

T
342.085
M1971a
1969
F.J.V.C.S.
Ej-1

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

**El Apotegma Nullum Crimen Nulla Poena
Sine Praevia Lege en el Derecho
Constitucional Centroamericano**

TESIS DOCTORAL

PRESENTADA POR:

ADOLFO MUÑOZ ALFARO,

COMO ACTO PREVIO DE SU INVESTIDURA
ACADEMICA PARA OBTENER EL TITULO DE

DOCTOR

EN

JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DICIEMBRE DE 1969.





U N I V E R S I D A D D E E L S A L V A D O R

RECTOR

Dr. José María Méndez

SECRETARIO GENERAL

Dr. José Ricardo Martínez

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO

Dr. René Fortín Magaña

SECRETARIO

Dr. Fabio Hércules Pineda

Comisive / El autor / 8-I-70 / 33367

TRIBUNALES EXAMINADORES

CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION Y LEGISLACION LABORAL.

Presidente : Dr. Guillermo Manuel Ungo.

Primer Vocal : Dr. Marcos Gabriel Villacorta.

Segundo Vocal: Dr. Luis Enrique Gutiérrez.

--000--

MATERIAS CIVILES, PENALES Y MERCANTILES.

Presidente : Dr. Manuel René Villacorta.

Primer Vocal : Dr. Manuel Arrieta Gallegos.

Segundo Vocal: Dr. Jorge Alberto Barriere.

--000--

MATERIAS PROCESALES Y LEYES ADMINISTRATIVAS.

Presidente : Dr. Guillermo Manuel Ungo.

Primer Vocal : Dr. Fernando Castillo h.

Segundo Vocal: Dr. Orlando Baños Pacheco.

--000--

ASESORIA DE TESIS: Dra. Dalia Días de Navarrete.

--000--

APROBACION DE TESIS:

Presidente : Dr. Alejandro Dagoberto Marroquín.

Primer Vocal : Dr. Carlos Ganuza Morán.

Segundo Vocal: Dr. Carlos Ferrufino.

DEDICO ESTA TESIS:

A mis padres:

ANTONIO MUÑOZ MENEDEZ

Y

MERCEDES ALFARO DE MUÑOZ

A mi esposa:

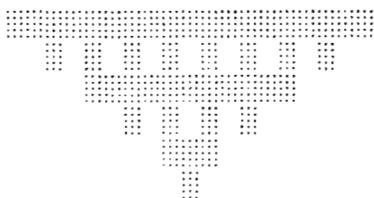
LEONOR ANTONIA CISNEROS DE MUÑOZ

A mi hija:

LEONOR DE LAS MERCEDES MUÑOZ CISNEROS

Y a mi suegra:

LEONOR MIÑAURI VIUDA DE CISNEROS



I N D I C E

Introducción.

CAPITULO I - Garantías Individuales.

- a) Concepto*
- b) Clasificación*

CAPITULO II -El Nullum Crimen Nulla Poena Sine Praevia Lege como Garantía Individual.

- a) Naturaleza.*
- b) Origen y Desarrollo Históricos.*
- c) Fundamento Filosófico.*
- d) Su Significado Institucional.*

*CAPITULO III- Análisis de Documentos de Indole Univer--
sal con relación al Nullum Crimen Nulla -
Poena Sine Praevia Lege.*

- a) Declaración Universal de Derechos Humanos.*
- b) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.*
- c) Convención Europea y Libertades Funda-
mentales.*
- d) Proyecto de Convención sobre Derechos
Humanos elaborado por el Consejo Inte-
ramericano de Jurisconsultos.*
- e) Proyecto de Pacto de Derechos Civiles y
Políticos de las Naciones Unidas.*

*CAPITULO IV- El Nullum Crimen Nulla Poena Sine Praevia
Lege en el Derecho Constitucional Centroa
mericano.*

- a) Antecedentes Históricos.*
- b) Derecho. Constitucional Vigente.*
- c) Ley Secundaria Salvadoreña.*

CAPITULO V - Conclusiones.



I N T R O D U C C I O N

Es indiscutible la máxima importancia de los derechos individuales, en los regímenes donde existe supremacía en la aplicación de la ley sobre el ejercicio abusivo del poder estatal. Considerados estos derechos no conforme a la concepción absolutista surgida en la Revolución Francesa, que colocó al hombre como poseedor de derechos intocables, anteriores y superiores a toda ley positiva, y que se proclamó en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano; sino que, abandonando la postura radical de la concepción de derechos absolutos -sustentada por el liberal individualismo- el hombre ya no tiene frente a él, al Estado Absolutista sino que a la sociedad de la que él es miembro y en cuyo beneficio ha de sacrificar parte de sus intereses personales, armonizándose de esta manera los intereses del individuo con los intereses de la colectividad. Funcionando en este último concepto, el Principio expresado en el apotegma latino *Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, objeto de nuestro trabajo, representa una garantía cardinal en el pleno desenvolvimiento del hombre hacia la consecución de sus fines, sin que se le coarte su derecho de libertad arbitrariamente.

Al tratar el Principio lo hacemos circunscribiendo su estudio desde el punto de vista constitucional con la consiguiente aplicación del mismo en el campo del Derecho Penal, o sea pues, como una garantía de la libertad del hombre, que es para lo que fue creado. Es tanta la importancia del Principio por su eficacia, que ha rebasado los linderos del De-

recho Penal para ser acogido por otras ramas del Derecho -- que lo han adecuado convenientemente a sus respectivos postulados.

En el desarrollo de esta tesis, hemos ubicado el *Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, dentro de la -- clasificación generalmente aceptada, de garantías individuales propiamente dichas, y especialmente como una garantía -- de seguridad jurídica, que permite que el hombre haga uso -- de su esfera de libertad que no puede coartarse, sino es de conformidad a una serie de regulaciones establecidas por un ordenamiento jurídico. Luego señalamos que el primer vislumbre del Principio expresado en el apotegma "*Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*" se halla en la Carta Magna -- promulgada por el rey Juan Sin Tierra, en el año de 1215; y obtiene su desarrollo en la historia a través del pensamiento de ilustres hombres, entre los que se cuentan Juan Jacobo Rousseau y César Bonesano, Marqués de Beccaría, hasta lograr su consagración ineluctable en Francia, en la Declaración -- de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

Razones de naturaleza política han permitido que el -- *Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, sea transgredido en varios momentos de su historia. Después de la Segunda Guerra Mundial con el famoso Juicio de Nuremberg; para -- mencionar un caso de resonancia mundial. En El Salvador con la creación del Tribunal de Probidad se conculcó el Principio. Por tratarse de algo que ocurrió en Centro América, -- creemos oportuno transcribir los dos Decretos que le dieron vida al Tribunal, emitidos por el Consejo de Gobierno Revolucionario. Así como también hacemos una somera considera--

ción de la violación del Principio al crearse el Tribunal.

Con respecto al fundamento filosófico del Principio, lo encontramos en la consideración del ser humano como el supremo valor. Y a su vez afirmamos que su significado institucional consiste en ser una garantía eficaz de libertad frente al poder ilimitado y arbitrario del Estado.

No omitimos referirnos a algunos documentos de validez universal que consignan el Nullum crimen..., dándosele con ello su confirmación de baluarte de seguridad jurídica individual. Examen que hacemos concretándolo a la regla de oro que contiene el Principio, dejando para otro lugar del trabajo, el extenderlo a sus consecuencias.

En la elaboración de la tesis, nos ha impulsado la mejor buena voluntad de trabajo para hacer un estudio que comprenda, acorde a nuestras limitaciones, todas las cuestiones que trazamos para su completa terminación. Pero no obstante esa buena voluntad, debido a la falta de suficiente bibliografía, no nos ha sido posible que el Capítulo IV letra a) Antecedentes Históricos, contenga además de los antecedentes del Principio, su evolución constitucional a partir de 1821, año de la Independencia de Centro América, mediante un estudio de todos los textos constitucionales que han tenido vigor en cada uno de los Estados centroamericanos desde que iniciaron su vida independiente, como era nuestro deseo. El obstáculo anterior hizo que se nos excusase de escribir en el Capítulo mencionado, sobre la República de Honduras; sin embargo creemos que haciendo un estudio de carácter general, no pormenorizado, del literal, para ser fieles al título de la tesis que se refiere al Derecho Constitucio

nal Centroamericano, no vale la pena excluir a Honduras y - por eso siempre la incluimos.

En el literal b) del mismo Capítulo, hacemos el examen comparativo del Principio del Nullum crimen..., tomando en cuenta todas las cuestiones que este abarca, para ser aplicado en el campo de la ley penal.

No hemos creído salirnos del título de la tesis al incluir en el Capítulo IV la "Ley Secundaria Salvadoreña", ya que el Nullum crimen... como garantía individual inscrita en la Constitución, es en el campo de la ley penal sustantiva y adjetiva donde obtiene su complementación. Por encontrarnos en la imposibilidad de tener a nuestro alcance la documentación necesaria del resto de los países de Centro América, no han sido incluidas sus respectivas leyes secundarias. Y finalmente con base en el contenido del trabajo desarrollado, expresamos algunas conclusiones que estimamos de importancia.

Nos cabe la satisfacción de haber escrito el obligatorio trabajo de tesis sobre una de las materias que más nos ha interesado, el Derecho Constitucional; y especialmente sobre el Principio de Legalidad de los delitos y de las penas, perteneciente al apasionante tema "Derechos y Garantías Individuales". Sin movernos otro anhelo al presentarlo, que el que aporte alguna utilidad para quienes nos honren con su lectura.



C A P I T U L O I

GARANTIAS INDIVIDUALES:

a) Concepto. b) Clasificación.

a) Concepto de Garantías Individuales.

Al desarrollar este punto hemos querido hacerlo en forma un poco amplia que comprenda la concepción tanto tradicional como actual de las garantías individuales. Así como también la evolución que ha sufrido su contenido.

Las garantías individuales consagradas en la Constitución, norma de superior jerarquía, constituyen una verdadera salvaguardia de la esfera de acción individual.

