema Penitenciario favorecen la readaptación, ayudar a formar hábitos de trabajo y procuran la prevención de delitos? **Respondió que no.**

10. ¿En El Salvador existen instituciones especializadas para el cumplimiento de las medidas de seguridad de internamiento? **Respondió que no.**

11. ¿Conoce usted algún caso en el cual se hayan cometido delitos dentro de la prisión? **Respondió que sí.**

12. ¿Considera usted que la prisión es el medio más efectivo para controlar la criminalidad? **Respondió que no.**

13. ¿Existe carencia de Infraestructura y Recurso Humano en Instituciones Públicas como la FGR, PNC, Dirección General de Centros Penales y el Departamento de Prueba y Libertad Asistida? **Respondió que Sí.**

14. ¿A su criterio existe alguna relación entre la carencia de recursos humanos y económicos de las instituciones y el éxito o el fracaso de dichas instituciones en la lucha contra la criminalidad? **Respondió que Sí.**

15. ¿En el Sistema Penitenciario, los mecanismos de Libertad Condicional y Libertad Condicional Anticipada se aplican en la práctica o existen obstáculos para que los internos gocen de dichos beneficios penitenciarios? **Respondió que sí.** Aquí se hizo la observación de que a veces no se aplican los mecanismos de Libertad Condicional debido a que los informes de los Consejos Criminológicos son negativos.

16. ¿Existen locales adecuados para el cumplimiento de las penas no privativas de libertad? **Respondió que no.**

17. ¿En los Centros Penitenciarios se dividen a los internos según lo establecido por el artículo 90 de la Ley Penitenciaria? **Respondió que no sabe.**

Entre las observaciones que manifestó el licenciado Preza podemos citar:

-Que la Política Criminal no es únicamente hacer leyes. Sobre las reformas a las leyes manifestó que se han hecho reformas atendiendo al populismo político, por tanto sólo se han aumentado las penas.

-Que no hay tratamiento integral sobre la problemática de Centros Penales, únicamente se han tomado medidas mínimas. Es como tomar diazepam, una medicina que sólo duerme al enfermo.

4.3.2.-Entrevista realizada al funcionario de la FGR

Nombre: Lic. Diego Escobar.

Cargo: El licenciado Escobar fungió durante 16 años en la Fiscalía General de la República, desempeñando diversos cargos entre los cuales podemos mencionar: fiscal adscrito en diferentes juzgados, fiscal específico, jefe de zona, miembro del consejo fiscal, miembro del consejo de la carrera

fiscal, el último cargo desempeñado fue Director de la División de Intereses de la Sociedad. Cargo desempeñado por tres años hasta el 15 de diciembre de 2009. Así como aspirante a Fiscal General de la República.

La técnica utilizada fue la entrevista no estructurada, incluyendo en la misma un dispositivo para grabación de audio.

Se preguntó al entrevistado los aspectos positivos y negativos de las funciones que realiza la Fiscalía General de la República.

Respuesta: El entrevistado dijo que la Fiscalía General de la República “es una institución con incidencia en el quehacer democrático y por consecuencia también en la política criminal del estado salvadoreño, un primer acercamiento pasa por explorar los aspectos teóricos que la conforman con raigambre constitucional busca que en la investigación de delitos esta debe tener una dirección, una conducción por encima, fiscalizadora, controladora de las actuaciones de la PNC. Eso es una aproximación inicial y quizás enunciativa de la labor de la fiscalía. Pero esta premisa inicial hay que confrontarla con lo que sucede en la realidad, allí hay varias pistas que nos van a permitir ir desglosando el tema y por tanto aproximarnos a qué es lo que sucede.

En primer lugar no podría dejar de mencionar el interés, la vinculación, el control que ejerce la clase política sobre la institucionalidad. Teóricamente la clase política no debería tener un efecto incidente, un impacto vertebral, pero en la realidad lo tiene. Entonces si esto es cierto hay muchos casos y algunas estrategias que deben analizarse bajo esta óptica, es decir que la clase política dicta lineamientos. Luego creo que es importante mencionar que como la FGR teniendo una función tan protagónico en la sociedad no tenga independencia presupuestaria que nazca de la Constitución, esto nos lleva a reflexionar sobre el debate que debe abrirse sobre la reforma

constitucional de cara al presupuesto de la FGR. Igualmente no puedo dejar de mencionar los perfiles de los fiscales generales y como el perfil del titular ha hecho que la decadencia aumente, él no ha tenido ni el perfil técnico ni conductual y en el conductual yo le recomiendo que revise los periódicos, usted puede rastrear incluso temas de su conducta en sus diferentes medios, lo invito a que revise bueno diferentes periódicos, podría mencionar ElFaro.net, La Prensa Gráfica, El Mundo que ha publicado desde 2006 algunas cosas que estamos comentando. Luego la formación del titular se describe a partir de su producción académica y allí vamos a concluir de una manera contundente y muy simple: no tiene producción. Entonces es un hombre desligado de la academia. Con esto intento describir que la crisis es muy severa a partir de la actual gestión. Otro tema que quisiera mencionar es lo vinculado a lo que yo denominaría la comunidad fiscal y de nuevo le voy a dar algunas pistas o algunos teas que deben ser desarrollados de manera pormenorizada, número uno no hay producción académica, ya eso le está indicando mucho, porque esto implica que hay conformismo, hay haraganería intelectual, no hay vocación de estudio y la máxima de Couture es que abogado que no estudia todos los días cada día es menos abogado, para citar una máxima. El otro tema que tiene que ver con lo primero que le dije es sobre el vínculo de la clase política en la FGR. Yo quisiera partir de una premisa: quien manda en la Fiscalía es la Policía. Y eso es sumamente grave porque lo que estoy diciendo entra en pugna por lo regulado por el Constituyente, esto merece un estudio pormenorizado, es decir que si mi afirmación es falsa o no. Creo que es verdadera a partir de la casuística, mire el común denominador en los casos es que el investigador entrega una carpeta para que el Fiscal la estudie la regla es que el fiscal no ha controlado la investigación, a lo mejor en algunos casos sí, pero le estoy hablando de la regla general. Voy a colocarme en el puesto de que el fiscal hace observaciones. El procedimiento que se sigue es el siguiente: el investigador

habla con su jefe policial el que habla con el jefe fiscal, y si la observación del jefe fiscal coincide en el entendido que la observación es realizada por motivos técnicos, entonces la cadena de mando va subiendo dependiendo del caso incluso el director le puede hablar al FGR diciéndole que dé la directriz respectiva. Claro el principio de jerarquía dice esto pero recordemos que hay una especialización y si el fiscal está dando razones y motivos, creo que los mismos deben ponderarse no desde la ponderación jerárquica sino desde el punto de vista científico es decir debe dilucidarse quién tiene la razón. Me paso a otro punto de vista, a otra arista de esto que le estoy diciendo: en la policía no se ha logrado corregir en estos dos años y medio de gobierno que llevamos que el trabajo del investigador se mide a partir de las detenciones administrativas que genera, esto a mi juicio es nefasto, nos ha provocado un daño como sociedad y creo que la academia bueno ni en la academia ni en ningún otro escenario se está debatiendo este tema, me parece importante llevar este debate a la más alta consideración, lo que al investigador le interesa es que el fiscal le otorgue una administrativa, una vez otorgada la detención administrativa incluso en sede policial se archiva el caso. En la instrucción, que por antonomasia es la fase en la que se va a investigar el futuro dictamen de acusación o dictamen de sobreseimiento si ese fuera el caso vemos que no tiene cumplimiento, ahora bien hay otro fenómeno cumplir metas ha llegado a tal punto que buena parte de las detenciones administrativas no gozan del respaldo teórico, esto es de los presupuestos jurisprudenciales, doctrinarios y desde luego legales que exige, es decir apariencia de buen derecho, peligro de fuga, etcétera, buena parte de las mismas no se cumplen.”

Posteriormente se consultó sobre la creación de la ley del crimen organizado y delitos de realización compleja en relación con la ley de protección de víctimas y testigos y el uso de los testigos sin rostro.

¿Cuál es su apreciación al respecto, se deja en indefensión al imputado ahora que no existe el careo?

Respuesta: “Mire primero decirle que el combate al crimen organizado pasa por un replanteamiento en las técnicas de investigación porque el mismo ha desarrollado modalidades y estrategias para su eficaz desenvolvimiento. Las técnicas actuales resultan insuficientes y como le digo debe haber un replanteamiento. Sobre la base de su pregunta está el viejo debate sobre garantías y eficacia, es decir qué pesa más. Me interesa más como sociedad garantizarle a los ciudadanos que se respeten sus derechos o me interesa más que las investigaciones no importan cómo se obtenga pero que sean eficaces, la respuesta está en una ponderación, es decir justo equilibrio entre ambas figuras. Si usted me habla de las vulneraciones que puede generar el testigo sin rostro creo que no soporta mayor evaluación: por supuesto que sí. También habría que fijar hasta dónde el planteamiento de que el imputado debe de conocer todas las generales y en todos los casos, creo que hay que pasar por un filtro, por un estudio detallado del tema. Acepto que puede haber cierta contradicción pero para desarrollar más el punto quiero centrarme en que hay casos en los cuales la persona no necesita que se revele quién es el testigo en cuanto a su origen, por ejemplo cuando las personas no se conocen.Cuál es la importancia para el ejercicio del derecho de defensa que usted le diga, sí el testigo que lo vio y que nunca más lo ha visto a usted vive en x o y lugar, ahora hay casos en los cuales conocer el origen del testigo permite un ejercicio de defensa eficaz, por ejemplo enemistades conflictos que ha habido en donde el ejercicio de defensa se ve potenciado, de lo que estoy hablando es que deben existir criterios que nos permitan evaluar uno u otro caso y por supuesto esto no dejárselo al control fiscal ni policial que en buen medida sí está pues esto está a cargo de la UTE el cual es un ente separado del órgano jurisdiccional.

El Crimen organizado es desarrollado por quienes ostentan el poder en este país, es que no puede ser de otra manera, de lo contrario debería dársele otro título, el crimen organizado por definición implica que agentes del estado del más alto nivel están involucrados en actividades delictivas y si hablamos de drogas que desde hace mucho tiempo se ha dicho que nuestra clase dirigente tiene participación y curiosamente ninguno ha sido llevado ante las autoridades creo que le da pistas de lo que estamos hablando.”

Pregunta: ¿Conoce algún diseño de Política Criminal hasta la fecha?

Respuesta: “No, ninguna. Más bien hay una ausencia de Política Criminal, no nos permite la conjunción de la clase gobernante tener los detalles de la misma cuando esto es algo público, por el contrario se ocultan los aspectos de lucha contra la criminalidad. Claro que deben ocultarse ciertas estrategias pero las líneas generales deben ser conocidas por la ciudadanía.

¿Cómo evalúa las reformas del código penal realizadas hasta la fecha?

Respuesta: “Usted las definía y yo coincido con que se le ha dado preponderancia a las tesis punitivas que buscan resolver los conflictos sociales en torno a la norma penal, eso no necesita mayor desarrollo doctrinario creo que la tesis dominante desde la academia es que las regulaciones penales deben llevar aparejadas otras medidas y que es importante en un estado constitucional de derecho que prevalezca la norma constitucional como guía para poder desarrollar la estrategia penal de un estado.”

¿Cuál sería la función del ministerio público fiscal en la Ejecución de la pena?

Respuesta: “Deficiente: la figura del fiscal no ha evolucionado, continúa siendo un principio que la fiscalía está hecha para velar por la legalidad. El

ministerio público en el mundo occidental evolucionó para ser un guardián de la legalidad.”

¿Algunas valoraciones sobre el Código Procesal Penal de 2011?

Respuesta: “Por más esfuerzo y por más discurso que se le haya querido dar que buscaba potenciar el respeto de las garantías constitucionales sobre la investigación vemos que le ha dado preponderancia a la eficacia investigativa en detrimento de los derechos fundamentales de las personas, es allí donde en un estado constitucional de derecho la garantía no es obstáculo, no es óbice para una investigación eficaz, pero la misma debe descansar sobre el auxilio científico de la investigación y no es cierto, en el discurso aparece la investigación científica como guía pero en la práctica usted se da cuenta de que no y si no rastree estadísticas sobre los casos en los cuales la fiscalía apoya sus tesis en prueba técnica-científica.”

Sobre la Ley Especial para la intervención de las telecomunicaciones. ¿Cree que los medios de investigación técnica han evolucionado en el pasó o no han generado mayores cambios? “A propósito del crimen organizado con auxilio de tecnología, parte de la tecnología lo son las técnicas de comunicación al grado que han impactado (se interrumpe la entrevista porque el entrevistado recibe una llamada a su celular sobre una audiencia).”

“En este contexto el tema de las intervenciones en cualquiera de los medios de comunicación resultan prioritarios para una eficacia investigativa ahora, formalmente hay algunos soportes que nos van a permitir el respeto de garantías procesales básicas, sobre la base está el irrespeto de la institucionalidad por parte de la sociedad organizada y no organizada, lo que estoy diciendo es que no es difícil advertir a que a partir de las actividades de

esta dirección haya irrespeto de derechos fundamentales en investigaciones que esta dirección lleve.”

Sobre la Ejecución de las Penas. ¿Cree usted que se cumplen los fines constitucionales de las penas en el país?

Respuesta: “Vaya, aquí de nuevo creo que la vértebra del debate está en la crisis institucional, por lo menos dos corrientes ideológicas y políticas antagónicas han abordado el tema y ninguna de las dos han logrado efectivizar los fines constitucionales de la pena. El caos, la desobediencia, el incumplimiento son sólo algunos elementos que basta abordar como diría Segundo Montes, que el Estado penitenciario vive en un constante inconstitucionalidad, es decir que el irrespeto de la norma constitucional es a cada momento y esto sangra, esto lacera a la sociedad porque uno de los termómetros para medir qué tan bien o qué tan mal estamos como sociedad es el tratamiento que le demos a los internos, claro que hay otros parámetros pero este creo que es un elemento que nos da muchas pistas de qué tanto la institucionalidad, qué tanto la clase política está interesada en respetar al constituyente.”

Habiendo agotado los indicadores de nuestro sistema de hipótesis damos por cerrada la entrevista, si tiene algún comentario final nos gustaría que lo compartiera con nosotros: “Que la academia, que las universidades tomen conciencia, se conviertan en la vanguardia, en el grupo dirigente que va a promover los cambios que la sociedad salvadoreña necesita en los temas que hemos abordado.”