La palabra "garantía" y el verbo "garantizar" son de creación francesa. Dichos términos aparecen desde la mitad del siglo XIX en la legislación de Francia de donde fueron tomados por los demás pueblos. (1) La palabra "garantía" generalmente es usada como sinónimo de protección jurídico-política; y gramaticalmente se distingue con esta palabra en forma enfática la declaración de un derecho o de un principio, y se proclama desde el punto de vista constitucional - su vigencia. (2) En la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se hallan los preceptos siguientes: "Art. 12. La garantía de los derechos del hombre y del ciudadano necesita una fuerza pública; esta fuerza, - pues, se halla instituída en beneficio de todos, y no para la particular utilidad de aquellos a quienes es confiada". Art. 16. Toda sociedad en la cual la garantía de los dere--

(1) Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo XIII. Editorial Bibliográfica Argentina. S.R.L. Buenos Aires. Pág. 24.

(2) Ibídem. Pág. 23.

chos no está asegurada, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución". (3)

Los dos artículos transcritos presentan el primer caso en que se usó la palabra garantía en textos constitucionales con aplicación al Derecho Público y en su acepción de respaldar, asegurar, consagrar o salvaguardar los derechos del hombre a través y en forma eficaz de una tutela que nace del conglomerado social y que se verifica por el Estado y sus órganos. (4)

La denominación de "garantías individuales" es de carácter tradicional y ha sido a la influencia de las Constituciones Francesas revolucionarias que debemos su inclusión en las Constituciones Latinoamericanas. La idea de "garantías" observa Héctor Fix Zamudio no se halla en las Constituciones Angloamericanas. (5)

Los textos constitucionales de los países centroamericanos, no se sustraen a la influencia de la terminología -- francesa de las garantías individuales o constitucionales.

Es en Francia y como fruto de su gran revolución que produjo cambios radicales en las instituciones existentes, suprimiendo las exenciones y privilegios, que los revolucionarios franceses sienten la necesidad de incorporar en un documento constitucional los derechos considerados más esenciales del hombre, buscando de esta manera la protección y el respeto por parte de los gobernantes, de los derechos -- fundamentales de la persona humana, mediante el acatamiento

(3) *Ibíd.*

(4) *Ibíd.*

(5) Fix Zamudio, Héctor. *Protección Procesal de las Garantías Individuales en América Latina*. Boletín del Colegio de Abogados de Guatemala. Año XV No. 1. Enero-Febrero. Marzo-Abril 1967. Pág. 2.

de las disposiciones positivas consagradas en una Ley Fundamental.

Se ha afirmado que las Declaraciones de Derechos que han servido de introito a las Cartas Constitucionales de la época revolucionaria y que han proclamado que el fin de toda Asociación Política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles son las que reputan que el fundamento del Estado Moderno lo constituyen los principios individuales. Hauriou el autor de la afirmación anterior observa que si estas declaraciones fallan al encerrar todo el orden individualista en las libertades individuales; han sin embargo, sido compensadas por dos verdades: la de aseverar la fe de que los derechos individuales tienen un carácter natural, fe que se ve reflejada en todo el orden individualista, y la de que jurídicamente se establezca que el poder soberano del Estado quede circunscrito por el orden de naturaleza individualista. (6)

En los tiempos actuales apunta Fix Zamudio, ha empezado a perder fuerza la significación tradicional de garantías individuales porque la realidad que vivimos ha demostrado que los derechos considerados fundamentales y que han obtenido su consagración en los textos Constitucionales—si para el pensamiento de los revolucionarios franceses ávidos de encontrar el aseguramiento de su tranquilidad y felicidad—bastaba el incorporar en un documento constitucional los derechos esenciales del hombre para creer en su eficaz cumplimiento—no ofrecen la garantía y eficacia anheladas, pues su conculcación es harto frecuente en nuestro medio. Es por

(6) Hauriou Maurice. Principios de Derecho Público y Constitucional. 2a. Edición. "Instituto Editorial Reus". Pág. 63.

esta razón que en la época actual existe la inclinación de considerar que la garantía exacta de los derechos fundamentales de la persona humana estriba en su protección procesal. (7)

Es indudable que los derechos individuales clásicos han sufrido una evolución en su contenido y significado. Consecuentemente en la actualidad se ha llegado a distinguir entre declaración y garantía de derechos, estableciéndose limitación para la primera en cuanto a la sola formulación de los principios, a su consagración; y para la segunda a la obtención de medios técnicos jurídicos para ejercer y defender los derechos de modo eficaz. (8) La distinción entre declaración y garantía de derechos, permite la elaboración de preceptos de leyes complementarias que condicionan las declaraciones, es decir, el reconocimiento de la esfera individual, en forma amplia; adecuando el uso de los derechos a las exigencias que impone la realidad.

También los estudiosos han considerado que no es correcto estrictamente hablando seguir conceptuando la calificación de derechos individuales entendiendo sólo a aquellos que se refieren al hombre como individuo y como ciudadano, puesto que, existen derechos llamados sociales que se refieren también al hombre pero desde un campo diferente y que es precisamente el de los grupos sociales dentro del conglomerado social. Tanto los derechos individuales como los derechos sociales son derechos del hombre en cuyo beneficio están establecidos.

(7) Fix Zamudio. Ob. cit. Pág. 4.

(8) Ollero Carlos. El Derecho Constitucional de la Post guerra. Librería Bosch, Barcelona 1949. Pág. 50.

Nuestra Constitución Política ha regulado en el Título X el Régimen de Derechos Individuales y en el XI el referente a los Derechos Sociales. El mismo orden de regulación en dos títulos diferentes mantienen las Constituciones de Costa Rica, Guatemala y Honduras. Únicamente dentro de los países hermanos de Centroamérica la Constitución de Nicaragua agrupa en un solo Título, el IV, con el nombre "Derechos y Garantías", los derechos y garantías individuales y sociales.

En la actualidad un gran número de Constituciones Iberoamericanas, dice Fix Zamudio, han expresado el principio que ha recibido el nombre de "Derechos y Garantías Implícitos" consistente en que todos aquellos derechos del hombre que no se han consignado de manera expresa en la constitución no por eso dejan de formar parte de la dogmática del texto constitucional. El mismo Fix Zamudio apunta que el principio derechos y garantías implícitas fue consagrado primeramente en la enmienda IX, adoptada en 1791 de la Constitución Federal de los Estados Unidos, de 1787. (9)

Los países centroamericanos han expresado en sus respectivas Constituciones Políticas, este principio que es un esfuerzo más del legislador por proteger los derechos del hombre frente a las arbitrariedades de que pueden ser objeto, dando disposiciones en donde se sobreentiende una verdadera tutela de derechos. Así tenemos expresado el principio referido, en la Constitución de Costa Rica en el Art. 74; en la de Nicaragua en el Art. 127; en la de Honduras en los Arts. 52 y 145; en la de Guatemala en el Art. 77 y en la de

(9) Fix Zamudio, Héctor. Ob. cit. Págs. 3 y 5.

El Salvador en el Art. 195.

No hemos de llegar al final del desarrollo de esta parte del trabajo sin referirnos al concepto, que apoyado en la tesis tradicional da el notable profesor Ignacio Burgoa, de la garantía individual: "relación jurídica que existe entre el gobernado, por un lado, y el Estado y sus autoridades, por el otro (sujetos activos y pasivos), en virtud de la cual surge para el primero el derecho de exigir de los segundos una obligación positiva o negativa, consistente en respetar las prerrogativas fundamentales de que el hombre debe gozar para el desenvolvimiento de su personalidad (objeto), relación cuya fuente formal es la Constitución".(10)

Del anterior concepto se desprende que la garantía individual opera dentro de un ordenamiento jurídico-positivo rigiendo las relaciones entre gobernados y gobernantes, es decir, creando un nexo que permite el aseguramiento y respeto de los derechos fundamentales incorporados en las Cartas Magnas. Toda persona humana por el solo hecho de ser tal, posee ciertos derechos que son inherentes, inmanentes a su propia personalidad y que le son indispensables para su desenvolvimiento pleno. Estos derechos son llamados derechos individuales o derechos de la personalidad. Y si bien es cierto que el hombre debe enmarcar su conducta dentro de los lineamientos a que lo somete la sociedad donde se desenvuelve, los derechos consubstanciales a su condición de tal no deben sufrir mengua alguna porque la sociedad misma los respeta mediante la garantía de su ejercicio. Esos derechos

(10) Burgoa Ignacio. *Las Garantías Individuales*. 3a. Edición, Editorial Porrúa, S.A. México 1961. Pág. 121.

pueden oponerse a la autoridad o a los particulares cuando por aquella o por éstos corren peligro de ser infringidos. La historia ha demostrado que esos derechos inherentes al hombre era imperioso que obtuviesen su consagración en el derecho positivo, para ser garantizados; y es así que estos derechos forman el contenido de las garantías individuales y al conquistar su consagración son conocidos con la denominación en referencia.

b) Clasificación de Garantías Individuales.