4.4.-Comprobación de las Hipótesis

Luego de haber realizado nuestra investigación, consideramos que se han cumplido los objetivos planteados en el Diseño de la misma. En cuanto a las Hipótesis consideramos que se cumplieron la mayoría de las mismas, a

continuación exponemos en detalle las razones que nos llevan a explicar si se cumplieron las mismas, por qué se cumplieron las hipótesis y de qué forma se cumplieron, basándonos en el producto de nuestra investigación. Iniciamos con las Hipótesis Específicas y terminamos con la Hipótesis General, de esta forma se tendrá una perspectiva más completa al estudiar la hipótesis General.

4.4.1.-Hipótesis Específicas

Hipótesis Específica 1:

“La represión del delito a través de la prisión no es el medio más efectivo para controlar la criminalidad en nuestro país.”

Consideramos que nuestra Hipótesis es válida, luego de haber estudiado los Fines Constitucionales de la Pena, haber esbozado las directrices principales del Código Penal, la Ley Penitenciaria y la Ley Penal Juvenil, en lo relativo a la Ejecución de las Penas y Medidas de Seguridad en nuestro país.

Ha contribuido a la comprobación de la hipótesis la doctrina jurídico-penal que nos ha brindado datos sobre el cumplimiento de las penas en Alemania, tanto en el Código Penal de 1871, creado por Franz von LISTZ, como en el curso de la historia reciente, especial contribución encontramos en el libro de Claus ROXIN: Problemas Fundamentales.

Entre los argumentos que nos llevan a tener certeza positiva de que la pena de prisión no es el medio más adecuado para controlar la criminalidad podemos citar:

- ❖ Las estadísticas que muestran que luego de haber aumentado las penas privativas de libertad, aumentaron también los índices

de criminalidad, en especial los delitos de homicidio y homicidio agravado.

- ❖ Las estadísticas de los delitos cometidos dentro de las instalaciones en donde se cumplen las penas privativas de libertad, tanto en los recintos penitenciarios para personas adultas como en los denominados centros intermedios, que albergan a los menores de edad que se han convertido en mayores cumpliendo penas de internamiento.
- ❖ Las estadísticas según las cuales los internos que cumplen penas privativas de libertad viven en condiciones no aptas para que la readaptación sirva de herramienta para prevenir la comisión de delitos posteriores al cumplimiento de la prisión.
- ❖ Las estadísticas de reincidencia en algunos delitos.
- ❖ La impunidad en la mayoría de delitos de homicidios cometidos en El Salvador.
- ❖ La falta de intimidación que las penas de prisión generan en las estructuras de crimen organizado.
- ❖ El hacinamiento en los Centros Penitenciarios que tienen capacidad para 8 mil internos y que actualmente albergan más de 23 mil personas, según las estadísticas de la CIDH y de la DGP.

Merece especial atención el hecho de que el Jefe de la Regional A del Departamento de Prueba y Libertad Asistida de San Salvador nos manifestó en la encuesta que la realizamos. Las respuestas a las preguntas 7, 8, 9, 10, 11, 12 y 13 nos dan suficientes elementos como para comprobar nuestra hipótesis. A continuación exponemos las preguntas y las respuestas citadas:

En la pregunta 7. ¿En El Salvador cumplen los fines constitucionales de la pena contenidos en el artículo 27 de la Carta Magna en la Ejecución de las Penas y las Medidas de Seguridad? El entrevistado respondió que no. En la pregunta 8. ¿Se cumple con la regulación de la Ley Penitenciaria en la organización y funcionamiento del sistema penitenciario? Respondió que no. En la pregunta 9. ¿Cree usted que las condiciones actuales del Sistema Penitenciario favorecen la readaptación, ayudar a formar hábitos de trabajo y procuran la prevención de delitos? Respondió que no. En la pregunta 10. ¿En El Salvador existen instituciones especializadas para el cumplimiento de las medidas de seguridad de internamiento? Respondió que no. En la pregunta 11. ¿Conoce usted algún caso en el cual se hayan cometido delitos dentro de la prisión? Respondió que sí. En la pregunta 12. ¿Considera usted que la prisión es el medio más efectivo para controlar la criminalidad? Respondió que no. En la pregunta 13. ¿Existe carencia de Infraestructura y Recurso Humano en Instituciones Públicas como la FGR, PNC, Dirección General de Centros Penales y el Departamento de Prueba y Libertad Asistida? Respondió que Sí.

Hipótesis Específica 2:

“En El Salvador no se respetan las Garantías Constitucionales a favor de los ciudadanos al momento de perseguir la comisión de delitos por medio de la Acción Penal Pública”.

En el curso de nuestra investigación esta Hipótesis fue corroborada, debido a que se pudo verificar que existen conflictos inter-normativos entre las disposiciones que configuran el Sistema Penal en la Constitución de la República y la legislación secundaria. Entre algunas de las disposiciones podemos mencionar:

- ❖ Se pudo verificar que en reformas se adicionaron disposiciones contenidas al Código Penal, Receptación Art. 214-A, en las cuales se presume la Culpabilidad de las personas. Esto violenta el principio de presunción de inocencia, contenida en el artículo 12 Cn.
- ❖ Se ha creado legislación especial la cual contiene disposiciones que violentan la Garantía del Juez Natural reconocida en el artículo 15 Cn., en este caso nos referimos al artículo Art. 4 de la ley del crimen organizado y delitos de realización compleja, en virtud del cual queda en potestad de la Fiscalía General de la República escoger si ejerce la Acción Penal en proceso común o en juzgados especializados.
- ❖ En las reformas del Código Penal se ha llegado a aumentar la pena de prisión hasta 50 años como máximo en el delito de Homicidio Agravado Art. 129 C.P., que podría llegar hasta 75 años según la reforma al artículo 71 del Código Penal. Lo anterior vulnera la prohibición establecida en el artículo 27 inciso segundo de la Constitución de la República, según la cual se prohíben las penas perpetuas. La Jurisprudencia Constitucional declaró que los artículos mencionados son inconstitucionales como pudimos ver a lo largo de nuestra investigación. La Fiscalía ha solicitado la imposición de penas máximas y por tanto ha incurrido en abusos en el ejercicio de la acción penal pública.
- ❖ Finalmente pudimos comprobar cómo se realizan detenciones administrativas en la práctica a pesar de que no existen los requisitos legales para las mismas, esto según la entrevista realizada al profesional que laboró 16 años en la Fiscalía General de la República.

Hipótesis Específica 3:

“La carencia de infraestructura y recurso humano idóneo en las instituciones públicas impide que las mismas cumplan con sus funciones constitucionales”.

La hipótesis específica número tres fue comprobada en el curso de nuestra investigación en virtud de las entrevistas realizadas a los informantes clave. Especial mención merece el hecho de que el personal de dichas instituciones no está altamente calificado, por lo cual no sólo hay falta de personal sino que el personal no es el idóneo, lo que conlleva a que las instituciones no funcionen correctamente.

De la misma forma se pudo constatar la carencia de infraestructura, recurso humano y recursos económicos en general en instituciones como la Dirección General de Centros Penales, que en la actualidad tiene bajo su responsabilidad 20 centros penitenciarios, trabajando al 300% de su capacidad en conjunto, por lo cual no puede garantizarse que los fines constitucionales de las penas sean garantizados, tal cual lo estipula el artículo 27 in fine de la Constitución.

Las instituciones públicas que no analizamos en el presente fueron: la Fiscalía General de la República, la Policía Nacional Civil, el Instituto de Medicina Legal y la corte Suprema de Justicia. Por lo cual no podemos manifestar que se puede dar por verificada como válida la Hipótesis planteada.

Hipótesis Específica 4:

“El papel de la Fuerza Armada en la lucha contra la criminalidad es de carácter extraordinario y al convertirse en permanente se ha vuelto una acción inconstitucional”.

En el Capítulo Tres de nuestra investigación analizamos brevemente la iniciativa del Presidente de la República de utilizar efectivos de la Fuerza Armada en labores de asistencia y colaboración con la Policía Nacional Civil, así como en labores relativas a personal penitenciario, bajo las órdenes de la Dirección General de Centros Penales.

En su oportunidad vimos cómo la Constitución separa claramente las funciones de la Policía Nacional Civil y la Fuerza Armada, siendo la primera de ellas la institución encargada de ejecutar labores de seguridad pública, así como de colaboración en la investigación del delito (bajo la dirección funcional de la Fiscalía General de la República).

También pudimos ver que la misma Constitución de la República establece una excepción, facultando al Presidente de la República, previa autorización de la Asamblea Legislativa, a utilizar efectivos de la Fuerza Armada en labores de seguridad pública, cuando se hayan agotado las instancias de las demás instituciones, siendo estas funciones de carácter extraordinario.

Inicialmente se había planteado que esta modalidad de “disuasión” (si fuera esto posible) duraría 180 días, pero las labores se han ejecutado de manera ininterrumpida hasta el día de hoy, habiendo sido prorrogada la medida hasta mayo de 2012. Lo cual constituye una medida de carácter ordinario.

Sin perjuicio de lo anterior, como pudimos observar a lo largo de nuestra investigación, las labores de seguridad pública ejecutadas por la Fuerza armada podrían pervertir a esta institución, debido a que el crimen organizado ha tratado de penetrar a la Fuerza Armada, producto de lo cual se han detectado la comisión de delitos de venta ilegal de armas de guerra provenientes de la Fuerza Armada, asimismo se han verificado conductas de

los militares que son criticables, desde el uso indebido de armas de fuego para disipar protestas, hasta abusos y malos tratos cometidos en centros penitenciarios. Estos fueron los inconvenientes del uso de la Fuerza Armada que pudimos verificar en nuestra investigación.

Entre otras razones que nos llevan a argumentar la ilegalidad en el uso ordinario de efectivos de la Fuerza Armada está el hecho de que existe la Escuela Penitenciaria que tiene como objetivo formar a los empleados que laboran como custodios de centros penales. A pesar de que valoramos positivamente el hecho de que se tenga una política de depuración de dicho personal consideramos que se viola la Ley Penitenciaria debido a que el uso de efectivos de la Fuerza Armada debería ser un hecho aislado y no la regla general.

Hipótesis Específica 5:

“En El Salvador las condiciones del sistema penitenciario impiden que se cumplan los fines constitucionales de la pena”.

La Quinta Hipótesis fue comprobada en toda su extensión a lo largo de nuestra investigación. Primero se analizaron los Fines Constitucionales de las penas a la luz de las diferentes teorías que tratan sobre la finalidad que cumplen, o deberían cumplir, las mismas.

Entre las razones que nos llevan a afirmar que hemos verificado satisfactoriamente nuestra Hipótesis podemos citar:

- ❖ Las condiciones del Sistema Penitenciario presentan deficiencias estructurales. Una de dichas deficiencias es el alto índice de hacinamiento, habida cuenta de que la máxima capacidad instalada de los recintos penitenciarios es de 8011 internos, pero actualmente alberga más de 22 mil internos, trabajando al 300% no se puede

hablar de que la pena de prisión pueda cumplir los fines constitucionales.

- ❖ La configuración legislativa de las penas ha renunciado a los principios de proporcionalidad y no atienden a la protección de bienes jurídicos, debido a que se amenaza con igual pena a conductas que no son lesivas de bienes jurídicos como la Proposición y Conspiración de Homicidio Agravado, mientras que la Tentativa de Homicidio Agravado tiene menor penalidad que la proposición y conspiración. Por estas razones no se puede afirmar que las penas cercanas a los 75 años, materialmente perpetuas, tengan fines reeducativos, más bien todo lo contrario, porque causan hacinamiento impidiendo los fines preventivos-especiales.
- ❖ Debido a las condiciones de los centros penales y teniendo en cuenta que usualmente ocurren motines, incendios, disturbios entre internos comunes e internos que pertenecen a pandillas, homicidios, lesiones, entre otros ilícitos, no se puede afirmar que se cumplen los fines de la pena, debido a que los centros penitenciarios representan un peligro para la integridad física y moral de los internos.
- ❖ Las condiciones de los centros penales no permiten que el interno tenga interacción con la sociedad, ni incluso con su familia, ya que usualmente se prohíben las visitas de los internos, a pesar que la Ley Penitenciaria les otorga dichos derechos, no existen condiciones para realizar visitas íntimas y en general no se permite la resocialización de los internos.
- ❖ Las condiciones sanitarias de las prisiones no son higiénicas, lo cual provoca enfermedades en los internos, lo cual acompañado de

la mala alimentación y condiciones de atención médica deplorables, impide toda medida de readaptación, ya que se pone en peligro la salud de los internos.

- ❖ Finalmente existen altos índices de violencia en los centros penitenciarios, de aquí que se contabilicen homicidios en los motines. De esta forma se pudo verificar cómo no solo se pone en peligro la salud de los internos sino también la vida de los mismos.

4.4.2.-Hipótesis General

“La falta de una Política Criminal determina que los funcionarios públicos que tienen competencias en materia de seguridad y justicia, en los diferentes órganos de gobierno y demás instituciones públicas, irrespeten las garantías y derechos constitucionales de los ciudadanos en la lucha contra la criminalidad y no logren el objetivo de controlar la criminalidad”.

La Hipótesis General fue verificada a lo largo de nuestra investigación. Para demostrar nuestra afirmación desarrollaremos los principales elementos de la Hipótesis y luego realizaremos una síntesis al respecto.

Primer Elemento. La falta de una Política Criminal: En el Capítulo Uno dejamos por sentado que *“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 lo largo del Capítulo Uno y Dos desarrollamos los distintos planes, estrategias y actividades destinadas a controlar la criminalidad, desde el año 2004 hasta el año 2010.

Entre estas actividades, planes y estrategias pudimos observar cómo se distorsionó la Política Criminal que estaba delineada en la Reforma Penal de 1998, lo cual hemos denominado contrarreforma penal. Pudimos evidenciar cómo se desnaturalizó la reforma de 1998 hasta el punto de des configurar el la medición legislativa de las penas, en contravención a los principios de necesidad y proporcionalidad de las penas. Llegando al punto de colindar la contrarreforma penal con el Derecho Penal de Autor, prohibido por la Constitución de la República.

Luego del aumento de penas las decisiones que cambiaron nuevamente al Sistema Penal fueron de carácter procesal penal. Se realizaron varias reformas tendientes a “subvencionar” la incapacidad de los titulares de la Fiscalía General de la República, dotando a dicha institución con funciones de investigación del delito irrestrictas por el órgano jurisdiccional, así se modifica el Criterio de Oportunidad, el Principio de Licitud de la Prueba, las formalidades de las Actas policiales, el Requerimiento Fiscal, el Dictamen de Acusación, los requisitos de admisibilidad de la prueba, entre otros.

Creándose legislación especial que contiene regulaciones sobre delitos comunes, pero llamada ley del crimen organizado, que contiene menores Garantías que el proceso penal común, y modificando la estructura judicial, evitando así que un juzgado colegiado dictara sentencia.

De esta forma se caracteriza brevemente el éxodo de una legislación penal de post-guerra inspirada en las teorías Garantistas del Derecho Liberal hacia un Sistema Penal diferenciado, por una parte con un proceso penal que tiene Garantías disminuidas y por otro un proceso penal especial que está destinado a encarcelar a los imputados, por el uso de testigos sin rostro por ejemplo.

Todas estas decisiones son decisiones político criminales ya que fueron tomadas por funcionarios públicos sujetos de poder, que modificaron el Sistema Penal, en la teoría del delito, el proceso penal y la ejecución de penas y medidas, pero dichas decisiones han estado históricamente contrapuestas, negándose con la contrarreforma penal el Derecho Liberal de post-guerra y transitando hacia un Sistema Penal de carácter represivo, común en las dictaduras de antaño. Valga resumir estas afirmaciones con el hecho de que en 1974 el Código Penal estaba en correspondencia con el principio de proporcionalidad, mientras que en la actualidad se han impuesto penas de 75 años.

Por las razones antes consideradas debemos afirmar que NO EXISTE UNA POLÍTICA CRIMINAL, históricamente han existido decisiones político criminales que no logran tener objetivos a largo plazo, que se toman sin consideración de que las instituciones deben colaborar, de que deben perseguirse TODOS los delitos penalmente y no únicamente los delitos contra el patrimonio, como ocurre en la actualidad, dejando a los delitos de corrupción, tráfico ilegal de armas, de órganos y trata de personas, delitos contra el medio ambiente, contra la hacienda pública, en la impunidad (baste con recordar los delitos de lesa humanidad muy comentados en la actualidad).

Por tanto, no podemos afirmar que existe una Política Criminal, han existido decisiones político-criminales aisladas, y contrapuestas entre sí como la mano amiga-mano dura, que han sido producto de la emergencia, “del calor del momento”, que han servido para proteger intereses económicos y políticos (pensemos por ejemplo en el delito de Monopolio que fue derogado, así como delitos de corrupción que han quedado en la impunidad), pero no para perseguir a la criminalidad sin importar de dónde venga.

Segundo Elemento. *El irrespeto a las garantías y derechos constitucionales de los ciudadanos en la lucha contra la criminalidad:*

En los Capítulos Uno y Dos tuvimos la oportunidad de analizar el Sistema Penal de 1998, sus antecedentes y su metamorfosis, a la luz del Programa Penal de la Constitución. Estudiamos los conflictos inter-normativos entre ambos niveles del sistema Jurídico Positivo en El Salvador y pudimos constatar que se ha pervertido el Sistema Penal y que no guarda correspondencia con el Programa Penal de la Constitución.

Luego de constatada la Falta de una Política Criminal, la cual debe ser coherente, con objetivos a largo plazo, que contemple la coordinación entre las distintas instituciones y que esté diseñada en estricta correspondencia con la Constitución, en especial con la parte dogmática de la misma. Podemos analizar si con las decisiones político-criminales se han respetado los Derechos Constitucionales de los ciudadanos en la lucha contra la criminalidad.

Posteriormente al estudio de las Hipótesis Específicas, especialmente las hipótesis tercera y quinta, tenemos una base para manifestar que no se han acatado las directrices constitucionales que configuran al Sistema Penal, las cuales deben ser desarrolladas por medio de la legislación secundaria pero respeto estricto de la filosofía humanista de la Carta Magna. A pesar de ello es necesario ampliar las consideraciones que nos llevan a afirmar categóricamente que no se respetan los Derechos Constitucionales de los ciudadanos en las decisiones político-criminales desde 2004 hasta 2010.

Realizando un análisis histórico conciso tenemos que desde 1998 hasta 2003 se realizaron reformas al Sistema Penal, básicamente para aumentando el catálogo de delitos, así como los elementos objetivos de algunos tipos. En 2004 previo a las elecciones se realizaron propuestas de

criminalización de las pandillas, en esta fecha inicia la carrera del aumento de penas, con varios intentos fallidos se aumentan las penas en los delitos de homicidio agravado, se modifica el artículo 129 en 5 ocasiones, ampliando los supuestos de hecho y aumentando también el quantum de la pena, finalmente la pena máxima de dicho delito era 50 años.

Junto con el aumento de penas se inicia la creación de legislación especial, en esta coyuntura se crea la Ley Antimaras, que fue declarada inconstitucional en sus artículos más emblemáticos, dicha ley contravenía ostensiblemente la Constitución por contener disposiciones características del Derecho Penal de autor, darle tratamiento penal de mayores a los menores de edad (de doce a dieciocho años), crear un proceso sumarísimo y contemplar varias conductas que no son lesivas a bienes jurídicos como delitos (por ejemplo “el que deambule sin documento de identidad personal alguno, en lugares residenciales, comunidades, colonias o cualquier sitio poblado, sin causa justificada, ni fuere conocido por sus moradores, será sancionado con diez a veinte días multas).

Con la entrada en vigencia de dicha ley antimaras se continuó utilizando como una estrategia electoral el discurso del aumento de penas, se continúa creando legislación especial, en 2006 se crea la ley de protección de víctimas y testigos, la ley especial contra actos de terrorismo y la ley del crimen organizado y delitos de realización compleja, en la cual se nombra una jueza con incapacidad manifiesta que obtuvo 3.60 en las evaluaciones y aún así la nombraron porque usualmente condena a los imputados, esta última ley entra en vigencia en enero de 2007.

En materia procesal penal se otorgan facultades a la Fiscalía General de la República y se disminuyen las competencias de los Jueces de Paz y de instrucción en el Control de la Legalidad de los actos de investigación, se disminuyen garantías y principios procesales como la Licitud de la Prueba y

la Observancia de Garantías, se modifica dicho código para evitar que la irresponsabilidad de la FGR genere sentencias absolutorias, se derogan las disposiciones de la prescripción del procedimiento, se modifica la detención provisional y en la práctica se vuelve la regla, se limita la conciliación, se amplían los supuesto en que opera la prueba anticipada, entre otras modificaciones.

Las anteriores modificaciones que se realizan al Sistema Penal tienden a buscar la “efectividad” al ejercer la acción penal pública, con esto nos referimos a que se quieren obtener mayores sentencias condenatorias, lo cual se logró, pero a costa de la disminución en las Garantías de los Ciudadanos, en especial nos interesa el Principio de Licitud de la Prueba que constituye una Garantía en todo país democrático, mismo que fue mutilado después de la incorporación de varias excepciones, tanto que se permite la valoración del juez de prueba extraída sin observancia de las formalidades para que se valore en base a las reglas de la sana crítica.

Por estas razones creemos que en El Salvador no se respetan los Derechos Constitucionales de los ciudadanos tanto en el momento de ejercer la acción penal pública y en el curso del proceso penal, como la ejecución de penas y medidas a la cual ya nos hemos referido.

Tercer Elemento: *lograr del objetivo de controlar la criminalidad:*

El Derecho Penal como Control Social formal tiene la finalidad de controlar la conducta de las personas. Este Control Social opera junto a los demás controles sociales informales, pero también opera en defecto de los mismos, debido a su carácter de *última ratio*.

En El Salvador se han realizado diferentes reformas tendientes a disminuir los índices de criminalidad a lo largo de la historia reciente. En nuestra investigación estudiamos tanto los planteamientos constitucionales como la

legislación secundaria que configuran al Sistema Penal en El Salvador. Enfatizando en las reformas del Código Penal que actualmente se cuentan en 46 reformas, 21 reformas al Código Procesal Penal, finalizando con la creación de un nuevo Código Procesal Penal.

En el ínterin se ha verificado que las estadísticas de la criminalidad no han disminuido de manera sensible, excepto los delitos de secuestro. Más bien todo lo contrario, experimentando un auge en el año de 2004 que a nuestra consideración se debe en parte a la creación de la ley antimaras, así como las reformas que aumentan la pena del homicidio agravado hasta 50 años y la pena de prisión máxima hasta 75 años.

En el año de 2009 se llega a la cifra más alta de homicidios en la historia de El Salvador, la cual es aproximadamente cuatro mil cuatrocientos homicidios al año. Sobrepasándose la cantidad de doce homicidios al día y 84 a la semana. En el año de 2010 En el año de 2010 se experimenta una leve disminución de los homicidios, en relación al año 2009, pero un aumento en relación al año 2008. Contabilizándose cerca de cuatro mil homicidios en un año, un promedio de 11 homicidios al día y 76 a la semana.

A nuestro juicio no se han cumplido los objetivos de controlar la criminalidad, esto responde a la negativa de controlar las causas de la criminalidad y perseguir la criminalidad por medios eminentemente represivos, endureciendo las leyes, creando legislación especial para delitos comunes y disminuyendo las garantías constitucionales para estos fines. En especial tenemos que hacer énfasis en la selectividad con la que se persigue el delito, debido a que los delitos contra la hacienda pública, los delitos de corrupción y los delitos que son comúnmente cometidos por el crimen organizado no se persiguen con el mismo afán que los delitos de homicidio, extorsión y secuestro.

CAPÍTULO CINCO

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Por su propia naturaleza la investigación científica debe caracterizarse por ser la actualidad, utilidad y relevancia. Es menester para cumplir con los requisitos enunciados que nuestro estudio no se realice únicamente para fines teóricos, para fines estéticos o para cumplir con el requisito de obtención de un título universitario. Más bien todo lo contrario, debe estar en relación con la realidad social, debe pretender influir en dicha realidad y cambiar, en la medida de lo posible, el fenómeno estudiado.

Con esta finalidad realizamos las Conclusiones y Recomendaciones, en dicho orden, dividiendo las conclusiones en teóricas y prácticas, atendiendo al acento del carácter doctrinario o concreto de las mismas. De esta forma se trata de brindar alternativas a la realidad, no conformándonos con conocer el problema de la criminalidad y sus aristas.

5.1.-Conclusiones Teóricas

1. El Programa Penal de la Constitución no constituye únicamente lineamientos generales los cuales deben ser desarrollados por la legislación secundaria en El Salvador. Más bien constituye la columna vertebral del Sistema Penal Salvadoreño, por tanto la configuración legislativa del Sistema Penal: Teoría del Delito, el Proceso Penal y la Ejecución de Penas y Medidas (a grandes rasgos), debe estar en correspondencia con el Derecho Penal Constitucional (en sentido amplio) y debe tutelar los Derechos y Garantías de la persona humana por sobre la Prevención General de la pena.

Con esto queremos afirmar que los derechos y garantías constitucionales no son obstáculos para la eficacia de la lucha contra la criminalidad, como comúnmente se ha tratado el tema en los medios de comunicación.

En un estado en el que la ley se cumple, es decir: en un estado de derecho, tales garantías y derechos constitucionales son lineamientos que deben cumplirse en la lucha contra la criminalidad.

De esta forma para poder luchar efectivamente contra la criminalidad debe adaptarse la ley secundaria con el Programa Penal de la Constitución de la República, para impedir que las acciones ilegales que fundamentan acusaciones no terminen favoreciendo a los criminales, por ejemplo si la fiscalía y la policía solicitan una orden judicial para investigar delitos relativos a las drogas, un juez no puede negarse a admitir prueba incautada en el ejercicio de dicha orden judicial. En cambio si la policía o fiscalía investiga de manera ilegal, entrando a la casa de sospechosos sin orden judicial, con conocimientos de que podría existir droga dentro de dicho establecimiento, el juez competente tiene la potestad de no admitir dicha prueba, pues no existe constancia real de que los policías hayan modificado la escena del delito. Lo cual sucede a menudo en nuestro país.

Por otra parte, al actuar dentro del margen que la Constitución de la República establece, se limitan los actos arbitrarios e ilegales del estado. Protegiendo así a los ciudadanos que sean imputados de manera irresponsable. Pensemos en la época en la cual las ideas eran penalizadas y la disidencia política era considerada como traición. En fin, en el Estado Social y Democrático de Derecho, que es lo que debería buscarse en nuestro país, los Derechos y Garantías son tutelados prioritariamente a la supuesta eficacia de la lucha contra la criminalidad.

2. La Constitución de la República en su artículo 12 reconoce el Principio de Culpabilidad, dicho principio es incompatible con el Derecho Penal de Autor, por tanto la Constitución de la República prohíbe que el Sistema Penal contenga disposiciones características del Derecho Penal de Autor según las cuales se persigue penalmente a las personas por sus características y no porque sus acciones vulneren o pongan en peligro efectivo a bienes jurídicos protegidos penalmente.

Al hablar de Derecho Penal de Autor hacemos referencia al Derecho Penal que conmina a penas no las acciones de las personas, sino a las personas en particular. Los autores de Derecho alemanes y españoles citan al Derecho Penal Nacional-Socialista, sistema en cual podíamos encontrar bienes jurídicos como “la pureza racial del pueblo alemán”, así como agravantes de la conducta como la reincidencia para los sujetos “incorregibles”. En la actualidad existen algunos resabios del Derecho Penal de Autor, entre los cuales podemos mencionar la reincidencia y los delitos de proposición y conspiración para los delitos comunes, ambos fueron incluidos en las reformas que se realizaron al código penal desde 1997 hasta la fecha.

Otra categoría de delitos que se incluyó en las reformas son los denominados delitos de peligro. Estos delitos se explican en contraposición a los delitos de resultado, el homicidio cuyo resultado es la muerte de una persona, las lesiones cuyo resultado son precisamente daños a la integridad física de las personas por diversos medios. En cambio los delitos de peligro, también conocidos como delitos de mera actividad, se caracterizan no por dañar un bien jurídico tutelado penalmente (vida, integridad física, libertad sexual, hacienda pública, etc.) sino por poner en peligro a dicho bien jurídico. Dichos delitos se clasifican en delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto.

Nuestra posición al respecto es que el código penal estaba diseñado para conminar con penas y con medidas únicamente a las conductas más graves, que causaban un daño a bienes jurídicos tutelados penalmente (vida, integridad física, entre otros), pero con la contrarreforma se inició un proceso de inclusión de delitos de peligro abstracto y no se modificaron los artículos que contemplaban la penalización de los delitos de peligro concreto, por lo cual el código perdió coherencia.