Hay dos criterios fundamentales que nos sirven para en una forma general hacer una clasificación de las garantías propiamente dichas: el primero es aquel que parte del punto de vista de la naturaleza formal de la obligación estatal que emerge de la relación jurídica que implica la garantía individual; y el segundo aquel que toma en consideración el contenido mismo de los Derechos Públicos individuales que de la relación a que se alude en el primer criterio se forman en beneficio de los gobernados. (11)

Conforme al primer criterio la garantía individual -- consiste desde el punto de vista formal en un no hacer o abstención, o en un hacer positivo en beneficio del gobernado por parte del poder estatal que tiene la obligación de mantener una conducta de respeto hacia el individuo, conducta que se traduce absteniéndose o realizando prestaciones positivas. Conforme a este criterio la garantía individual puede ser negativa cuando impone al Estado y sus autoridades un comportamiento de no hacer o abstención; y positiva cuan

(11) *Ibíd.* Pág. 125.

do el Estado y sus autoridades tienen la obligación de realizar en beneficio del gobernado un cúmulo de prestaciones, actos, etc. observando requisitos y formalidades, obedeciendo el desarrollo de un previo procedimiento para poder privar a una persona de sus derechos consubstanciales como son la vida, la libertad, la locomoción, etc. Ahora bien, de conformidad al criterio segundo, o sea el que consiste en el contenido del derecho subjetivo público que emana para el sujeto activo o gobernado de la relación en que se manifiestan las garantías individuales, éstas se clasifican, de acuerdo con Burgoa, en garantías: de igualdad, de libertad, de propiedad y de seguridad jurídica. El titular de un derecho subjetivo público (sujeto o gobernado) posee la facultad de reclamar algo del sujeto obligado (Estado y sus autoridades) el respeto y la observancia de esas diferentes esferas jurídicas referidas. "Este algo constituye, pues, el contenido de exigencia del derecho subjetivo". El mismo autor expresa que, "La clasificación anterior ha sido adoptada por diferentes documentos jurídicopolíticos. En la Declaración Francesa de 1789 se estableció que los derechos naturales e imprescriptibles del hombre son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión (Art. 2), y aunque no menciona expresamente dentro de esos tipos a la igualdad, su artículo primero hace alusión a ella como condición humana natural". (12)

Interesante es hacer notar que se ha formulado una clasificación general de las garantías individuales que no debe de confundirse con la anterior, porque el objeto de una y de

(12) *Ibíd.* Págs. 125 y 126.

otra es distinto. El de las garantías propiamente dichas, - dice Burgoa, "se constituye por las garantías individuales como relaciones jurídicas existentes entre el gobernado como sujeto activo y las autoridades estatales y el Estado como sujetos pasivos". Y el de la clasificación general, agrega el mismo, que ha sido hecha por Jellinek "versa no sobre las garantías individuales propiamente dichas, sino sobre los medios que establecen un control o una salvaguardia al régimen de derecho en general y a los derechos de los gobernados en particular". Consistiendo la clasificación de Jellinek en tres especies de garantías: las sociales, las políticas y las propiamente jurídicas. (13)

Pero esta clasificación de Jellinek no es la que nos interesa para el ulterior desarrollo de este trabajo, interesándonos sí la que Burgoa nos trae de las garantías: de igualdad, de libertad, de propiedad y de seguridad jurídica -clasificación comprensiva de los derechos más esenciales del hombre e indispensables para su pleno desenvolvimiento-, y a la cual aludiremos en su oportunidad.

(13) *Ibidem.* Pág. 125.

C A P I T U L O II

EL NULLUM CRIMEN NULLA POENA SINE PRAEVIA LEGE COMO
GARANTIA INDIVIDUAL:

a) *Naturaleza.* b) *Origen y Desarrollo Históricos.* c) *Fundamento Filosófico.* d) *Su Significado Institucional*

El Principio de Legalidad de los delitos y de las penas tiene un gran significado cultural, y la generalidad de la doctrina lo ha calificado como principio auténtico constitucional. El Principio no es una constante histórica, es producto cultural, obra del hacer humano que lo inventa para ser usado y buscar su perfeccionamiento, con la natural discusión que se suscita sobre las creaciones del hombre, y a la vez sufriendo a lo largo de su historia falsificaciones en el contenido, apreciaciones equivocadas en cuanto a las proyecciones netamente laudables que motivaron su creación. Todo lo que se puede decir en contra del Principio por las ideologías que lo combaten, no sería suficiente para socavar las bases de su construcción. Y es que el Principio de Legalidad de los delitos y de las penas es una suprema garantía individual consagrada en la Constitución.

a) Naturaleza.

El Principio de Legalidad de los delitos y de las penas se encuentra expresado en el Apotegma Latino "NULLUM -- CRIMEN, NULLA POENA SINE PRAEVIA LEGE", cuya mera expresión literal es "no hay delito, ni pena, sin ley previa".

Expresiones clásicas del Principio, además de la aludida, son: "NEMO JUDEX SINE LEGE" (ningún Juez sin ley o no bramamiento legal); "NEMO DAMNETUR SINE LEGALE JUDICIUM" (na-

die será condenado sin juicio legal); "NULLA POENA SINE JUDICIUM" (ninguna pena sin juicio. (1)

La clasificación de garantías individuales propiamente dichas a que aludimos en el Capítulo anterior nos servirá - para ubicar el *Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege* dentro de las garantías de seguridad jurídica. El Principio expresado en el apotegma en referencia, no es otra cosa que una garantía de seguridad de la libertad personal que nadie desconoce -a excepción de los regímenes totalitarios- que - actúa eficazmente frente a las arbitrariedades del poder es tatal.

El profesor Burgoa cuando habla sobre lo que es la se guridad jurídica, nos dice que el Estado en su calidad de - ente soberano como entidad jurídica y política preeminente, desempeña a través de sus órganos un poder de mando sobre y frente a los particulares. Cuando el Estado desarrolla su - actividad de mando la esfera jurídica de cada gobernado se ve afectada, ya se trate en su aspecto de persona natural o de entidad moral. (2) Afectación decisiva en sus derechos e senciales (vida, libertad, etc.)

Pero si ésto es así -en los Estados de Derecho- no -- puede desconocerse que sobre las amplias facultades correspondientes al poder estatal, se encuentran los derechos im prescriptibles e inalienables del hombre, que únicamente -- por vía de excepción y a través de un ordenamiento jurídico en el que se llenan una serie de regulaciones que son garan

(1) Cabanellas Guillermo. Diccionario de Derecho U--sual. 6a. Edición. Tomo 2º. Pág. 508.

(2) Burgoa Ignacio. Las Garantías Individuales. 3a. Edición, Editorial Porrúa, S.A. México 1961 Págs.373 y 374.

tes de la esfera de libertad de los particulares, pueden esos derechos sufrir mengua, sin violentarse su esencia. Como una consecuencia de lo afirmado nadie puede ser castigado por un hecho que no se halle previamente establecido como delictivo a la fecha de su comisión, ni nadie puede sufrir una pena que no esté previamente establecida.

Partiendo de que se necesita de un orden jurídico que es el basamento regulador para penetrar en la esfera privada de los particulares, por parte del Estado, Burgoa nos dice que las garantías de seguridad implican "el conjunto general de condiciones, requisitos, elementos o circunstancias previas a que debe sujetarse una cierta actividad estatal - autoritaria para generar una afectación válida de diferente índole en la esfera del gobernado, integrada por el *summum* de sus derechos subjetivos". (13)

El concepto transcrito es comprensivo de la verdadera situación de los gobernados en su ámbito de libertad frente a la facultad estatal limitada por el Derecho.

Si la seguridad jurídica no es otra cosa que la garantía que protege a los gobernados de la arbitrariedad estatal; el Principio objeto de nuestro estudio, que señala el acatamiento de situaciones previas para juzgar hechos y aplicar penas, necesariamente ostenta la naturaleza de garantía de seguridad jurídica.

Es importante diferenciar entre la obligación estatal que surge de la relación jurídica que implican las otras garantías individuales y que consiste en un no hacer o absten

(3) *Ibíd.* Pág. 374.

ción en la mayoría de los casos; y la obligación estatal que emerge de las garantías de seguridad jurídica, ya que esta facultad se caracteriza por su positividad, es decir, por la observancia efectiva de las modalidades jurídicas estatuidas. (4) El Estado conforme esta última potestad no debe -- permitir que las personas sean tratadas como delincuentes -- mientras no hayan transgredido la ley penal vigente. Al respecto Bielsa dice: "el momento determinante o divisorio del régimen legal es la ejecución del hecho y no su juzgamiento pues se aplica la ley vigente en el momento del hecho". (5).

Solamente cuando el Estado interviene en la órbita jurídica individual sancionando conductas, con supremo respeto del Principio de Legalidad de los delitos y de las penas, -- puede decirse que su actuación tiene validez a la luz del -- Derecho.

El hombre como ser libre, miembro de la sociedad, posee derechos inherentes e inalienables a su propia personalidad que nadie en principio puede suprimirle; pero cuando por sus acciones u omisiones infringe la ley, la sociedad -- misma y cuyo representante es el Estado, le limita o le extingue esos derechos para beneficio de la tranquilidad social.

La seguridad jurídica de que disfrutaban los gobernados, permite su amplio desarrollo en todos los sectores sociales, sin el temor de verse restringidos en su libertad personal de modo abusivo por las autoridades que ejercitan la coac--

(4) *Ibidem.*

(5) Bielsa Rafael. *Derecho Constitucional*. 3a. Edición. Roque Depalma. Editor. Buenos Aires. 1959. Pág. 423.

... social. Libertad personal indispensable para orientar sus actividades hacia el logro de un mejor bienestar, en la plena seguridad de que sólo conforme disposiciones penales establecidas ante factum podrá haber deducción de responsabilidades.

b) Origen y Desarrollo Históricos.

Por carecerse de testimonios precisos existe impedimento para situar el origen del *Nullum crimen, nulla poena, si ne praevia lege*. Mucho se ha disputado con relación a su formulación primera. Han sido acordes la mayoría de los autores en sostener que no existió en el Derecho Romano, ni tampoco en el Germánico y Canónico. Así como también se ha sostenido su inexistencia durante la Edad Media. (6)

La Carta Magna, arrancada por la fuerza -espada en mano- al rey Juan Sin Tierra, por los barones ingleses en el año de 1215, ha sido estimada como el primer asomo del apotegma *Nullum crimen, nulla poena, sine praevia lege*. El Art. 39 de dicho documento "prohibe una pena contra los hombres libres... *Nin per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae*". (7) En dicho artículo se expresa ampliamente que ningún hombre libre podrá ser tomado o aprisionado, o despojado de sus derechos o posesiones, o dejado fuera de la ley o exiliado, o privado de su status en cualquier otra forma no procediéndose por la fuerza o enviando a otros a hacerlo, excepto por el juicio legal de sus iguales o por

(6) Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo XX. Editorial - Bibliográfica Argentina. S.R.L. Buenos Aires. Pág. 551.