Mientras se reformó el artículo 3 del código penal se quitó la palabra “peligro efectivo” (utilizado como sinónimo de peligro concreto, otro sinónimo utilizado es la frase “grave peligro”) no se modificaron los delitos de peligro concreto, lo cual distorsionó el incendio regulado en el artículo 265, los delitos culposos de peligro común, regulados en el artículo 269, la elaboración y comercio de productos químicos y sustancias nocivas, regulado en el artículo 271, el tráfico de productos químicos y sustancias nocivas regulado en el artículo 272, la fabricación y comercio de alimentos nocivos, regulada en el artículo 275 numeral 1 Entre otros delitos de peligro concreto. De la misma forma la determinación de la pena no tiene coherencia ya que en el artículo 63 numeral 1, establece como parámetro para medir la pena en concreto “La extensión del daño y del peligro efectivo provocados”.

Nuestra posición al respecto de las categorías de reincidencia y proposición y conspiración es que están en contra del Derecho Penal de acto, proclamado en la Constitución de la República. Mientras que los delitos de peligro abstracto sirven como muestra de que el Derecho Penal en El Salvador ha invadido áreas de la vida en sociedad que normalmente no son catalogadas como delitos. Lo cual contribuye a

criminalizar conductas, aumentando el área de coerción penal pero disminuyendo la eficacia del mismo.

3. Las Garantías Constitucionales que forman parte del Programa Penal de la Constitución son Derechos Fundamentales y por tanto están bajo tutela de la Jurisdicción Constitucional y puede ser reclamado el cumplimiento de los mismos mediante demanda de Amparo y Habeas Corpus. Cuando la vulneración se realice mediante la creación de leyes secundarias, los ciudadanos de El Salvador tienen la potestad de demandar la inconstitucionalidad de las leyes por vulneración de Derechos Constitucionales en virtud de los artículos 18 y 183 de la Constitución de la República de El Salvador; mientras que los Jueces y las autoridades administrativas tienen potestad de ejercer el control difuso de constitucionalidad en base al artículo 185 de la carta Magna.

Ante la posibilidad de que en la práctica se vulneren los derechos constitucionales reconocidos en la Constitución de la República es un hecho que los ciudadanos pueden acudir ante la Sala de lo Constitucional a reclamar sus demandas por escrito. De esta forma se puede perfectamente controlar las actividades irresponsables de los funcionarios públicos que tienen competencias en materia penal, por medio de una demanda de amparo.

4. El Derecho Penal, de suyo, debe tutelar los bienes jurídicos penales como última vía legal, *ultima ratio*, resolviendo los conflictos mediante las demás áreas del Derecho, cuando sea posible, evitando así utilizar la violencia estatal para reconducir conflictos por medio de penas y medidas de seguridad, especialmente debido al carácter selectivo del Derecho Penal.

Nuestra postura al respecto es que el Derecho Penal debe ser la última instancia en la que se traten de resolver los problemas sociales. Es decir que la Educación, la Familia, el trabajo, la religión y otros controles sociales también tienen que jugar un rol en la lucha contra la criminalidad. De la misma forma en que en el Derecho salvadoreño podemos acudir a la vía civil, mercantil, de familia, laboral, administrativa, constitucional, para evitar que el actual sistema penal, congestionado, tome un conflicto y lo resuelva por la vía de la fuerza estatal. De la misma forma los legisladores deben potenciar que el Derecho Penal vuelva a ser la última alternativa para la resolución de los conflictos.

5. Los Fines democráticos del Proceso Penal no se limitan únicamente a realizar un examen sobre la existencia o no de un delito, los fines democráticos del Proceso Penal se ciñen en la protección de las garantías y derechos de los ciudadanos en el ejercicio del *ius puniendi* buscando la verdad material y sólo luego de existir los elementos de convicción según los cuales no hay duda de que existió un delito y los autores y partícipes están claramente definidos se puede imponer una pena o una medida de seguridad.

Con esta afirmación queremos dejar claro que el proceso penal se ha visto como una herramienta para hacer valer la ley, pero cuando la sentencia definitiva declara que el imputado no tiene responsabilidad penal y por lo tanto es inocente, los medios de comunicación en el juicio paralelo tratan de hacer ver que el sistema judicial no funciona. Lo cual a nuestro juicio no contribuye a un Estado de Derecho. Claramente la fiscalía general de la república y la policía nacional civil deben ejercer su función de investigación, tratando de utilizar la prueba científica del delito por sobre los testigos. Pero al final de cuentas los fines del proceso penal en un estado democrático de derecho no sólo buscan obtener una

condena, más bien en aras de la objetividad la fiscalía debería seleccionar los casos que estén sustentados en pruebas y darle seguimiento a la investigación respectiva, con estricto respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos, de esta forma se permitiría que las detenciones provisionales sin fundamentación fáctica disminuyan, ya que en la práctica se convierten en penas anticipadas.

6. En El Salvador se le ha dado mayor importancia a la Función Simbólica del Derecho Penal que a la Función Instrumental: la protección de bienes jurídicos penales. Esta concepción conlleva a que el Derecho Penal se vuelva ineficaz por no poder realizar su finalidad: la prevención de delitos. Asimismo se potencia una función ideológica del Derecho Penal, la cual se presenta cuando se crean delitos en atención a la emergencia, disminuyendo el sistema de garantías y haciendo creer a la población que el crecimiento del control penal se realiza para garantizar la reducción de las conductas criminales, cuando sucede lo contrario; ejemplo de ello la legislación anti-terrorista.

Con esto queremos manifestar que al aumentar el catálogo de delitos así como las penas de prisión, pero sin disminuir los altos índices de comisión de delitos en El Salvador, se crean condiciones favorables para que el crimen organizado no sólo evada la justicia, sino que se pierda la confianza en el sistema de justicia en El Salvador. Lo cual tiene a su base la falta de investigación científica de los delitos del crimen organizado, entre los cuales debemos traer a discusión delitos de corrupción, delitos de narcotráfico, tráfico de armas, tráfico de órganos. Los cuales no son perseguidos en El Salvador. A pesar de tener relación con el auge del aumento de homicidios.

7. El Principio de Lesividad del Bien Jurídico fundamenta el Sistema Penal Salvadoreño, limitando al legislador la creación de delitos cuyo sustrato

material (conducta) no lesione ni ponga en peligro efectivo a bienes jurídicos penales, limitando al juzgador de imponer penas a dichas conductas (de ser calificadas como delito por el poder legisferante) por el principio de antijuricidad material.

8. La Constitución de la República prohíbe los Fines Absolutos de la pena, imponiendo fines de carácter preventivo a la pena. Podemos clasificar a dichos fines constitucionales de la pena dentro de las teorías de la unión preventivistas, debido a que se establece la obligación del estado de organizar el Sistema Penitenciario para la reeducación, resocialización y readaptación de los internos, procurando la prevención de delitos (mezcla entre prevención general negativa, prevención especial positiva y prevención especial negativa, dependiendo del momento).

Con esto queremos afirmar nuestra posición en cuanto a los fines de la pena y la necesidad de que el Estado realice una política criminal que tenga como objetivos principales crear las condiciones favorables para que los internos puedan desarrollar competencias laborales, que tengan acceso a educación y puedan reinsertarse a la sociedad una vez cumplida la pena de prisión.

9. La pena de prisión no es el medio idóneo para la lucha contra la criminalidad debido a la dificultad de que se cumplan los fines de la pena (salvo la prevención especial negativa: inocuización y la prevención general positiva: confirmación del derecho, del sistema), además de la cifra negra, la selectividad del Derecho Penal, los índices de reincidencia y los altos costos del mantenimiento de centros penitenciarios que cumplan con condiciones mínimas que propicien la readaptación, y por ende la falta de centros penitenciarios organizados adecuadamente.

Lo anterior significa que se deben buscar alternativas a la pena de prisión, debido a que las condiciones actuales han demostrado que no se cumplen los fines de la pena, incluso se realizan delitos dentro de los centros penales. Tras lo cual se deben propiciar opciones legales como la libertad condicional y la libertad condicional anticipada, para los condenados que cumplen pena de prisión. En cambio para las conductas que por su mínima gravedad no presentan mayores problemas para la sociedad deberían potenciarse opciones legales como la sustitución y el reemplazo de la pena, la suspensión condicional de la ejecución de la pena, el perdón judicial, el perdón del ofendido, así como alternativas al proceso penal: como la suspensión condicional del procedimiento a prueba, la conciliación y la desestimación (ahora no contemplada pero que opera para los delitos cometido antes de enero de 2011).

10. Las alternativas jurídicas a la pena de prisión oscilan, dependiendo del sistema en específico, de penas de trabajo de utilidad pública, multas, arresto domiciliario, penas accesorias, medidas de seguridad (únicamente para los inimputables), y salidas alternas al proceso penal y a la pena. Debido a que las penas privativas de libertad difícilmente logran sus fines, deben potencializarse las salidas alternas de la pena debido a que mediante estas se evade “solucionar conflictos” de manera violenta (ejerciendo represión estatal) o reconduciendo conflictos. De la misma forma deben potencializarse las salidas alternas al proceso penal y más importante aún: deben crearse instituciones como tribunales de arbitraje para resolver los conflictos de menor envergadura, tal y como se hace en otros países. Esto ayudaría a descongestionar al sistema penal pero también a descongestionar al sistema judicial en general. Desde luego que el sometimiento a un tribunal de arbitraje depende de las partes involucradas pero tiene la ventaja de no ser bajo coerción, por la

misma aquiescencia mostrada por las partes de someterse a dicho proceso.

11. La mejor Política Criminal es la Política Social encaminada a luchar contra las causas de la criminalidad.

En este sentido hemos brindado una propuesta de política criminal que pretende ser el inicio de un debate serio sobre la temática estudiada en la presente investigación. Esta política criminal debe girar en torno a la satisfacción de las necesidades básicas de la población, es decir en el ejercicio y goce de los Derechos Económicos Sociales y Culturales: trabajo, familia, educación, vivienda, alimentos. De esta forma se retomarían las palabras de Sócrates, según quien: “educa a un niño y no tendrás que castigar a un adulto.”

5.2.-Conclusiones Prácticas

De las conclusiones anteriores se coligen las conclusiones prácticas, que son básicamente la puesta en acción, confrontadas con la realidad salvadoreña, de las conclusiones doctrinarias.

1. El Código Penal, el Código Procesal Penal, la Ley Penitenciaria, la Ley Penal Juvenil, todas de 1998 salvo la Ley Penitenciaria que entró en vigencia en 1994, constituyen la legislación básica que configura al Sistema Penal Salvadoreño, en base a la Constitución de la República, dicho sistema fue modificado en la Contrarreforma Penal iniciada en 1997 (antes de la entrada en vigencia de dichas leyes), perdiendo el Fundamento Filosófico que inspiró a la Reforma Penal. Dicho Fundamento Filosófico era el Garantismo Penal, que propugna por la vigencia de los principios de legalidad, de presunción de inocencia, de licitud de la prueba, de imparcialidad del juzgador, iniciación por

acusación, mínima intervención, lesividad del bien jurídico y finalmente se establecieron fines preventivos a la pena.

2. En el proceso de contrarreforma se llegó a tipificar delitos que colindan con el Derecho Penal de autor aún vigentes, algunos delitos de peligro abstracto, la proposición y conspiración de delitos comunes, los actos de terrorismo y sus afines; además de haber creado delitos que ostensiblemente eran propios del Derecho Penal de Autor prohibidos por la Constitución, dichos delitos se regulaban en la Ley Antimaras de 2003 que fue declarada inconstitucional en la mayoría de sus artículos.
3. La Constitución de la República de El Salvador está inspirada en las ideas humanistas del Derecho Liberal, por estas razones las disposiciones que estructuran al Programa Penal de la Constitución tienen carácter de Derechos Fundamentales y están tutelados por la Jurisdicción Constitucional.
4. Debido al carácter selectivo del Derecho Penal, a la dificultad del cumplimiento de los fines de la pena y teniendo en cuenta que al resolver conflictos de manera coactiva el Estado también genera conflictos, es menester que nuestro Sistema Penal se restablezca adaptándose nuevamente a las exigencias del Derecho Penal Mínimo.
5. Al modificar Garantías fundamentales del proceso penal, como el Principio de Licitud de la Prueba (legalidad de la prueba) se contravienen los fines democráticos del proceso penal, lo que promueve la irresponsabilidad en el ejercicio de la acción penal y en los actos de investigación de las instituciones públicas. Asimismo se violenta la imparcialidad del juzgador y se disminuye el Control Jurisdiccional de dichos actos. Al quitar el Careo y permitir la existencia de testigos sin

rostro se violenta otro pilar del proceso penal, a saber: el Principio Contradictorio.

6. Debido al aumento desmedido de las penas en los delitos de homicidio agravado, que no ha significado una disminución de los mismos sino lo contrario. Debido a esto la Función Simbólica del Derecho Penal ha desembocado en la Ineficacia de la Función Instrumental: la protección de bienes jurídicos (valores fundamentales del orden social).
7. El aumento del catálogo de delitos en el Código Penal (cerca de 41 delitos nuevos desde 1998 hasta 2011) no ha sido realizado en base al Principio de Lesividad del Bien Jurídico, según el cual únicamente las conductas lesivas o que ponen en peligro efectivo a bienes jurídicos deben ser clasificadas como delito y conminadas a penas. Por esta razón se ha maximizado el Derecho Penal, regulando áreas que no son propias del Derecho Penal y pudieran ser resueltas mediante el Derecho Administrativo Sancionatorio o las demás ramas del Derecho.
8. Nuestro Sistema Penal está diseñado en base a las doctrinas modernas sobre penas y medidas de seguridad en su configuración inicial en 1997 (antes de la contrarreforma). Pero con el proceso de contrarreforma se pervirtió el Sistema de Penas. En la actualidad la pena no es vista como compensación de culpabilidad sino como castigo a los delincuentes, esta es la razón que llevó a aumentar la pena máxima de prisión a 75 años, con lo cual se vulnera el artículo 27 inc. 2° de la Constitución que establece que se prohíben las penas perpetuas.
9. Es obligación del Estado cambiar las condiciones actuales del Sistema Penitenciario que impiden el cumplimiento de los Fines Constitucionales de la pena, dicha obligación no se ha cumplido desde 1983 llegando a condiciones de hacinamiento del 300% en el Sistema Penal, lo que

propicia condiciones de insalubridad, propensión a incendios, vulnerabilidad ante catástrofes naturales, infraestructura que no cumple con los requisitos legales y violación de los derechos de los internos, incluida la vida.