(7) *Ibidem*.

la ley de el país. (8)

Los estudiosos tampoco han encontrado la inclusión del apotegma en el texto de las Siete Partidas de Alfonso el Sabio (1256-1265) ni en la Carolina (1532). (9)

Muy interesante es el pensamiento de Juan Jacobo Rousseau expresado en su "Contrato Social". En él Rousseau nos trae una especial concepción del estado de naturaleza en que vivían los hombres primitivamente. Una situación presocial en la que los problemas no existían, todos eran iguales y gozaban de libertad completa. El hombre en esta etapa presocial vivía como un noble salvaje en armonía con la naturaleza, sin hacer uso de sus facultades reflexivas. Es hasta -- que el hombre comienza a hacer uso de la reflexión, que el estado de cosas que lo circundan sufre cambios, se origina la cultura, la propiedad privada y consiguientemente la desigualdad que viene a dar al traste con la armonía reinante. Pero los hombres buscan afanosamente el recuperamiento de -- la libertad perdida y se ponen de acuerdo para crear el Es-

(8) Jennings Ivor. Magna Carta. Editado para los servicios Británicos de información por la central office of information, Londres 1965. Pág. 46. El texto del Art. 39 es: No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standig in any other way, nor will we proceed -- with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgement of his equals or by the law of the -- land."

En la misma obra Jennings señala que el documento llamado Magna Carta, es una carta real con el sello del Rey Juan Sin Tierra, otorgada en la pradera llamada Runnymede entre -- Windsor y Staines, el 15 de junio de 1215. Redactada en Latín y copiada en pergamino.

(9) Enciclopedia Jurídica. Ob. cit. Tomo XX. Pág. 551.

tado (sociedad política), y para ello, tienen que ceder sus derechos naturales a la comunidad que se los devuelve con la garantía de su protección. Rousseau elabora, pues, su teoría del Contrato Social que ha de solucionar el problema de encontrar una forma de agrupación que garantice de toda la fuerza común, los derechos fundamentales de cada uno de los integrantes de la agrupación; precisando las cláusulas del Contrato así: "Estas cláusulas, bien entendidas, se reducen a una sola, a saber: la enajenación total de cada asociado, con todos sus derechos, a toda la comunidad, porque primeramente, dándose cada cual todo entero, la condición es igual en todos y, por tanto, ninguno tiene interés en hacerla onerosa para los demás. De esta manera el Estado se convierte en una salvaguarda de las libertades fundamentales". El mismo Rousseau está consciente que aunque jamás se haya dado en el devenir de la historia un pacto tal, aunque no haya existido, es indispensable suponerlo para el reconocimiento y tutela de los derechos primordiales del hombre. (10)

De lo anterior podemos decir que de esa cesión que hacen los hombres de sus derechos a la comunidad, no surge por parte del poder político una arbitraria facultad, sino una facultad limitada en su ejercicio. El Contrato es el nexo que circunscribe el poder del Estado y lo faculta para la creación de los medios adecuados, del instrumental necesario en que apoyará el ejercicio de su autoridad protectora de los derechos imprescriptibles depositados por los asocia

(10) Porrúa Pérez Francisco. Teoría del Estado. II Edición. Editorial Porrúa. S.A. México 1958. Págs. 86 y 367.

dos -como legítimo representante del grupo social- que ansiosos de seguridad y justicia no tienen reparo alguno en ceder.

Con respecto a la teoría del Contrato Social es interesante conocer el pensamiento de César Bonesano, Marqués de Beccaría, quien imbuido de las ideas liberales publica en Liorna Italia, en el año de 1764 su libro "De los Delitos y las Penas", y en él sostiene que los hombres al ceder mediante el Contrato Social, sus derechos a la comunidad, no ceden sino una parte de ellos, una parte de su propia libertad; sin desconocer la idea de que depositaban el mínimo de derechos, para su custodia, y que la suma de estos derechos depositados constituye por parte del poder político el derecho de penar. Todo ejercicio de facultades que exceda al derecho de penar, significaría un abuso por parte del Estado. Sobre la base anterior el mismo Beccaría argumenta que solamente en el apoyo de una ley puede establecerse la sanción correspondiente a una conducta delictiva. Y que precisamente el encargado de establecer tales sanciones no puede ser otro que el legislador que es el representante genuino de la sociedad, vinculado por un Contrato Social. Considera también que los jueces no tienen facultad para interpretar las leyes penales porque no tienen el carácter de legisladores. Circunscribiendo a los jueces a la sola elaboración de un silogismo perfecto: la premisa mayor consistente en la ley general; la premisa menor que es la acción conforme o no con la ley; y la conclusión cuando se aplica la pena o se decreta la libertad. (11) Consideraba Beccaría de mucho

(11) Enciclopedia Jurídica. Ob. Cit. Tomo XX. Pág. 552.

peligro el que los jueces consultaran el espíritu de la ley.

Tanta iniquidad y la forma arbitraria en el desempeño de las atribuciones del poder estatal imperante de la época, fue sin duda alguna lo que motivó en Beccaría la desconfianza, y por eso sostenía, una limitación de facultades en manos de la autoridad y no concedía pulcritud en la interpretación de la ley penal por los jueces.

Grande es la repercusión que en el campo del Derecho Penal ocasiona la revolución filosófica que parte del renacimiento y eleva la personalidad humana. Con la obra de Beccaría se produjo una transformación profunda en el Derecho Penal existente, da principio con ella la etapa humanitaria, además de servir de causa a las doctrinas de la Escuela Penal Clásica. Toda la obra trata sobre los puntos siguientes: 1) Critica duramente la práctica criminal imperante; 2) Distingue entre la justicia humana y la divina, y señala que la justicia humana debe ser limitada por la moral para que halle su fundamento en el interés general; 3) Expresa que de nada valen las penas rigurosas si no hay certeza del castigo, y añade que los castigos crueles vuelven insensibles a los hombres; 4) Propone el establecimiento de una buena policía para evitar que los hombres delincan; 5) No se está de acuerdo con la pena de muerte y se propone su abolición, dejándose sólo para los casos de perturbaciones políticas; y 6) Lucha por la humanización de las penas, porque sean previamente determinadas por la ley, por el establecimiento de procedimientos previos a la comisión de los delitos, de donde emerge el Derecho Penal liberal que defienden los clásicos. La obra de Beccaría se concreta en una fórmula jurídica "el Principio de Legalidad de los delitos y de las pe---

nas". (12) Ya ninguno podrá sufrir castigos por hechos que no hayan sido considerados delictivos previamente por una ley, ni tampoco podrá imponerse pena alguna que no se encuentre establecida con anterioridad por la ley. Este es el conocido Principio expresado en el apotegma *Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, que ha puesto coto a los desmanes y abusos del poder estatal en el campo del Derecho Penal.

Dicho Principio, es inspirador de todas las legislaciones penales de los países libres, que no se ignoró en la Declaración de Derechos de Virginia y en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

Las declaraciones de derechos inglesas no contienen en realidad derechos del individuo, ya que éstas, afirman más que todo la omnipotencia del Parlamento como poder legislador. "El bill o rights de 1688, en sus trece puntos, sólo dos contienen referencias a derechos individuales; el cinco, que establece el derecho de petición, y el trece, que da derechos a los protestantes de usar armas para su defensa". (13)

El Estado norteamericano de Virginia en la Convención reunida en Williamsburg el 6 de mayo de 1776, y que concluyó el 29 de junio del mismo año, adoptó una Constitución que llevaba, a manera de preliminar, un solemne Bill of Rights, acordado el 12 de junio por la Convención. Su autor fue Jorge Mason. En esta célebre declaración de derechos en la parte final del Art. 8 "que ningún hombre puede ser privado de su libertad sino según la ley del país o el juicio de sus pares", y en lo pertinente del Art. 10 "o cuyo deli-

(12) Arrieta Gallegos Manuel. Apuntes de clases de Derecho Penal, Pte. Gral., Segundo Curso. 1959.

(13) Enciclop. Jurídica. Ob.Cit. Tomo II. Pág. 337.

to no esté particularmente determinado", (14) se encuentra aunque en una forma un tanto vaga, expresado el *Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*.

La influencia del pensamiento liberal triunfante obtiene la consagración del apotegma *Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789. El Art. 8 de dicha Declaración dispone: "La ley no debe establecer sino las penas estrictamente necesarias y ninguno podrá ser sino en virtud de la ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y legalmente aplicada". (15) La misma regla fue recogida en la Constitución francesa de 1793.

En el año de 1801 Feuerbach publica en su obra tres apotegmas: "*Nulla poena sine lege; Nulla poena sine crimine; Nullum crimen sine poena legali*". (16) Desde entonces esta expresión obtiene una difusión enorme.

El apotegma latino *Nullum crimen...* adoptado por un sinnúmero de países democráticos de los que no son excepción los centroamericanos, ha sido adversado por el positivismo científico, así como también por el totalitarismo. En Ferri, representante caracterizado del positivismo es notoria la inclinación a la consideración del concepto del delito como instituta - pre-jurídico, y por tal razón sostiene que un Código Penal moderno debe comprender y sancionar todo el ma

(14) Jellinek Jorge. *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*. Editorial Nueva España, S.A. México. Págs. 39, 40 y 178.

(15) *Ibidem*. Pág. 67.

(16) *Enciclopedia Jurídica*. Ob. cit. Tomo XX. Pág. 552.

yor número de acciones delictivas que los hombres perpetren. Las imprevisiones del legislador, no serían obstáculo para que la protección de la defensa social tenga existencia. Desalojando así el concepto de "peligrosidad" al de "responsabilidad" por el delito perpetrado y la idea de "delito natural" al "ente jurídico" concepción del delito de la Escuela Penal Clásica, cuyo máximo representante es Carrara. Las reformas producidas en las legislaciones de los países totalitarios coincidieron con las argumentaciones positivistas. (17)

En los años de 1917 y 1918, se insinúan las primeras manifestaciones del Derecho Penal comunista soviético. En decretos dictados se declara que la legislación Zarista permanecería en vigencia, siempre que no fuese contraria a la conciencia socialista revolucionaria. El 30 de noviembre de 1918 se decreta que para los jueces en caso de imprevisión legal o vacíos, la idea del Derecho Socialista sería la directriz. Esta fue la orientación predominante que no cambió en los años sucesivos. El Código ruso de 1926 en su artículo 16, estatuye que cuando un acto socialmente peligroso no hubiese sido previamente sancionado, se aplicarán los artículos análogos para deducir responsabilidades. (18)

También en Alemania en la época del Nacionalsocialismo se ataca al Código Penal imperial cuyo parágrafo 2, disponía que una acción delictiva, podía ser sancionada solamente por una pena ya determinada por la ley con anterioridad a la acción perpetrada. En 1933 se originan reformas --

(17) *Ibídem.*

(18) *Ibídem.*

que incluyen el decidido abandono del *Nullum crimen...* El 28 de junio de 1933 se da una ley que viene a sustituir el párrafo mencionado por el siguiente: "Será castigado quien cometa un delito que se declara punible por la ley o que merezca sanción según el pensamiento básico de la ley penal y el sano sentimiento del pueblo. Si ninguna ley determinada puede aplicarse directamente al delito, éste será penado -- conforme a la ley cuyo pensamiento básico sea más aplicable". (19)

Como puede verse, pues, el régimen soviético y el alemán de aquella época, aceptan la analogía para la sanción de los hechos delictuosos.