10. Ante la no idoneidad de las penas como medios para la prevención del delito deben utilizarse las alternativas legales como la Conciliación, la Suspensión Condicional del Procedimiento a Prueba (*Probation*), la Desestimación de los casos en razón de la nimiedad de las conductas, en consideración a la pena natural y otras razones similares, la aplicación del procedimiento abreviado y sumario, el Perdón Judicial, el Reemplazo de la Pena, la Sustitución de la Pena, la Suspensión Condicional de la Pena, entre otras.
11. Ante la no idoneidad de la pena de prisión deben buscarse penas alternativas a esta, entre las que están contempladas por el artículo 45 del Código Penal, pero tratando de innovar en esta materia, por ejemplo haciendo uso del arresto domiciliario con ayuda de dispositivos electrónicos, las penas de trabajo de utilidad pública, trabajo voluntario en instituciones públicas, las penas pecuniarias en ciertos delitos, la reparación del daño causado en ciertos delitos y el fortalecimiento del Derecho Administrativo cumpliendo las sanciones administrativas como multas y otras.

5.3.-Recomendaciones

Como consecuencia lógica de las Conclusiones, para enfatizar el carácter social de nuestra investigación al relacionar la misma con la realidad salvadoreña, las instituciones públicas y la sociedad en general, realizamos

las Recomendaciones producto de nuestra investigación científica a la Comunidad de estudiosos del derecho así como al público en general.

5.3.1.-A la Asamblea Legislativa

1. A derogar las disposiciones que configuran al Sistema Penal que han sido declaradas como Inconstitucionales por la Honorable Sala de lo Constitucional de la República de El Salvador, en cumplimiento con los artículos 172, 174, 183, 185 y 235 Cn. Con estricto respeto al Programa Penal de la Constitución de la República que reconoce la inviolabilidad del Derechos de Defensa, los Principios de Legalidad y el Juicio Oral, Público y contradictorio, entre otras disposiciones inspiradas en el Garantismo Penal.
2. A realizar las reformas necesarias al código penal, para que las penas en abstracto estén en consonancia con los Fines constitucionales de la Pena, descartando posteriores reformas que atienden a la emergencia, al peligrosismo, en fin que no se favorezca la función simbólica del Derecho Penal que ha demostrado devenir en Ineficacia del Derecho Penal.
3. A reformar el código procesal penal vigente y permitir que el proceso penal termine por vía de sobreseimiento en los casos en los que por simple lógica debe terminar: cuando existe certeza negativa de la existencia de delitos o de responsabilidad del o los imputados.
4. A derogar leyes que vulneran los Derechos Constitucionales como la ley del crimen organizado y delitos de realización compleja, la ley especial contra actos de terrorismo, ley de protección de víctimas y testigos. O a darle coherencia a dichas leyes con las disposiciones Constitucionales que estructuran el Sistema Penal Salvadoreño. Propiciando que las

instituciones públicas encargadas de la investigación del delito y de ejercer la acción penal pública sean responsables en sus actuaciones.

5. Elegir a funcionarios públicos de segundo grado en razón de la competencia científica y de la imparcialidad, honestidad y honorabilidad. Y no en base a intereses políticos privados, al oportunismo o al sistema de cuotas partidarias. Garantizando el cumplimiento de la Constitución de la República.
6. A ser respetuosos del Sistema de Pesos y Contrapesos establecido por la Constitución de la República y respetar la independencia de la Sala de lo Constitucional.

5.3.2.-A la Corte Suprema de Justicia

1. A la Sala de lo Constitucional: a mantener la independencia del poder político, económico y mediático que hasta la fecha le ha caracterizado.
2. A resolver las demandas con la mayor celeridad posible. Sin tratar de dilatar procesos o adelantarlos en razón del demandante o del demandado, algo que ha ocurrido usualmente en dicha institución.
3. A la Corte Suprema de Justicia en pleno: a realizar las reuniones de Corte en pleno sin dilaciones indebidas, resolviendo tanto las destituciones de jueces que han sido señalados por diversas conductas, tanto para depurar el sistema judicial como para hacer prevalecer el principio de inocencia cuando no sea controvertido. Teniendo como única directriz el cumplimiento de la Constitución y de las leyes, sin dejarse influenciar por el poder político, económico, mediático o intereses privados.
4. A la Corte Suprema de Justicia: A gestionar los recursos necesarios para la creación de tribunales de arbitraje, conciliación y mediación, tanto en

materia civil, laboral, de familia como penal. Para evitar que la mora judicial se vea aumentada por conductas de menor gravedad que pueden resolverse fácilmente en vías no judiciales (es decir no coactivas).

5. A los jueces y magistrados en general: A resolver los asuntos que sean de su competencia teniendo como directriz principal la Constitución de la República, haciendo valer las disposiciones constitucionales que los facultan para ejercer control de constitucionalidad difuso.
6. Garantizar la publicidad de los juicios penales poniendo al servicio de la Población las decisiones de los tribunales de Sentencia, tribunales especializados y Juzgados de Paz, en el sitio web de la Corte Suprema de Justicia, para someter al conocimiento y posible crítica la Jurisprudencia Nacional en materia penal.

5.3.3.-Al Órgano Ejecutivo

1. A crear un organismo estatal que tenga participación de múltiples sectores, tanto del sector público, político y en especial del sector académico, en materia jurídica. Para diseñar una Política Criminal que tenga objetivos a largo plazo, que tenga como ejes transversales la coordinación entre las instituciones públicas, la profesionalización de las instituciones encargadas de ejercer la acción penal pública y la investigación científica del delito, y por último, pero no menos importante, que tenga una finalidad primordial: atacar las causas de la criminalidad. Sólo de esta forma se podrá lidiar eficazmente contra la Criminalidad en El Salvador.

5.3.4.-A la Sociedad Salvadoreña

1. A estudiar el problema de la criminalidad en base a postulados científicos, para evitar que las decisiones políticas se vuelvan populistas.
2. A exigir a las autoridades que cumplan con sus obligaciones mediante las herramientas que la Constitución de la República nos brinda. En especial mediante los Recursos Constitucionales (Garantías y Procesos Constitucionales) de Amparo, Habeas Corpus e Inconstitucionalidad. Exigiendo los Derechos Fundamentales que reconoce nuestro sistema jurídico, colaborando así al desarrollo económico y social de nuestro país.
3. A participar en la Política en El Salvador, debido a que los avances de las ciencias naturales y sociales muchas veces se ven entorpecidos por las decisiones políticas mal encausadas, desviadas o que atienden a intereses privados del poder económico, político o mediático.
4. A formarnos para la consecución de una sociedad justa, culta y humana.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

ANTÓN MELLÓN, JOAN, BERGALLI, ROBERTO, et. al., **“Teoría Política y Sociedad: la beneficencia como espejo social”** en “Sistema Penal y Problemas Sociales”, Tirant Lo Blanc, Valencia, 2003.

BARATTA, ALESSANDRO, **“Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal” Introducción a la Sociología Jurídica Penal**, Traducción por Álvaro Búnster, Título original: Criminología critica e critica del diritto penale, introduzione alla sociologia giuridico-penale, 1ª Edición, 1ª Reimpresión, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, Argentina, 2004.

-**“Criminología y Sistema Penal: Compilación In Memoriam”**, Editorial B de F, Buenos Aires, Argentina, 2004.

BACIGALUPO, ENRIQUE, **“Derecho Penal y El Estado de Derecho”**, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile. 2005.

-**“Manual de Derecho Penal”**, Editorial TEMIS, Bogotá, 1996.

BAUMAN, JÜRGEN, **“Derecho Procesal Penal. Conceptos Fundamentales y Principios Procesales”**. Traducción de la 3ª Edición alemana ampliada de 1979 por el Dr. CONRADO A. FINZI, Título original: Grundbegriffe und Verfahrensprinzipien des Strafprozessrechts. Eine Einführung an Hand von Fällen, Traducción de la Tercera Edición Alemana, de 1979, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986.

BELING, VON ERNST, **“Esquema de Derecho Penal. La Doctrina del Delito-Tipo”**, Librería EL FORO, traducción de la 11ª Edición de 1930 realizada por Sebastián Soler, BUENOS AIRES, 2002.

BERGALLI, ROBERTO, et. al., **“Sistema Penal y Problemas Sociales”**, Tirant Lo Blanc, Valencia, 2003.

-**“El Pensamiento Criminológico, un análisis crítico”**, T. II, Editorial TEMIS, Bogotá, 1983.

BINDER, ALBERTO, **“Introducción al Derecho Procesal Penal”**. Editorial Ad-Hoc, Segunda Edición, Buenos Aires, 1999.

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, HORMAZABAL MALARÉE, HERNÁN, **“Lecciones de Derecho Penal”** Vol. I., Editorial Trotta, Madrid. 1999.

-**“Lecciones de Derecho Penal. Vol. II.”**, Editorial Trotta, Madrid. 1999.

-AA. VV. **“Prevención y Teoría de la Pena”**, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago de Chile, 1995.

BUSTOS RAMÍREZ, AA. VV., **“Pena y Estado. Función Simbólica de la Pena.”**, Editorial Jurídica Cono Sur Ltda. Santiago de Chile, 1995.

CAROCCA PÉREZ, ÁLEX, **“Manual. El Nuevo Sistema Procesal Penal”**, Tercera Edición, Editorial LexisNexis, Santiago de Chile, 2005.

CHOCLÁN MONTALVO, JOSÉ ANTONIO, **“Culpabilidad y Pena. Su medición en el sistema penal salvadoreño”**, CNJ, Escuela de Capacitación Judicial, Proyecto de Asistencia Técnica a los Juzgados de Paz, República de El Salvador, Noviembre 1999.

CUELLÓ CALÓN, EUGENIO, **“La Moderna Penología: Represión del Delito y tratamiento de los delincuentes, penas y medidas de seguridad, su ejecución”**, Casa Editorial BOSCH, Barcelona, 1974.

CREUS, CARLOS, **“Manual de Derecho Penal. Parte General”**, Tercera Edición actualizada y ampliada, Editorial ASTREA, Buenos Aires, 1992.

DONNA, EDGARDO, **“Teoría del Delito y de la Pena. Fundamentación de las sentencias penales y de la culpabilidad”**, Segunda Edición actualizada y ampliada, ASTREA, Buenos aires, 1996.

FERRAJOLI, LUIGI, **“Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal”**, Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y, Rocío Cantarero Bandrés, Título original: Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale Editorial Trotta, Madrid, 1995.

FOUCAULT, MICHEL, **“Vigilar y Castigar: nacimiento de la prisión”**, traducción de Aurelio Garzón del Camino, Siglo XXI Editores, 1ª Reimpresión, Buenos Aires, 2002.

HASSEMER, WINFRIED, **“Crítica al Derecho Penal de Hoy”**. Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva, traducción de Patricia S. Ziffer, Segunda Edición, primera reimpresión, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003.

HASSEMER, WINFRIED, MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, **“Introducción a la Criminología y al Derecho Penal”**, Tirant Lo Blanc, Valencia, 1989. Pág. 19.

HULSMAN, LOUK, **“El Enfoque Abolicionista: políticas criminales alternativas”**, en: AA. VV., “Criminología Crítica y Control Social” Vol. 1: El Poder Punitivo del Estado, Editorial Juris, Rosario, Argentina. 1993.

JAKOBS, GÜNTHER, CANCIO MELIÁ, MANUEL, **“Derecho Penal del Enemigo”**, Traducción por CANCIO MELIÁ, Primera Edición, Editorial Civitas, Madrid, 2003.

-**“Sobre la Teoría de la Pena”**, traducción por Manuel Cancio Meliá, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad del Externado de Colombia. Bogotá, 1998.

JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, **“Principios de Derecho Penal: La Ley y El Delito”**, Abeledo Perrot Editorial Suramericana S.A., Buenos Aires, 1997.

MAIER, JULIO, B., y BINDER, ALBERTO MANUEL, (comps.), **“El Derecho Penal Hoy. Homenaje al Prof. David Baigún”**, Editores del Puerto, Buenos Aires 1995.

MANZINI, VINCENZO, **“Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo IV Del Procedimiento Penal”**. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires. 1953.

MARÍA MÉNDEZ, JOSÉ, **“La Pena de Muerte”**, Presentación realizada por el Dr. Jorge Arias Gómez, Editorial Memoria N° 5, San Salvador, 2009.

MIR PUIG, SANTIAGO, **“Introducción a las Bases del Derecho Penal”**, Segunda Edición, primer reimpresión, Editorial B de F, Buenos Aires, 2003.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, **“Introducción al Derecho Penal.”**, Segunda Edición, Editorial B de F, Buenos Aires, 2001.

-**“Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho Penal en el Nacionalsocialismo”**, 4ª Edición, Tirant Lo Blanc, Valencia, 2003.

ROXIN, CLAUS, **“La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal”**, Traducción de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano, Introducción de Francisco MUÑOZ CONDE, Tirant Lo Blanc, Valencia, 2000.

-**“Derecho Penal, Parte General. Tomo I Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito”**, Traducción de la 2ª Edición alemana por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Civitas. Madrid. España. 1997.

-**“Determinación Judicial de la Pena, prólogo de Julio B. Maier”**, Editores El Puerto, Buenos Aires, 1993.

ROXIN, CLAUS, DÍAZ ARANDA, ENRIQUE, et. al., **“Problemas Fundamentales de Política Criminal y Derecho Penal”**, Instituto de investigaciones Jurídicas, Serie: Ensayos Jurídicos N°1, UNAM, México, 2002.

SÁNCHEZ ESCOBAR, CARLOS, **“Ensayos para la capacitación penal”**, 1ª Edición, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, San Salvador 2003.

-**“La Política Criminal y El Principio Nulla Poena Sine Culpa.”**, Doctrina Publicada en las Revistas elaboradas por el Centro de Documentación Judicial, Categoría: DERECHO CONSTITUCIONAL, disponible en la página web de la Corte Suprema de justicia de la República de El Salvador: <http://www.csj.gob.sv/Doctrina.nsf/c5bbb727e7b3b30d06256d48005ecf9c/8ad60d4338e0bee406256cfa00657f26?OpenDocument>, página web consultada el día miércoles 15 de junio de 2011.

SERRANO, ARMANDO ANTONIO, CAMPOS VENTURA, José David, et. al., **“Manual de Derecho Procesal Penal”**, Talleres Gráficos UCA, San Salvador, El Salvador, 1998.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, **“Política Criminal y nuevo Derecho Penal: libro homenaje a Claus Roxin”**, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997.

SOLER, SEBASTIÁN, **“Derecho Penal Argentino”**, Tomo I. Actualizado por Guillermo J. Fierro. Tipográfica Editora Argentina, Quinta Edición, Décima reimpresión. 1992.

-**“Manual de Derecho Penal Argentino”**, Tomo II, Quinta Edición, Décima reimpresión, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1992.