Afirma Castro Ramírez h., que necesidades de naturaleza política, existentes en algunos países, han olvidado esta suprema garantía individual que es el *Nullum crimen...*, dictando leyes *ex post factum* que permiten la sanción de acciones realizadas cuando no había ley que aplicar. Varios ejemplos demuestran lo dicho. En Francia, el 26 de agosto de 1944 se dictó una ordenanza que creó el crimen "de indignidad nacional" y la pena de la "degradación nacional" que fue criticada severamente porque olvidaba el Principio de Legalidad de los delitos y de las penas, máxima garantía individual, regulando que la ordenanza se aplicara retroactivamente. (20) También tenemos otro irrespeto a este Principio -de resonancia mundial- y es el de las condenas dictadas por el Tribunal de Nuremberg. Tribunal internacional --

(19) *Ibídem.* Pág. 553.

(20) *Cit. por Arrieta Gallegos Manuel. Ob. Cit.*

que se creó para hacerles el cargo a los líderes Nazis de haber cometido crímenes contra la humanidad.

Con respecto al juicio de Nuremberg, nos referiremos, sin proliferar en detalles, pues ello es digno de un estudio separado, a las razones de su creación y a lo que consideramos violación del Principio contenido en el apotegma Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege.

No había concluído la Segunda Guerra Mundial iniciada en 1939, cuando ya se hablaba insistentemente por doquiera de que era una imperiosa necesidad castigar a los culpables de crímenes de guerra; entablándose entre los juristas discusión sobre qué Tribunal debería procesar a los responsables de dichos crímenes. En el año de 1943, se mencionan -- cuatro tipos de Tribunales: 1) Tribunal penal ordinario de cada nación; 2) Tribunal militar de cada país; 3) Tribunal militar conjunto constituído con representantes de los tribunales militares de cada nación; y 4) Corte penal internacional.

En la Declaración de Moscú, de fecha 1º de noviembre de 1943, a raíz de la Conferencia de los aliados que allí se llevó a cabo, se determinan los principios de represión de carácter internacional de los delincuentes de ese género. En la Declaración se acordó una distinción entre los "criminales de guerra" que serían enjuiciados por los Tribunales de las Naciones en donde se perpetraron los delitos, de conformidad a -- las leyes respectivas de esas Naciones; y los "grandes criminales de guerra" considerados como "delincuentes internacionales" y cuyos delitos afectaban a varios países, que serían

procesados por una justicia internacional. (21)

El acuerdo que se concertó en Londres el 8 de agosto de 1945, para el juzgamiento de los "grandes criminales de guerra" o "delincuentes internacionales" y que constituyó la base del juicio de Nuremberg, dentro del Derecho Internacional; fue suscrito entre Inglaterra, los Estados Unidos, Francia y la Unión Soviética, intitulándolo "Acuerdo para la Acusación y Castigo de los Mayores criminales de Guerra del Eje Europeo". El acuerdo prevé la constitución de un tribunal militar internacional, el cual contará con miembros de las cuatro Potencias. Un documento llamado "Carta", adjunto al tratado como parte integral de éste, regula en siete párrafos, su jurisdicción y los principios generales, la composición y competencia de la parte acusadora, los derechos de los acusados, los derechos del tribunal, y el procedimiento del juicio, la sentencia y el castigo y, finalmente, la cuestión de las costas. (22) Creándose con ello, lo que el penalista Jiménez de Azúa moteja, inorgánico conjunto de disposiciones, conocido con el título de "Estatuto de Londres de 1945". (23)

El primer Considerando del acuerdo concertado entre los aliados expresa que, "las Naciones Unidas han hecho, de tiempo en tiempo, declaraciones de su intención de que los crimi

(21) Jiménez de Azúa Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo II. Segunda Edición. Editorial Losada, S.A. Buenos Aires. - Págs. 1242 y 1243.

(22) Benton W.E. y Grimm G. El Juicio de Nuremberg, - desde el punto de vista alemán. Segunda Edición. Editorial Constancia., S.A. México. D.F. Pág. 73.

(23) Jiménez de Azúa Luis. Ob. Cit. Pág. 1254.

nales de guerra serán sometidos a la justicia". Y el tercer Considerando "que dicha Declaración (se refiere a la de Moscú del 1º de noviembre de 1943) estipuló que no era aplicable a los criminales principales cuyas ofensas no estuvieren circunscritas a determinadas regiones, y que éstos serían castigados por la decisión conjunta de los Gobiernos Aliados". (24) Dichos Considerandos señalan el motivo por que los aliados por medio de sus Representantes plenamente autorizados para ello, concertaron el acuerdo para la creación de un Tribunal Militar Internacional para el enjuiciamiento de los criminales de guerra cuyos crímenes no tuvieran localización geográfica para su juzgamiento.

Concluido el juicio y ejecución de los criminales de guerra, el presidente Harry Truman expresaba: "No vacilo en afirmar que el histórico precedente establecido en Nuremberg justifica con creces el desarrollo de esfuerzos prodigiosos?" (25)

Ahora bien, ¿Por qué se vulneró el Nullum crimen, nulla poena sine previa lege en el juicio de Nuremberg?. Los jerarcas nazis fueron acusados de haber perpetrado -de conformidad a la Carta que creó el Tribunal Militar Internacional- crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Una lista de crímenes de esta naturaleza, no es más que un enunciado de hechos que carecen del requisito indispensable que exige la ley penal, para la ade--

(24) *Ibíd.* Pág. 1246.

(25) Borrego E. Salvador. *Derrota Mundial*. 14a. Edición Complementada. México, 1964. Pág. 581.

cuación de una conducta al tipo por ella descrito como delictivo, la "tipicidad"; y que ha sido hecha con posterioridad de los mismos. Cosa injusta resulta, que además de que las penas se crean después de consumados los hechos que han de castigarse, hayan sido los que asumieron el triple carácter de legisladores, jueces y acusadores los que las impongan a los acusados convictos (desde de la muerte a cualquier otra clase de pena que el Tribunal considere justa).

El maestro Jiménez de Azúa, dice: que en la sentencia del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, hay una frase que sirve de confesión, de que el delito se creó con posterioridad a la ejecución de los hechos. Y es la siguiente: "los jefes del ejército no podían saber que entraban en una organización criminal porque ésta no existía hasta que fue creada por el acta de acusación". (26)

¿Qué duda puede haber que a la definición de delitos y a la creación de penas se les dio un carácter retroactivo? Ninguna. El principio de la Irretroactividad de la ley penal cuando no es favorable al delincuente, brilló por su ausencia en Nuremberg, al enjuiciarse a los "delincuentes internacionales" por "crímenes contra la paz, de guerra y contra la humanidad", que no existían y que fueron creados por una ley *ex post factum*. En suma el principio clásico expresado en el apotegma *Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, fue violado al no acatarse que el hecho o acto que se imputa debe de ser delito con su correspondiente sanción *ex*

(26) Jiménez de Azúa. Luis. Ob. Cit. Pág. 1287.

presa, al tiempo que se perpetra.

La máxima de que "No habrá castigo sin ley penal en vigor en el tiempo en que el acto sea cometido", no puede ser puesta en duda en el mundo civilizado, puesto que se deriva del reconocimiento del hecho, de que el tratamiento para cualquier procesado, es totalmente injusto, si se le castiga por una ley *ex post factum*.

Los mismos aliados al derogar en el Código del Reich, lo referente a la analogía, que había sido instituída al reformarse el parágrafo dos del Código Penal Imperial, abandonando con ello el *Nullum crimen...*; se adhieren al aludido Principio, enarbolándolo frente a la tesis contraria del nacionalsocialismo, como fundamento de los ideales del Estado de Derecho; pero al mismo tiempo se burlan de él, al aparecer en la "Carta" la figura compleja de "crímenes contra la humanidad", para castigar actos perpetrados en el pasado en que no eran punibles. (27)

Los apologistas del juicio de Nuremberg han sustentado la tesis, consistente, en que las imputaciones y los castigos de un Código Penal internacional, no pueden revestir la previsión y la fijeza que caracteriza a una legislación de Derecho Penal internacional, ya que los factores de diversa índole que determinan la inestabilidad de una Sociedad de Estados, y que son la razón de las formas mudables de la delincuencia internacional, no han podido evitarse.

(27) *Ibídem*. Pág. 1292.

La tesis anterior se desploma fácilmente. ¿Cómo podría un Derecho Penal internacional que no reviste previsión y fijeza en sus normas, vale decir, que está desarrollándose para llegar a constituir un verdadero Derecho, ser el fundamento para tipificar delitos y fijar penas, crear Tribunales, enjuiciar y castigar? Sería conveniente que un Derecho de esta índole, que se pretende con categoría supra-estatal, esperara hasta lograr un desarrollo mayor, para impartir con base en él una justicia universal. De lo contrario sería doloroso e injusto que se aplicara un Derecho así. El Derecho de cada Estado, que se supone le es inferior, sería superior en la realidad.

Consecuentemente con el argumento de que el juicio de Nuremberg, se enmarcó dentro del Derecho Penal internacional, se dijo por los defensores del juicio que, el rigor del Nullum crimen.... en el Derecho Penal interno, cede en el Derecho Penal internacional porque éste es un Derecho consuetudinario, y en esta clase de Derecho es nota característica, la ausencia de legislación, pues es la costumbre la que lo va formando, Nosotros nos preguntamos ¿Acaso en el Derecho consuetudinario, por carecerse de legislación, se franquea el camino para oprimir a los individuos por hechos o actos que a la fecha de su comisión no eran previstos como delictivos con su correspondiente punición; y sin embargo se sancionarán por leyes ex post factum? Sería un Derecho desmoralizador y aniquilador, y por demás decirlo injusto.

Los defensores del proceso de Nuremberg no desconociendo la violación del Nullum crimen..., así como también su

violación al ser extendido al campo procesal, con la creación de una jurisdicción nueva, que fungió con carácter retroactivo- recurrieron al argumento para justificarlo, de que -- los crímenes que se perpetraron fueron horrendos y de gran magnitud, y a su vez invocaron la existencia de un principio de justicia que está por encima del derecho vigente, por lo que éste debe subordinarse a aquel que es superior.

Nosotros no estamos de ninguna manera exculpando a los perpetradores de crímenes de tanta magnitud. Censuramos tales conductas, pero al mismo tiempo no queremos confundir la política con el derecho. Por los crímenes se debió enjuiciar y castigar a los culpables conforme al derecho establecido de cada país. No estamos de acuerdo en que el Derecho Penal, haya sido utilizado para maquinaciones políticas, adaptándolo aunque se quebrantarán sus principios al impartimiento de una pretendida justicia de carácter universal.

Jiménez de Azúa, dice: que en la Segunda Guerra Mundial, se cometieron atrocidades, crímenes vulgares de crueldad insólita; y precisamente estos crímenes son los que únicamente debieron juzgarse, de acuerdo a la legislación penal común e interna de cada país, puesto que se encontraban en ellas calificados. Los crímenes de guerra, sigue diciendo, son actos punibles de fácil subsunción en los preceptos de los Códigos Penales ya existentes. Y el mismo autor agrega "Pero insistamos en que es torpe sistema mezclar esas acusaciones de auténticos crímenes vulgares con conductas políticas e imperialistas". (28) Los crímenes habrían encon--

(28) *Ibídem.* Pág. 1300.

trado su càstigo aplicándose los Códigos Penales, en vigor en la mayoría de las naciones, hasta en Alemania que repudió la conducta criminal de sus conductores.

El dogma jurídico-penal que constituye el *Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, no rigió en el proceso de Nuremberg. Lo político usurpó el puesto de la Jurisprudencia.

En nuestro país, ya ha sido burlado el Principio. Tenemos el caso del Tribunal de Probidad, establecido para el juzgamiento de personas por hechos que fueron anteriores a su creación legal. Por tratarse de una realidad salvadoreña su creación, hemos copiado los Decretos que el Consejo de Gobierno Revolucionario emitió, tanto el que sirvió de antecedente al Tribunal, como el propio que lo creó. Hacemos también una ligera consideración sobre la violación del Principio, al ser creado dicho Tribunal.

"Decreto N^o 7.

El Consejo de Gobierno Revolucionario,

CONSIDERANDO:

Que desde hace varios años la Administración Pública ha sufrido toda clase de abusos y que los dineros del pueblo han pasado sin ningún título legítimo a engrosar el patrimonio de individuos inescrupulosos que han desvirtuado así los fines de la organización estatal, convirtiéndola en un medio de lucro;

Que a la sombra de los cargos públicos, algunos funcionarios han cometido cohechos, malversaciones y otros delitos contra la Hacienda Pública;

Que el pueblo salvadoreño aspira a que sean juzgados esos delincuentes y que sólo un precedente enérgico garantizará que en el futuro no se repitan tales atropellos;

Que uno de los motivos que había acrecentado gradualmente esos vicios ha sido la impunidad absoluta de esos delitos;

Que el actual movimiento revolucionario tiene, entre sus fines primordiales, hacer una administración pública -- completamente honesta;

Que los culpables podrían eludir las sanciones que merecen despojándose ficticiamente de sus bienes, por lo que urge tomar medidas precautorias que garanticen la efectividad de las penas que les pudieren imponer los Tribunales -- por los que serán juzgados;

POR TANTO,

en uso de las facultades extraordinarias recibidas -- de los sectores que han hecho la revolución,

DECRETA:

Art. 1º.- Inmovilízanse los bienes muebles e inmuebles de las personas que figuren en las listas que publicará este Consejo y contra quienes existan presunciones de que han realizado actos contra la Hacienda Pública.

Art. 2º.- En consecuencia, prohíbese a esas personas que celebren cualquier clase de contratos o convenciones sobre sus bienes; y los Bancos y demás instituciones de crédito, quedan inhibidos de hacerles entregas de fondos.

Art. 3º.- Prohíbese a los Notarios autorizar escritu-

ras sobre bienes de los individuos que aparezcan en esas -- listas, y quedan obligados, al autorizar los actos mencionados, a informarse de si los otorgantes están comprendidos -- en este Decreto. El Notario que infringiere esta disposición será privado de la función pública que desempeña.

Art. 4º.- Los Registros de la Propiedad Raíz e Hipotecas no inscribirán ningún instrumento que verse sobre los -- actos indicados.

Art. 5º.- Inclúyense en la inmovilización, con los -- mismos efectos anteriores, los bienes de los cónyuges y pa- rientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de las personas que aparecen en las listas ofi- ciales.

Dado en la Casa del Consejo de Gobierno Revolucionaria-- rio: San Salvador, a los veinte días del mes de diciembre -- de mil novecientos cuarenta y ocho.

Tte. Cnel. Manuel de J. Córdova. Mayor Oscar Osorio

Mayor Oscar A. Bolaños. Dr. Humberto Costa.

Dr. Inf. Reynaldo Galindo Pohl". (29)

"Decreto número 69.

El Consejo de Gobierno Revolucionario de la República de El Salvador,

CONSIDERANDO:

que es de urgencia dar la legislación apropiada para juzgar a los funcionarios públicos y demás personas, a quiee

(29) Revista Judicial. Tomo LIII. Números 1 a 12. Enero a Diciembre de 1948.

nes se les ha inmovilizado sus bienes para responder por todos los abusos que cometieron a la sombra de los Poderes Públicos;

CONSIDERANDO:

que es de impostergable necesidad esclarecer la verdad acerca de las posibles responsabilidades en que hayan incurrido las personas expresadas en el considerando anterior, para aplicarles las sanciones de ley o dejarlas en su honor y fama;

CONSIDERANDO:

que los acusados de los abusos expresados tienen derecho incontestable a defenderse ampliamente y a ser juzgados con toda clase de garantías, sin pasiones, rencores ni personalismos;

CONSIDERANDO:

que para juzgar a las personas aludidas es menester una ley de emergencia que contemple la creación de un Tribunal y procedimientos especiales que salvaguarden los intereses del Estado y de las personas que deben responder, ante aquél, por sus comportamientos reprobables;

POR TANTO,

en uso de las facultades que le confiere el Decreto N° 1, de 16 de diciembre del año retropróximo, publicado en el Diario Oficial N° 276, Tomo 145, de la misma fecha, y de conformidad con el Art. 8 de la Constitución Política de 1886 y enmiendas de 1945, adoptado por Decreto N° 6 emitido por este Consejo con fecha 20 de diciembre de 1948, publicado en el Diario Oficial N° 280, Tomo 145, de 21 de aquel mes y año,

Decreta la siguiente

LEY DEL TRIBUNAL DE PROBIDAD

CAPITULO I

Organización y Competencia

Art. 1º.- Se instituye un Tribunal de Probidad para juzgar a los funcionarios, empleados públicos o particulares que hubiesen incurrido en responsabilidad por enriquecimiento sin causa justa, conforme la presente ley.

Este Tribunal estará integrado por tres miembros, un Presidente y dos Vocales que serán nombrados por la Corte Suprema de Justicia.

Art. 2º.- Para ser miembro del Tribunal de Probidad se requiere: ser abogado de la República, mayor de treinta años de edad, de honradez e instrucción notorias, estar en el pleno ejercicio de los derechos políticos, y no tener cuentas pendientes con el Fisco.

Art. 3º.- Se nombrarán tres miembros suplentes para que sean llamados en caso de discordia, impedimento, excusa, o por cualquier otro motivo en que se entienda faltar alguno de los miembros propietarios del Tribunal.

Art. 4º.- El Tribunal tendrá jurisdicción en toda la República y residirá en esta ciudad; actuará con un Secretario de su nombramiento, que deberá ser abogado de la República, y designará los empleados que necesite, de acuerdo con la Ley de Salarios.

Art. 5º.- El Tribunal de Probidad conocerá:

a)-Del enriquecimiento sin causa justa de los funcio-

de los funcionarios que adquirieron bienes abusando de la -- función pública que se les encomendó, negociando directa o -- indirectamente con el Estado, o recibiendo recompensas o dádivas, en razón de sus servicios que conforme la ley estaban obliga-- dos a prestar o que prevaliéndose del cargo hubiesen especu-- lado explotando a particulares o al pueblo.

b)-Del enriquecimiento sin causa justa de los emplea-- dos y particulares, sean éstos personas naturales o jurídi-- cas, que en convivencia o conexión con algún funcionario, - hubiesen obtenido fondos públicos en mayor cantidad de la - que racionalmente debía pagar el Estado, vendiéndole a éste bienes muebles o inmuebles por precios superiores a los co-- rrientes en el día en que se efectuaron las operaciones, o con cualquier otro artificio.

c)-De los abusos de quienes como funcionarios o emplea-- dos públicos, o como particulares, se hubiesen enriquecido - sin causa justa por medio de la especulación consistente en vender artículos de primera necesidad a precios prohibiti-- vos, o exportando los expresados artículos, provocando con ello una escasez alarmante de los mismos y, por consiguien-- te, el alza inmoderada de los precios en el mercado interno. En este caso, el culpable reintegrará a la nación el exceso de ganancia que obtuvo debido a esas maniobras.

d)-Del enriquecimiento sin causa justa del cónyuge, - parientes o particulares que hubiesen adquirido bienes por donación directa o por interpósita persona, de quienes re-- sulten responsables conforme a esta ley.