TINETTI, ALBINO, et. al., **“Manual de Derecho Constitucional Salvadoreño”**, Tomo I, Tercera Edición, Centro de Información Jurídica, Ministerio de Justicia, San Salvador 1998.

VIRGOLINI, JULIO E.S., **“La razón ausente, ensayo sobre criminología y crítica política”**, prólogo de Massimo Pavarini, 1ª Edición, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. ALAGIA, ALEJANDRO. SKOLAR, ALEJANDRO, **“Derecho Penal. Parte General”**, Segunda Edición, EDIAR, Buenos Aires, 2002.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, **“Criminología: Aproximación desde un margen”**, Editorial TEMIS, Bogotá, Colombia, 1988.

-**“En Busca de las Penas Perdidas: deslegitimación y dogmática jurídico-penal”**, 2ª Reimpresión, EDIAR, Buenos Aires, 1998.

-**“Tratado de Derecho Penal. Parte General”** Tomo II, Ediar, Buenos Aires, 1987.

REVISTAS

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.

MARTÍNEZ VENTURA, JAIME, (Octubre-Diciembre 2010). **“El Concepto de seguridad: necesidad de un abordaje desde una perspectiva holística”**. Revista Derecho. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador. Época VII N° 2.

PASTOR, DISRAELY OMAR, **“Constitución y Política Criminal”**, Revista Derecho. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador. Época VI N° 1. Año 2006.

TESIS

ACOSTA FUENTES, MARÍA ELENA, et. al. “**Análisis de la Política Criminal de El Salvador**”, Tesis para optar al título de licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, T-UES: 1201 A267a.

MEJÍA MERLOS, ELÍAS ALEXANDER, et. al., “**La Proposición y Conspiración en los Delitos Comunes y la Vulneración de los Principios de Lesividad del Bien Jurídico y Proporcionalidad de la Pena.**”, Tesis para optar al título de licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, T-UES: 2006 M516p.

ÍNDICES COMPLEMENTARIOS

I.- LEGISLACIÓN

1.-Nacional

Constitución de la República de El Salvador de 1950. Decreto Constituyente Número 14, 7 de septiembre de 1950.

Constitución de la República de El Salvador de 1962. Decreto Constituyente Número 6, de fecha 8 de enero de 1962.

Constitución de la República de El Salvador, Decreto Constituyente Número 38, de fecha 15 de diciembre de 1983, publicado en el Diario Oficial Número 234, Tomo 281 1983, de fecha 16 de diciembre de 1983.

Código de Justicia Militar. Decreto Legislativo Número 562 de fecha 05 de mayo de 1964, publicado en el Diario Oficial Número 97, Tomo 203 de fecha 29 de mayo de 1964.

Código Penal de 1997. Decreto Legislativo Número 1030, del 26 de abril de 1997, publicado en el Diario Oficial Número 105, Tomo 335, de fecha 10 de junio de 1997.

Código Procesal Penal de 1997. Decreto Legislativo Número 904, del 4 de diciembre de 1996, publicado en el Diario Oficial Número 11, Tomo 334, de fecha 20 de enero de 1997.

Código Procesal Penal 2009, 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.

Ley de Vagos y Maleantes, Decreto Legislativo de 27 de junio de 1940, publicado en el Diario Oficial de fecha 20 de junio de 1940.

Ley Represiva del Contrabando de Mercaderías y de la Defraudación de la Renta de Aduanas, Decreto Legislativo Número 173, de fecha 26 de julio de 1961, publicado en el Diario Oficial Número 147, Tomo 192, de fecha 16 de agosto de 1961.

Ley del Estado Peligroso, Decreto Legislativo Número 1028, de fecha 15 de mayo de 1953, publicado en el Diario Oficial Número 92, Tomo 159, de fecha 25 de mayo de 1953. (Derogada por el Decreto Legislativo N° 116, del 22 de octubre de 1997, publicado en el Diario Oficial Número 215, Tomo 337, de fecha 18 de Noviembre de 1997).

Ley del Régimen de Centros Penales y de Readaptación, Decreto Legislativo Número 427 de fecha 25 de septiembre de 1973, publicado en el Diario Oficial Número 180, Tomo Número 420, de fecha 27 de septiembre de 1973.

Ley Transitoria de Emergencia contra la Delincuencia y el Crimen Organizado, Decreto Legislativo Número 668, de fecha 19 de marzo de 1996, publicado en el Diario Oficial Número 58, Tomo 330, de fecha 22 de marzo de 1996.

Ley Penal Juvenil, 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.

Ley de Vigilancia y Control de Ejecución de Medidas al Menor Sometido a la Ley Penal Juvenil. Decreto Legislativo Número 361, del 7 de junio de 1995, publicado en el Diario Oficial Número 114, Tomo 327, de fecha 21 de junio de 1995.

Ley Penitenciaria Decreto Legislativo Número 1027, de fecha 24 de abril de 1997, publicado en el Diario Oficial Número 85, de fecha 13 de mayo de 1997.

Ley Contra El Lavado De Dinero y de Activos, Decreto Legislativo Número 498, de fecha 02 de diciembre de 1998, publicado en el Diario Oficial Número 240, Tomo 341, de fecha 23 de diciembre de 1998.

Ley de Control y Regulación de Armas, Municiones, Explosivos y Artículos Similares, Decreto Legislativo No. 655, de fecha 1 de julio de 1999, publicado en el Diario Oficial Número 139, Tomo 344, de fecha 26 de julio de 1999.

Ley Antimaras, Decreto Legislativo Número 158, de fecha 9 de octubre de 2003, publicado en el Diario Oficial Número 188, tomo 361, de fecha 10 de octubre de 2003.

Ley Reguladora de Las Actividades Relativas a Las Drogas, Decreto Legislativo Número 153, de fecha 02 de octubre de 2003, publicado en el Diario Oficial Número 208, Tomo 361, fecha 07 de noviembre de 2003.

Ley Transitoria para regular la tramitación de los Procesos Penales iniciados antes del veinte de abril de mil novecientos noventa y ocho, Decreto Legislativo Número 197,

de fecha 20 de noviembre de 2003 publicado en el Diario Oficial Número 361 de fecha 12 de diciembre de 2003.

Ley de Competencia, Decreto Legislativo Número 528, de fecha 22 de diciembre de 2004, publicado en el Diario Oficial Número 240, Tomo 365, de fecha 23 de diciembre de 2004.

Ley Especial para la Protección de Víctimas y Testigos, 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 de fecha 25 de Mayo de 2006.

Ley Especial Contra Actos de Terrorismo, Decreto Legislativo Número 108 del 21 de noviembre de 2006, publicado en el Diario Oficial Número 193, Tomo 373, de fecha 17 de octubre de 2006.

Ley Contra El Crimen Organizado y Delitos De Realización Compleja, Decreto Legislativo Número 190 de fecha 20 de diciembre de 2006, publicado en el Diario Oficial Número 13, Tomo Número 374, de fecha 22 de enero de 2007.

Ley De Proscripción De Maras, Pandillas, Agrupaciones, Asociaciones Y Organizaciones De Naturaleza Criminal, Decreto Legislativo Decreto Legislativo Número 458, de fecha 1 de septiembre de 2010, publicado en el Diario Oficial Número 169, Tomo 388 de fecha 10 de septiembre de 2010.

2.- Tratados Internacionales Ratificados por El Salvador

Convención Americana de Derechos Humanos,

Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos,

Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional

II.- JURISPRUDENCIA

1.- Nacional

A.-Inconstitucionalidades

Sentencia de Inconstitucionalidad de las nueve horas del día diecinueve de julio de mil novecientos noventa y seis, con Referencia **1-92 y Ac.**

Sentencia de Inconstitucionalidad de las once horas del día veinte de junio de mil novecientos noventa y nueve. **REF 4-88 /1-96 (acumulados).**

Sentencia de inconstitucionalidad de las quince horas del día uno de abril de dos mil cuatro. REF **52-2003/56-2003/57-2003**.

Sentencia de Inconstitucionalidad de las nueve horas del día diecinueve de abril de dos mil cinco, con Referencia **46-2003**.

Sentencia de Inconstitucionalidad de las diez horas y treinta y cinco minutos del día veintiocho de marzo de dos mil seis, pronunciada en el Proceso de Inconstitucionalidad con Referencia **2-2005**.

Sentencia de Inconstitucionalidad de las quince horas y cincuenta minutos del día veinticuatro de septiembre de dos mil diez. REF **91-2007**.

Sentencia de Inconstitucionalidad de las nueve horas con cincuenta minutos del día veintitrés de diciembre de dos mil diez con Referencias: **5-2001/ 10-2001/ 24-2001/ 25-2001/ 34-2002/ 40-2002/ 3-2003/ 10-2003/ 11-2003/ 12-2003/ 14-2003/ 16-2003/ 19-2003/ 22-2003/ 7-2004 (Acumulados)**.

B.-Inaplicabilidades

Sentencia Definitiva de las nueve horas quince minutos del día diez de marzo de dos mil nueve. REF: **0901-10-2009**. Tribunal de Sentencia de Chalatenango.

Sentencia Definitiva de las diecisiete horas con trece minutos del once de noviembre de dos mil tres pronunciada por el Tribunal de Sentencia de San Vicente en el proceso No. **115-03-2003**.

2.- Extranjera

2.1.- República Dominicana.

Resolución número 1920-2003 del 13 de noviembre de 2003, emitida por la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana.

3.- Internacional

3.1.- Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 2 de julio de 2004 Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Caso Herrera Ulloa vs Costa Rica.

III.- OTROS DOCUMENTOS

1.-Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

2.-Plan Quinquenal de Desarrollo.

3.-Plan de Gobierno del FMLN.

4.-Exposición de Motivos del Código Penal Salvadoreño, san Salvador 25 de mayo de 1994.

5.-Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1992-93), OEA/Ser.L/V/II.83, Doc. 14, 12 de marzo de 1993, Informe No. 26/92, Caso 10.287 "Las Hojas" (El Salvador).

6.-Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. N° 1/99 caso 10.480 Lucio Parada Cea, Héctor Joaquín Miranda Marroquín, Fausto García Funes, Andrés Hernández Carpio, José Catalino Meléndez y Carlos Antonio Martínez Romero. El Salvador 27 de enero de 1999.

7.-Estudio Diagnóstico del Sistema Penitenciario de El Salvador realizado por la Unidad Ejecutora y la Comisión Revisora de la Legislación Salvadoreña. 1988.

8.-Estudio Global sobre Homicidios 2011, Tendencias, Contextos y Datos, Oficina contra la droga y el delito de las Naciones Unidas.

8.-Competencia y regulación en las telecomunicaciones: El caso de El Salvador, IDRC/CEPAL "Reforzando la competencia en el Istmo Centroamericano: políticas e instituciones nacionales, coordinación regional y participación en negociaciones internacionales", México, 2007.

Anexos

- 1.-Estadísticas oficiales. Tasa de homicidios: año 2000-2005.**
- 2.-Estadísticas oficiales. Tasa de homicidios: 2001-2008.**
- 3.-Estadísticas oficiales. Tasa de homicidios: año 2010.**
- 4.-Estadísticas de la Dirección General de Centros Penales. 10 de octubre de 2011.**

DEFUNICIONES DE HOMICIDIOS ESTRATIFICADOS POR DEPARTAMENTOS,

SEGUN EL INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL

DEPTO.	2002		2003		2004		2005	
	Masculino	Femenino	Masculino	Femenino	Masculino	Femenino	Masculino	Femenino
Abasco	72	10	88	12	104	10	86	5
Santa Ana	278	34	252	18	288	22	188	31
Sonsonate	228	15	242	20	340	21	254	20
Chalatenango	27	8	20	1	25	5	8	3
La Libertad	218	22	273	36	386	34	357	31
San Salvador	644	82	733	78	996	112	894	94
Ocoatican	66	11	68	6	95	5	43	2
Calcutias	64	2	52	8	44	5	48	2
San Vicente	52	3	33	9	58	4	33	5
La Paz	120	12	115	18	108	8	113	13
Usulután	82	6	71	9	94	8	45	7
San Miguel	182	12	119	9	126	14	138	17
Marazán	27	2	19	3	20	2	18	1
La Unión	83	8	63	7	51	11	48	1
TOTAL	2119	227	2156	232	2673	280	2221	228

Fuente: Programa Epi-Info, Departamento de Estadística, Instituto de Medicina Legal.
Los cinco departamentos con mayor número de homicidios en todos lo años son: San Salvador, La Libertad, Sonsonate, Santa Ana y San Miguel

DIEZ MUNICIPIOS CON MAYOR NUMERO DE FALLECIDOS POR HOMICIDIOS, EL SALVADOR 2004-2005

Municipio	Año 2004		Municipio		Año 2005	
	Nº	Tasa	Nº	Tasa	Nº	Tasa
San Salvador	349	65,0	San Salvador	292	53,4	
Santa Ana	192	72,2	Soyapango	152	58,5	
Soyapango	182	70,4	Santa Ana	124	45,9	
Sonsonate	137	129,5	San Miguel	110	40,1	
San Miguel	116	43,5	Apopa	86	41,9	
Ilopango	90	60,5	Sonsonate	75	69,4	
Apopa	83	41,7	Santa Tecla	70	37,5	
Mejicanos	80	39,2	Mejicanos	62	29,9	
Santa Tecla	71	39,2	Colón	61	68,9	
Colón	69	80,9	Ciudad Delgado	60	35,3	

Fuente: Programa Epi-Info, Departamento de Estadística, Instituto de Medicina Legal.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL
"DR. ROBERTO MASFERRE"
UNIDAD DE ESTADÍSTICAS FORENSES

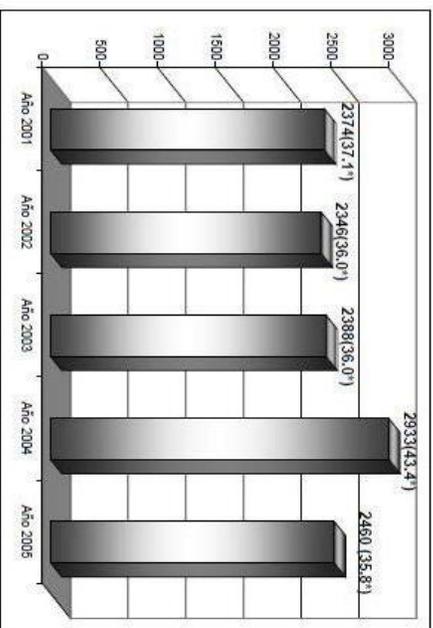


BOLETÍN SOBRE HOMICIDIOS
PRESENTACIÓN

Año 1, Nº 1, Octubre 2005

Homicidio:

"delito consistente en la privación de la vida, realizada por una o varias personas contra otra u otras" (Rafael de Pina Vera, Diccionario de Derecho)



Fuente: Programa Epi-Info, Departamento de Estadísticas Forenses, Instituto de Medicina Legal
* Tasa por 100,000 habitantes.
** Datos disponibles hasta el mes de agosto 2005.