Art. 6º.- Hay enriquecimiento sin causa justa cuando habida cuenta del patrimonio que el funcionario o empleado

tenía al comenzar el ejercicio de su cargo y lo que tiene al momento del juicio, el aumento no concuerde con lo que pudo haberle producido su capital, los rendimientos de negocios lícitos que hubiese realizado, los ahorros que hubiese podido hacer de su sueldo, tomando en cuenta la capitalización de esos rendimientos y los gastos ordinarios del funcionario, según el número de personas que hubiesen estado a su cargo y el monto de sus gastos personales.

Tratándose de enjuiciados no funcionarios que hubiesen hecho negocios con la Administración Pública, hay enriquecimiento sin causa justa cuando resulte que en esos negocios obtuvieron a juicio del Tribunal, una ganancia que excede de la que corrientemente se obtenía del giro ordinario de dichos negocios, en el tiempo en que se llevaron a efecto.

Art. 7º.- El Tribunal de Probidad juzgará solamente a los individuos cuyos nombres figuren en las listas oficiales de personas que tienen sus patrimonios inmovilizados, formuladas por el Consejo de Gobierno Revolucionario y publicadas en el Diario Oficial. Se juzgará a estas personas aun cuando los actos que motiven responsabilidad por enriquecimiento injustificado, hayan sido ejecutados por ellas con anterioridad a la promulgación de la presente ley.

Art. 8º.- Las personas que resulten responsables de enriquecimiento sin causa justa deberán reintegrar al Estado lo que hubiesen adquirido indebidamente, más el veinticinco por ciento, como indemnización de daños y perjuicios al Estado, calculado tomando como base el monto de la conde

na. Para este efecto podrán hacer el reintegro voluntariamente, dentro del plazo prudencial que el Tribunal les señale, el que no podrá exceder de sesenta días; o en virtud de ejecución de la sentencia condenatoria respectiva.

Art. 9º.- El Tribunal de Probidad estará facultado para decretar la detención provisional de las personas juzgadas conforme a la presente Ley, cuando a su juicio hubiese presunción o indicio de que han cometido algún delito.

Las personas que actualmente estuviesen detenidas y que aparecen en las listas oficiales mencionadas en el Art. 7º de esta Ley, quedan a la orden del Tribunal, en el estado en que se encuentran.

El Tribunal tendrá facultad para instruir las primeras diligencias, igual que los Jueces de Paz, tratándose de los delitos de cohecho y malversación de fondos públicos.

El Tribunal podrá decretar la libertad de los detenidos, pero esta resolución no causa estado ni impide a los Tribunales comunes o al Juez General de Hacienda para el conocimiento de los delitos que los encausados hubiesen cometido.

El Tribunal puede señalar, para la detención provisional, lugares que no sean los determinados por las leyes secundarias, a su prudente arbitrio y bajo su responsabilidad.

Art. 10º.- El Tribunal podrá decretar embargo preventivo en los casos en que, a su juicio, hubiere justo temor de que se destruyan o deterioren los bienes que estuvieren en poder del encausado.

Los bienes inmovilizados a las personas que han de -- responder conforme a esta Ley, servirán para cubrir las condenas pecuniarias que se pronuncien contra ellas.

Las condenas a que se refiere el inciso anterior se -- harán efectivas contra los bienes del encausado, aunque aparecieren en manos de terceros, cuando el Jurado de Probidad estime que aquellos bienes son efectivamente del procesado, y que tales terceros a sabiendas, se han prestado a servir de instrumento para eludir las responsabilidades que le puedan resultar al enjuiciado conforme a esta Ley. En cuanto a parezca presunción o indicio de que los terceros han tomado participación en los hechos antes mencionados, se les abrirá causa en los mismos autos.

Art. 11º.- El enriquecimiento sin causa justa se entiende sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que hubiesen incurrido los funcionarios o empleados públicos y particulares, por los delitos de cohecho, malversación de -- caudales públicos y cualquier otro delito que hayan cometido conforme al Código Penal. La responsabilidad por enriquecimiento sin causa justa es independiente de la responsabilidad penal.

El Tribunal de Probidad juzgará y fallará lo concerniente al enriquecimiento sin causa justa, y en caso de que a su juicio apareciere responsabilidad criminal contra la -- persona juzgada, certificará los pasajes correspondientes y dará cuenta al Juez común respectivo, o al Juez General de Hacienda, quienes decidirán sobre la responsabilidad criminal.

Art. 12º.- La Corte Suprema de Justicia designará tres Fiscales para que gestionen, a nombre de la sociedad, en las causas que se sigan en el Tribunal de Probidad, no pudiendo intervenir en cada causa más de un Fiscal, excepto en vista pública ante el Jurado de Probidad, en que podrán intervenir los tres Fiscales conjuntamente.

Art. 13º.- La Corte Suprema de Justicia conocerá en apelación de la sentencia definitiva y del sobreseimiento pronunciados por el Tribunal de Probidad. De la resolución de la Corte Suprema de Justicia no habrá ningún otro recurso, ni siquiera el de responsabilidad.

El término para apelar será de cinco días fatales, contados a partir de la última notificación de la sentencia definitiva o del sobreseimiento, según el caso.

CAPITULO II

PROCEDIMIENTO

Art. 14º.- El juicio de probidad se iniciará en el momento en que una persona natural o jurídica aparezca en las listas oficiales de que habla el Art. 7º de la presente Ley, y terminará con la sentencia definitiva o sobreseimiento ejecutoriados del Tribunal de Probidad.

Art. 15º.- Los acusadores que actúen como ciudadanos no podrán pasar de dos, en cada causa.

Art. 16º.- El Tribunal abrirá causa para cada una de las personas que aparezcan en las listas oficiales expresadas, sin perjuicio de acumularlas cuando lo crea necesario y lo estime conveniente, procurando en todas estas actuacio

nes expeditar la marcha de los procesos.

Art. 17º.- El Tribunal emplazará por el término de ocho días a cada uno de los enjuiciados, o a sus representantes legales, o a un defensor especial en caso de ausencia o cualquier otro impedimento que no haga posible la defensa personal o por medio de representantes, Este defensor especial deberá ser abogado y será nombrado por el Tribunal sin más formalidad que la publicación de un aviso en el Diario Oficial y haber transcurrido cinco días después de la publicación del expresado aviso. Este defensor devengará honorarios conforme a arancel.

Art. 18º.- Vencido el término del emplazamiento, comparezca o no el enjuiciado, se abrirá de oficio la causa a pruebas por el término de treinta días, contados al siguiente de la última notificación.

Art. 19º.- El examen de testigos se podrá practicar por medio de despachos a Jueces de Primera Instancia. Cuando lo crea conveniente y en casos especiales, el Tribunal podrá hacer que los testigos concurren a su oficina.

Art. 20º.- Concluido el término de prueba, se dará audiencia por seis días, a cada una de las partes para que aleguen de bien probado. Contéstando o no las audiencias, el Tribunal someterá la causa al conocimiento del Jurado de -- Probidad, o sobreseerá cuando no aparezca semiplena prueba en contra del enjuiciado.

Art. 21º.- El Tribunal someterá todas las causas en que apareciere semiplena o plena prueba de enriquecimiento sin causa justa contra el procesado, al conocimiento de un

Tribunal especial que se denominará "Jurado de Probidad".

Art. 22º.- Cada miembro del Tribunal estará facultado para llevar la sustanciación de la causa que se instruya; pero las sentencias interlocutorias y definitivas deberán ser suscritas por los tres miembros del Tribunal. Para hacer resolución deberá haber conformidad de votos.

*CAPITULO III
DEL JURADO DE PROBIDAD*

Art. 23º.- El Jurado de Probidad estará integrado por cinco ciudadanos, que serán escogidos por sorteo, de una lista que al efecto formulará la Corte Suprema de Justicia. Esta lista estará compuesta por lo menos de quinientas personas, con domicilio en cualquier lugar del país. Los jurados tendrán derecho a viáticos. El jurado que no concurriere será penado con una multa de quinientos colones por primera vez; en caso de reincidencia será penado con el doble de la multa indicada, salvo el caso de justo impedimento legalmente comprobado ante el Tribunal.

Art. 24º.- La decisión del Jurado de Probidad será una verdad jurídica y el Tribunal deberá fallar con base en el veredicto de dicho Jurado.

Art. 25º.- Los testigos deberán reproducir oralmente sus disposiciones ante el Jurado de Probidad, a menos que éste no lo considere necesario.

DISPOSICIONES GENERALES

Art. 26º.- En ningún caso podrá haber en una causa más de tres defensores.

Art. 27º.- Los que fuesen juzgados por el Tribunal de

Probidad, en el caso de ser absueltos, no tendrán derecho a hacer ningún reclamo contra el Estado o funcionarios que hubieren intervenido en cualquier forma, en razón de los perjuicios que se les hubieren ocasionado con la tramitación del juicio, o por cualquier otro motivo.

Art. 28º.- El Tribunal de Probidad tendrá competencia para hacer cumplir la sentencia que pronuncie.

Art. 29º.- Los autos no podrán extraerse del Tribunal por ningún motivo.

Art. 30º.- El Tribunal cuidará de expeditar los procedimientos, rechazar las solicitudes moratorias, y pondrá coto a los litigantes inescrupulosos, usando de cualquier medio legal, inclusive prohibirles el acceso a la oficina del Tribunal.

Art. 31º.- El Tribunal podrá apoyarse en los inventarios que haya hecho el Departamento de Bienes Intervenido, sin perjuicio de ampliarlos si fuere necesario, en el caso de que aparezcan nuevos datos.

Art. 32º.- El Tribunal, como consecuencia del sobrescimito, sentencia absolutoria o sentencia condenatoria cumplida, deberá ordenar el cese de la inmovilización de los bienes del respectivo encausado, y librará orden al Departamento de Bienes Intervenido, para los efectos consiguientes.

Art. 33º.- Todas las actuaciones y diligencias del Tribunal serán en papel común, aún en el caso de acusación. Las costas procesales serán por cuenta del acusado cuando fuere condenado.