Responsables:
DIRECCIÓN GENERAL DEL INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL Y UNIDAD DE ESTADÍSTICAS FORENSES

DEFUNCIONES POR HOMICIDIOS ESTRATIFICADO POR SEXO, SEGÚN EL INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL

SEXO	2001	2002	2003	2004	2005
Masculino	2163	2119	2156	2673	2221
Femenino	211	227	232	280	239
Total	2374	2346	2388	2933	2460

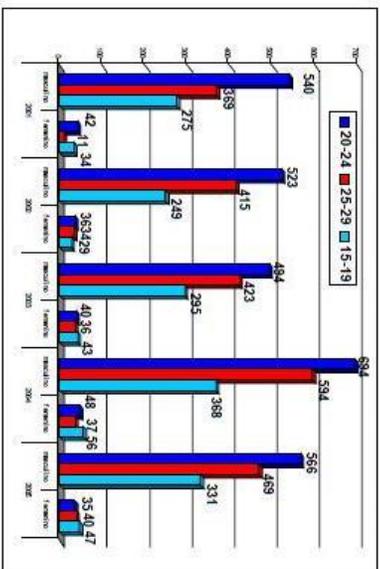
Fuente: Programa Epi-Info, Departamento de Estadística, Instituto de Medicina Legal.

En el año 2001, el porcentaje de homicidios en el sexo masculino fue de 91,1% y en el sexo femenino de 8,9%, en el año 2002 sexo masculino 90,3% y sexo femenino 9,7%, en el año 2003 el sexo masculino representa el 90,3% y el sexo femenino 9,7%, año 2004 sexo masculino 91,1% y sexo femenino 8,9% y el año 2005 hasta el mes de agosto sexo masculino 90,3% y sexo femenino 9,7%.

Tasas de mortalidad por 100.000 habitantes del sexo masculino: año 2001 68,9, año 2002 68,2, año 2003 68,1; año 2004 80,5, año 2005 hasta el mes de agosto: 65,7.

Tasas de mortalidad por 100.000 habitantes del sexo femenino: año 2001 6,5, año 2002 6,8, año 2003 6,9; año 2004 7,8, año 2005 hasta el mes de agosto: 6,8.

TRES GRUPOS DE EDAD CON MAYOR NÚMERO DE DEFUNCIONES POR HOMICIDIOS, SEGÚN EL INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL



Fuente: Programa Epi-Info, Departamento de Estadística, Instituto de Medicina Legal.

Las tasas de mortalidad por año por grupos de edad y sexo fueron: sexo masculino año 2004, grupo de 20 a 24 años 211,9; grupo de 25 a 29 años 215,6; grupo de 15 a 19 años 34,0. Sexo femenino año 2004, grupo de 20 a 24 años 227, grupo de 25 a 29 años 232, grupo de 15 a 19 años 34,0. En el grupo de 20 a 24 años el riesgo de fallecer en el sexo masculino es 14,2 veces mayor que en el sexo femenino, en el grupo de 25 a 29 años es 16 veces mayor en el sexo masculino, y en el grupo de 15 a 19 años el riesgo de fallecer es 6,4 veces mayor.

TITO DE ARMAS UTILIZADAS PARA COMETER HOMICIDIOS, SEGÚN EL INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL

Tipo de Arma	2001	2002	2003	2004	2005
Masculino	1549	133	1520	127	1567
Femenino	440	43	426	54	419
Contundente	102	15	97	15	95
Vapuleador	23	5	14	14	2
Explosivos	12	2	10	1	11
Otro tipo	23	7	38	19	35
TOTAL	2163	211	2119	2156	232

Fuente: Programa Epi-Info, Departamento de Estadística, Instituto de Medicina Legal.

Tomando en cuenta desde el año 2001 hasta agosto del año 2005, el 73,1% de las defunciones han sido cometidas con arma de fuego, el 18,4% con arma blanca; el 4,6% con objeto contundente, el 0,7% vapuleador, el 0,9% estrangulador; el 0,3% con artefacto explosivo y el 2% con otro tipo de armas.

Las tasas por arma de fuego por 100.000 habitantes fueron: año 2001 26,3, año 2002 25,3, año 2003 25,6, año 2004 32,0 y año 2005 28,3.

Todo lo anterior indica que el riesgo a morir en un hecho de arma de fuego ha aumentado en la población en los últimos dos años sustancialmente, principalmente en el sexo masculino.

DIEZ COLONIAS, BARRIOS Y CANTONES CON MAYOR NÚMERO DE HOMICIDIOS SEGÚN RECONOCIMIENTOS DEL INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL

2003	2004	2005			
LUGAR	Número	LUGAR	Número	LUGAR	Número
Bño. San Jerónimo (SS)	10	Canton Lourdes (CO)	23	Canton Plan del Pino (CO)	22
Morras S. Bartolomé (LL)	8	Canton Alcazar (SC)	15	Bño. San Jerónimo (SS)	18
Astipoco (AH)	7	Canton Pinar del Príncipe (CO)	14	Bño. San Jerónimo (SS)	18
Los Mezquites (AH)	7	Canton Plan del Príncipe (CO)	11	Canton San Julián (CA)	15
Canton Lourdes (CO)	6	Canton Velutudá (SA)	10	Canton Alcazar (SC)	14
Canton Velutudá (SA)	6	Prov. Sta. Teresa (SM)	9	Col. Milagro Paz (SM)	13
Canton Santa Rosa (SA)	6	Dist. Ibelit (ON)	8	Bño. Lourdes (SS)	12
El Barro (AH)	5	Odonia Ortuño (AR/O)	8	Canton Hispoxidelliz	10
Potezales (SA)	5	Canton Deltos (CR)	7	Canton Deltos (CR)	10
Col. Las Margaritas (SM)	5	Col. Las Margaritas (SM)	8	Canton Deltos (CR)	8
TOTAL	66	TOTAL	113	TOTAL	140

Fuente: Programa Epi-Info, Departamento de Estadística, Instituto de Medicina Legal.

Analizando este cuadro se puede determinar que el cantón Lourdes, cantón Plan del Pino, Bño. San Jerónimo, cantón San Julián, colonia Milagro de la Paz y Bño. Lourdes son de los lugares más peligrosos en el país.

Autor: Dr. Fabio Melius Yaguarán

NUMERO Y TASA DE HOMICIDIOS EN EL SALVADOR SEGÚN RECONOCIMIENTOS DE MEDICOS(AS) FORENSES Y SEGÚN BASE CONJUNTA DESDE EL AÑO 2005, EL SALVADOR PERIODO 2001-2008



Fuente: Datos revisados, recolectados y computarizados en Epi Info, por el Departamento de Estadísticas Forenses del IML

En relación a tasas de homicidios se nota que tanto en los homicidios totales, como los del sexo masculino y femenino las tasas han experimentado desde el año 2004 una tendencia al aumento, esto a pesar de que los años 2007 y 2008 hubo una baja en el número de homicidios, pero se adoptó en el año 2007 un nuevo censo que tenía menor cantidad de habitantes y esto ha hecho que las tasas de homicidios hayan aumentado los años 2007 y 2008, además desde el final de septiembre del año 2009, La DIGESTYC no cuenta con poblaciones proyectadas desde el año 2008 para edades y grupos de edades, departamentos y municipios, por lo que el cálculo de las tasas del año 2008 se hizo con la población del año 2007.

A partir del año 2005 los datos han sido cotejados, consensuados y conjuntados por La Fiscalía General de La República, El Instituto de Medicina Legal y La Policía Nacional Civil; esto ha hecho que la captación sea mayor que si solo fueran los datos de cada institución, siendo el año 2006 el de mayor registro de homicidios. Los años 2007 y 2008 han bajado el número de homicidios en relación con los años 2005 y 2006 y comparando con el año 2006, estos bajaron así: año 2007 (11%) y año 2008 (19.1%).

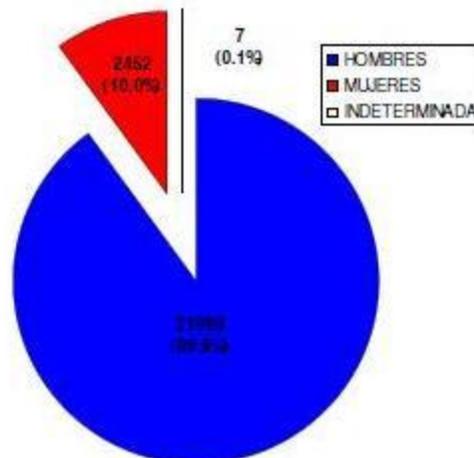
Autor: Dr. Fabio Melián Yagoranc

Al comparar el riesgo de morir por homicidios, los hombres tienen un riesgo¹³ mayor que fluctúa entre 8.2 y 10.6 veces más, siendo así su comportamiento: año 2001 10.6 veces el riesgo mayor en hombres, año 2002 9.7, año 2003 9.6, año 2004 10.6, año 2005 9.0, año 2006 8.2, año 2007 10.1 y año 2008 9.1

En relación a los porcentajes, los hombres tienen mayores así: año 2001 hombres 91.1% y mujeres 8.9%, año 2002 hombres 90.3% y mujeres 9.7%, año 2004 hombres 90.3% y mujeres 9.7%, año 2004 hombres 91.1% y mujeres 8.9%, año 2005 hombres 89.8% y mujeres 10.2%, año 2006 hombres 88.7% mujeres 11.1% y por sexo indeterminado 7 (0.2%), año 2007 hombres 90.1% y mujeres 9.9%, año 2008 hombres 89.1% y mujeres 10.9%.

Se puede apreciar que a partir del año 2005, fecha en que se inicia el conteo conjunto entre las tres instituciones, las tasas de homicidios totales, del sexo masculino y femenino han aumentado notablemente y esto se ha debido a que la captación de los homicidios ha sido mejor.

**HOMICIDIOS SEGÚN SEXO RECONOCIDOS POR MEDICOS(AS)
FORENSES DEL IML Y DESDE 2005 A 2008 EN BASES CONJUNTADAS
ENTRE IML, FGR Y PNC, PERIODO 2001-2008, EL SALVADOR
SEPTIEMBRE 2009**



Fuente: Datos revisados, recolectados y computarizados en Epi Info, por el Departamento de Estadísticas Forenses del IML

Las víctimas de homicidios del sexo masculino fueron 21998 (89.9%) y una tasa promedio de 88.0, del sexo Femenino 2452 (10.0%) y tasa promedio de 9.3 y por Sexo no determinado 7 (0.1%).

**HOMICIDIOS EN EL SALVADOR AÑO 2010 SEGÚN
INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL, EL SALVADOR**

HOMICIDIOS DEL AÑO 2010

TOTAL DE HOMICIDIOS

TIPOMUERTE	Frec	Porcent	Acum
HOMIC X VIOL COMUN	4004	100.0%	100.0%
Total	4004	100.0%	

LA TASA DE HOMICIDIOS DEL AÑO 2004 ES DE 65.4 HOMICIDIOS POR CADA 100,000 HABITANTES

NO SE INTRODUCIERON APROXIMADAMENTE COMO 70 CASOS DE HOMICIDIOS EMPROBADOS POR AUTOPSIA YA QUE ESTA PENDIENTE REUNION CON FGR Y PNC

FRECUENCIA POR SEXO

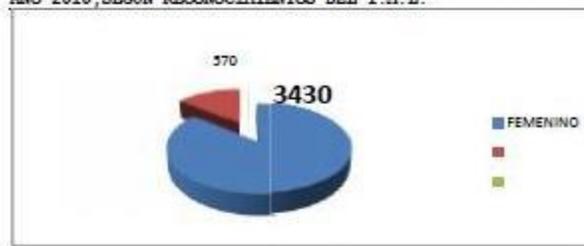
SEXO	Frec	Porcent	Acum
F	570	14.2%	14.2%
I	4	0.1%	14.3%
M	3430	85.7%	100.0%
Total	4004	100.0%	

LA TASA DE HOMICIDIOS EN HOMBRERES FUE DE 117.7 HOMICIDIOS POR CADA 100,000 HABITANTES DEL SEXO MASCULINO.

LA TASA DE HOMICIDIOS EN MUJERES FUE DE 17.4 HOMICIDIOS POR CADA 100,000 HABITANTES DEL SEXO FEMENINO.

CONDE LA PROBABILIDAD DE SUFRIR HOMICIDIOS ES 6.8 VECES MAYOR EN EL SEXO MASCULINO

FRECUENCIA DE VICTIMAS DE HOMICIDIOS POR SEXO EN EL SALVADOR AÑO 2010, SEGUN RECONOCIMIENTOS DEL I.M.L.



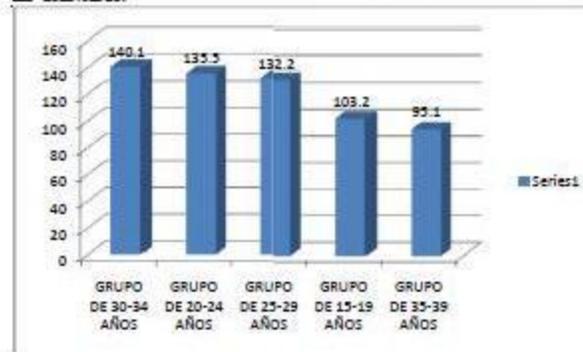
**FUENTE: UNIDAD DE ESTADISTICAS DEL IML
FRECUENCIA DE HOMICIDIOS POR GRUPOS**

DE EDAD			
GRUPO EDAD	Frec	Porcent	Acum
1-4	3	0.1%	0.1%
10-14	79	2.0%	2.0%
15-19	720	18.0%	20.0%
20-24	767	19.2%	39.2%
25-29	612	15.3%	54.4%
30-34	580	14.5%	68.9%
35-39	367	9.2%	78.1%
40-44	235	5.9%	84.0%
45-49	164	4.1%	88.1%
5-9	4	0.1%	88.2%
50-54	107	2.7%	90.8%
55-59	83	2.1%	92.9%
60-64	47	1.2%	94.1%
65 A +	111	2.8%	96.9%
<1	5	0.1%	97.0%
IGNORADO	120	3.0%	100.0%
Total	4004	100.0%	

EN ESTE CUADRO VEMOS QUE EL MAYOR NUMERO DE HOMICIDIOS ESTA EN EL GRUPO DE 20-24 AÑOS CON 767 HOMICIDIOS, LE SIGUEN LOS GRUPOS DE 15-19 AÑOS CON 720, EL GRUPO DE 25-29 AÑOS CON 612, EL GRUPO DE 30-34 AÑOS CON 589 Y EL GRUPO DE 35-39 AÑOS CON 367. EN ESTOS 5 GRUPOS DE EDAD ESTAN CONCENTRADOS 3046 HOMICIDIOS QUE REPRESENTAN EL 76.1% DEL TOTAL DE HOMICIDIOS.

AL ANALIZAR ESTOS MISMOS GRUPOS POR TASAS DE HOMICIDIOS, LO CUAL REPRESENTA EL RIESGO REAL DE SUFRIR HOMICIDIOS, TENEMOS: EL GRUPO DE 30-34 AÑOS TIENE UN RIESGO DE 140.1 HOMICIDIOS POR CADA 100,000 HAB. DE ESTE GRUPO DE EDAD, LE SIGUEN EL GRUPO DE 20-24 AÑOS CON 135.5 HOMICIDIOS, EL GRUPO DE 25-29 AÑOS CON 132.2, EL GRUPO DE 15-19 AÑOS CON 103.2 Y EL GRUPO DE 35-39 AÑOS CON 95.1 HOMICIDIOS.

TASAS DE HOMICIDIOS DE LOS 5 PRIMEROS GRUPOS DE EDAD EN EL SALVADOR



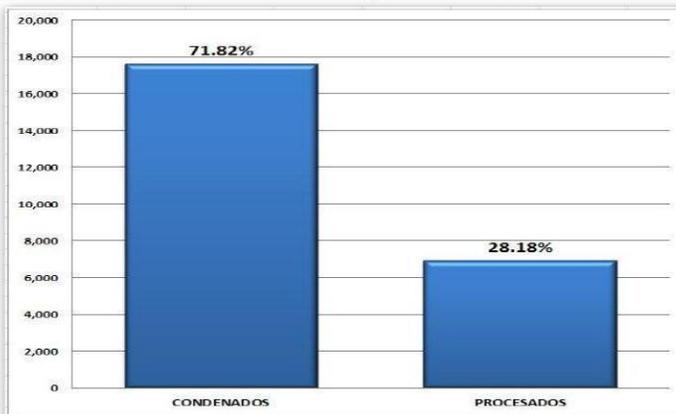
FUENTE: UNIDAD DE ESTADISTICAS DEL IML

Estadística Penitenciaria al 10/Octubre/2011

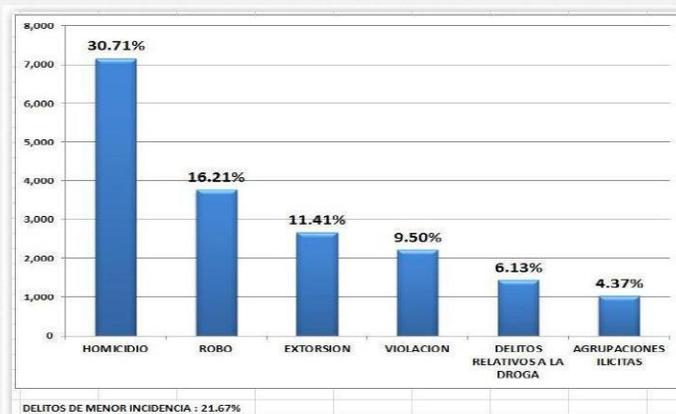
Ministerio de Justicia
y Seguridad Pública, Dirección
General de Centros Penales



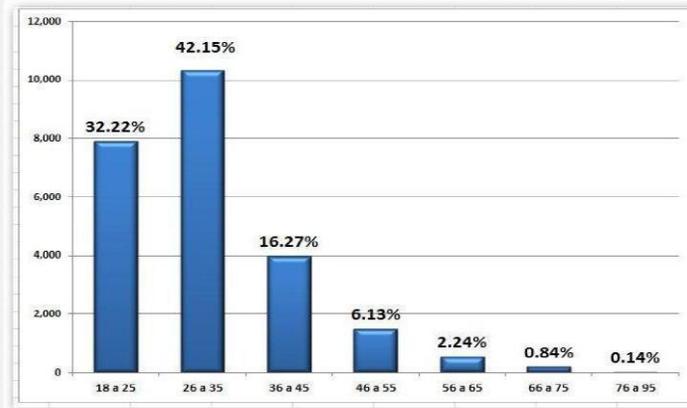
Situación Jurídica



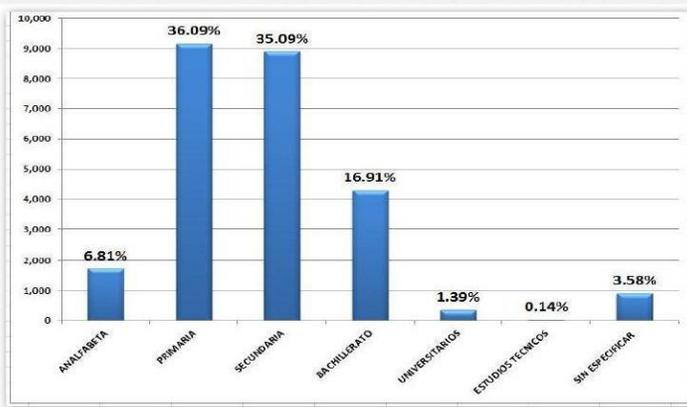
Delitos de mayor incidencia



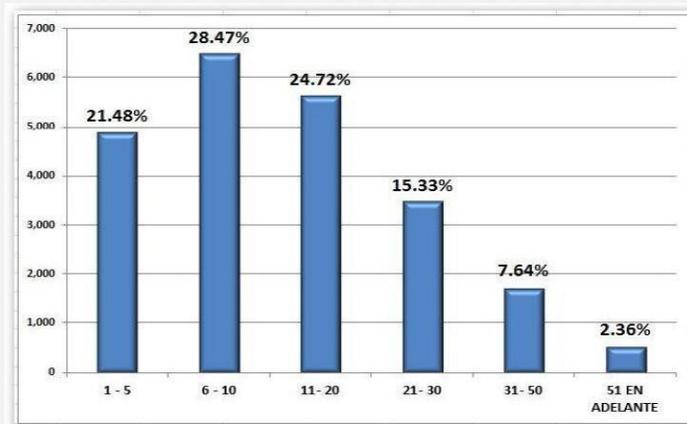
Rangos de edades de los internos del Sistema Penitenciario



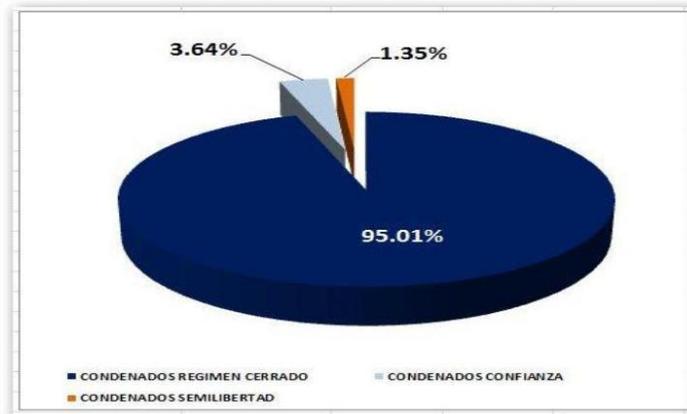
Nivel educativo de los internos del Sistema Penitenciario



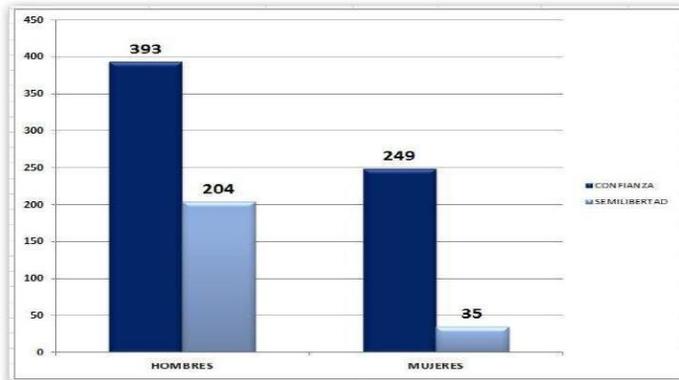
Años de condena



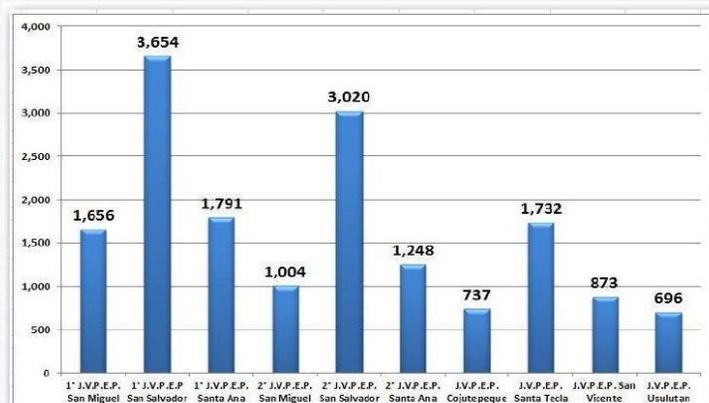
Porcentaje de Internos en Régimen Cerrado y Fases (17,650 condenados)



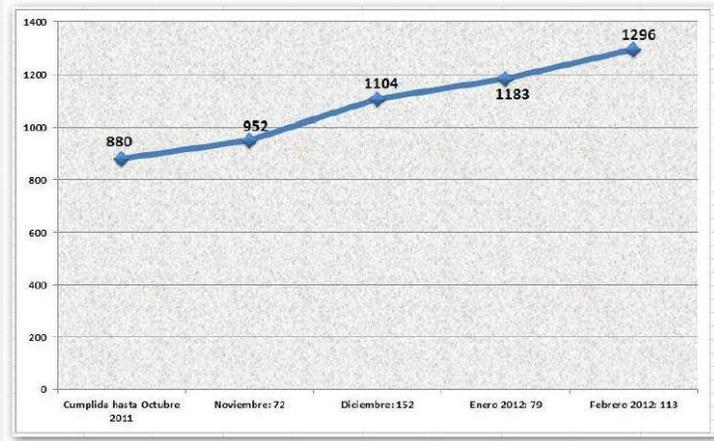
Internos en Fases de Confianza y Semilibertad (881)



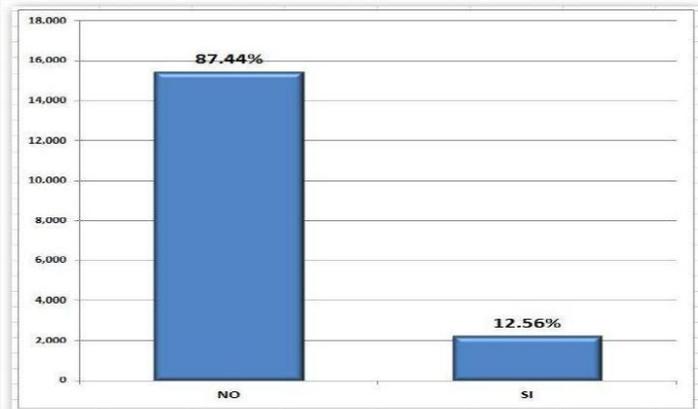
Distribución de internos condenados por Juzgado de Vigilancia Penitenciaria



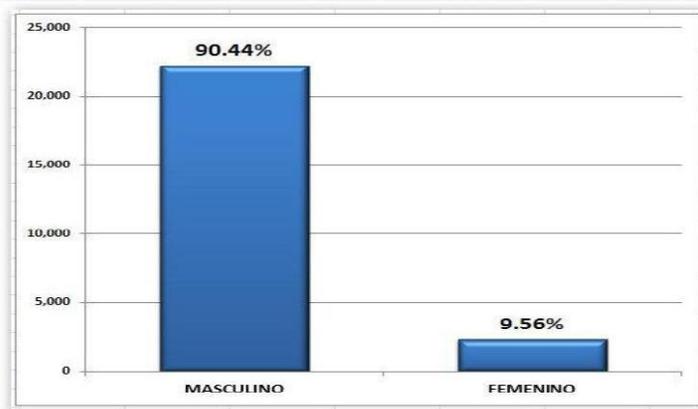
Limite de la Detención Provisional



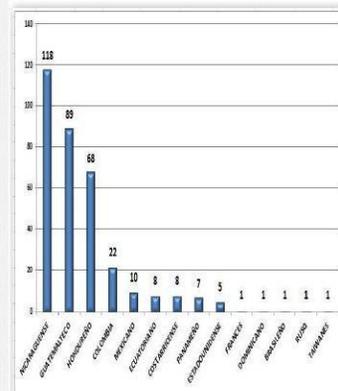
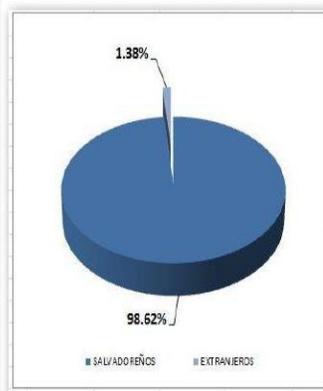
Porcentaje de Reincidencia



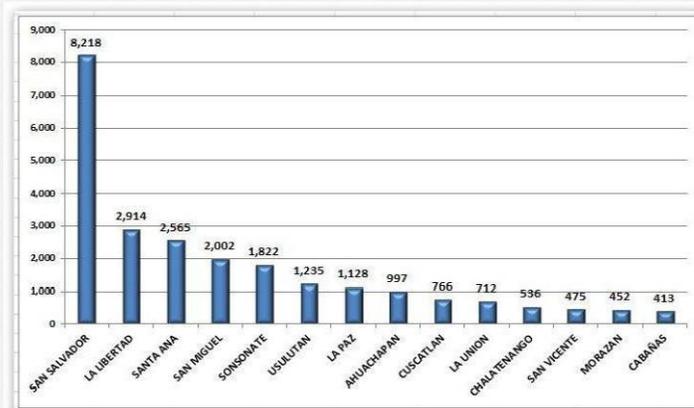
Clasificación de los internos del Sistema Penitenciario por sexo



Población Interna Extranjera



Domicilios de los internos del Sistema Penitenciario



Distribución de la Población Interna