Art. 34º.- Las acusaciones podrán ser declaradas de--

siertas conforme a las reglas del derecho común, pero esto no obstará para que el procedimiento se siga de oficio.

Art. 35º.- Todas las autoridades de la República, funcionarios, empleados, agentes, entidades de toda naturaleza y habitantes de la República en general, están en la obligación ineludible de cumplir todos los requerimientos que emanen del Tribunal de Probidad, dictados dentro de las facultades que le confiere la presente Ley.

Las autoridades y sus agentes, los funcionarios y empleados públicos, despacharán los asuntos que emanen del -- Tribunal de Probidad, con preferencia a cualesquiera otros.

Art. 36º.- El Jurado de Probidad en todo lo no previsto en la presente Ley, se sujetará a lo dispuesto en el Código de Instrucción Criminal para el Jurado que conoce de -- los delitos comunes.

El Tribunal de Probidad se sujetará a lo dispuesto en las leyes secundarias, en lo aplicable.

Art. 37º.- La presente Ley entrará en vigencia desde el día de su publicación en el Diario Oficial.

DADO EN LA CASA DEL CONSEJO DE GOBIERNO REVOLUCIONA--
RIO: San Salvador, a los once días del mes de febrero de --
mil novecientos cuarenta y nueve.

Mayor Oscar A. Bolaños.

Dr. Inf. Reynaldo Galindo Pohl.

Mayor Oscar Osorio.

Dr. Humberto Costa.

M. Rafael Urquía,
Ministro de Justicia". (30)

En el Decreto N^o 7, el Consejo de Gobierno Revolucionario, entre otras cosas, en el Considerando dice: que funcionarios de la Administración Pública, han cometido cohechos, malversaciones y otros delitos contra la Hacienda Pública, y que uno de los motivos del acrecentamiento de esos delitos, ha sido su impunidad absoluta. También se dice en el Considerando que el pueblo salvadoreño aspira a que esos delincuentes sean juzgados, y que solamente un precedente e nérgico garantizará que no se repitan tales delitos en el futuro; y que para que los culpables no eludan las sanciones que merecen, despojándose ficticiamente de sus bienes, es de urgencia tomar medidas precautorias que garanticen la efectividad de las penas que los Tribunales que los juzguen les pudieren imponer.

De lo anterior se desprende, que si los delitos cometidos por funcionarios públicos contra la Hacienda Pública, e ran el cohecho, la malversación de caudales públicos, y otros hechos "ya reconocidos como delictivos", la competencia para su juzgamiento correspondía a los Tribunales respectivos ya establecidos. En el Código Penal Título VII, qe daban ubicadas las transgresiones mencionadas. Si el Consejo en el Considerando habla de impunidad absoluta, ésto se debe no a falta de tipificación de esos hechos como delictivos y a la ausencia de Tribunales y procedimientos previamente establecidos, para el juzgamiento y castigo de los responsables, sino a la desidia o a la tolerancia de las autoridades estatales que conociendo tales situaciones como reales, no hacían uso de los medios legales existentes para

evitarlas.

El Art. 1 del Decreto N° 7, habla de inmovilización de los bienes muebles e inmuebles de las personas que figuren en las listas que publicará el Consejo, y contra quienes existan presunciones de que han realizado actos contra la Hacienda Pública. Tal pareciera que con este artículo se es ~~tabiendo~~ dando lugar a que, por su amplitud, se cometieran verdaderos abusos por parte de las autoridades. Ya no se diga, por lo dispuesto en el Art. 5, que a todas luces denota su excesiva drasticidad. Muchos casos debieron darse, de personas que por encontrarse dentro de los parentescos mencionados en el Art. 5, sufrieron la inmovilización de sus bienes, con los consiguientes perjuicios que ésto les pudo ocasionar, y sin embargo, no tenían en nada que ver con la situación de sus parientes, cuyos nombres figuraban en las listas.

De conformidad al Decreto N° 7, era de suponer que los infractores, serían sometidos, para su juzgamiento a los Tribunales competentes ya establecidos, con lo suel se sentaría el precedente énérgico de que habla el Considerando. Sin embargo, cosa distinta se observa al aparecer el Decreto N° 69 del Consejo de Gobierno Revolucionario, que crea la Ley del Tribunal de Probidad. Se dice en uno de los Considerandos del Decreto: que es de urgencia que se de la legislación apropiada para juzgar a los funcionarios públicos y demás personas a quienes se les han inmovilizado sus bienes, para que respondan por los abusos cometidos. En otro Considerando se expresa: que para juzgar a las personas aludidas es menester una ley de emergencia que contemple la

creación de un Tribunal y procedimientos especiales con los que se salvaguarden los intereses del Estado y de las personas que deben responder ante dicho Tribunal por los abusos cometidos.

El Consejo se apoya para crear el mencionado Tribunal, en las facultades que confiere el Decreto N° 1, emitido por los Civiles y Militares que con la ayuda del Ejército, derrocan el gobierno presidido por el General Salvador Castañeda Castro, y por medio del cual se erigen en Consejo de Gobierno Revolucionario, asumiendo todos los Poderes del Estado. Así como también, en el Art. 8 de la Constitución de 1886 y enmiendas de 1945, en lo referente a que de esta Constitución, se adoptan solamente algunos artículos -por Decreto N° 6 del Consejo de Gobierno- entre los cuales figura el Art. 8 que expresa que El Salvador reconoce derechos y deberes anteriores y superiores a toda ley positiva, teniéndose por principio la libertad, la igualdad y la fraternidad, y por base la familia, el trabajo, la propiedad y el orden público.

Examinando la Ley del Tribunal de Probidad se advierte que contiene tres capítulos, y disposiciones generales, distribuidos del modo siguiente: el Capítulo I, se compone del Art. 1 al 13 que tratan de la Organización y Competencia; el Capítulo II, del Art. 14 al 23 referentes al Procedimiento; el Capítulo III, del Art. 23 al 25 relativos al Jurado de Probidad; y las disposiciones generales contempladas del Art. 26 al 36. Dándose de este modo la legislación que serviría para juzgar a las personas a quienes se les in

movilizaron sus bienes.

Ahora bien, la expresión original del Principio de Legalidad "no hay delito, ni pena sin ley previa", es extensiva al campo procesal, "nadie puede ser juzgado por tribunales que no se encuentren previamente establecidos por la ley". Entendido ésto así, la creación del Tribunal de Probidad, es una violación al Principio de Legalidad de los delitos y de las penas consagrado en el Art. 25 de la Constitución de 1886 con enmiendas de 1945; en dicho artículo se dispone: "Nadie puede ser juzgado sino por leyes dadas con anterioridad al hecho y por el tribunal que previamente haya establecido la ley". (31) Pero como una disposición de esta naturaleza constituía un valladar para la creación del Tribunal de Probidad, el Consejo de Gobierno, en forma nada convincente, sin ninguna justificación ni aun por el momento político imperante, se permite escoger entre los artículos del texto constitucional, los que más le convengan para el logro de sus propósitos, pasando por alto, como puede verse en el Decreto N° 6 aludido, en el Título II, que trata de los "Derechos y Garantías", el Art. 25 que reconoce el Principio de Legalidad. Pero no llega hasta ahí la violación, va más lejos, ya que amparado el Consejo en las "facultades" que le da el Decreto N° I, se arroga la función de reformar el Art. 25 dándole la siguiente redacción: "Nadie puede ser juzgado sino por leyes dadas con anterioridad al hecho y por el tribunal que previamente haya establecido la ley, excepto en los casos señalados al final del citado ar-

(31) Constitución de 1886, con enmiendas de 1945.

título 28 y modificado en este decreto". (32)

Se advierte que el Consejo, no sólo no adoptó el Art. 25, sino que se metió a legislar y lo reformó. Así como muchos más, entre ellos el Art. 28, que en su parte final se redactó así: "... excepto en los casos de delitos oficiales o comunes cometidos por funcionarios o empleados públicos, ya se trate de éstos, o de sus coautores, cómplices o encubridores". (33) El Art. 25 redactado por el Consejo, al referirse a la parte final del Art. 28, lo hace con relación a esas personas mencionadas.

Es flagrante el atropello que se ocasiona, por la -- creación del Tribunal de Probidad al Principio de Legalidad de los delitos y de las penas. Por el Tribunal se establecen procedimientos y sanciones, posteriores a la comisión de los hechos imputados a las personas juzgadas.

A este Tribunal ad hoc se le atribuye competencia hasta para practicar primeras diligencias en los casos de delitos de cohecho y malversación de caudales públicos.

Todo lo concerniente en el Código Penal y el de Ins--trucción Criminal, relativo a cohechos y malversaciones, se vio postergado, por el Consejo que antes de acudir a ellos, primero creó el Tribunal de Probidad, vulnerando abiertamente la garantía de seguridad jurídica -como puede apreciarse en los Considerandos del Decreto N° 69, que hablan de la --

(32) Decreto N°6 del Consejo de Gobierno Revolucionario, del 20 de diciembre de 1948, Revista Judicial. Tomo -- LIII, Nos. 1 al 12. Enero a diciembre. 1948.

(33) *Ibíd.*

creación de una legislación apropiada para juzgar a los funcionarios públicos y demás personas a quienes se les inmovilizaron sus bienes, y de la necesidad de una ley de emergencia que contemple la creación de un Tribunal y procedimientos especiales que recoge el Principio de Legalidad de los delitos y de las penas, extendido al campo procesal.

c) Fundamento Filosófico.

Partamos para el desarrollo de este punto refiriéndonos al concepto de persona visto desde un ángulo filosófico.

En la filosofía del siglo presente, dice Luis Recaséns Siches, el hombre al ser definido como persona, lo ha sido con una predominante dirección hacia el sentido ético, es decir, destacando que el concepto de persona indica que el hombre es el sujeto de un mundo moral, o como él afirma, de un mundo de valores. Y al respecto el mismo autor observa: "En filosofía, persona es la expresión de la esencia del ser humano, del individuo humano, esencia que no puede ser captada dentro del mero campo de la ontología, antes bien, es conseguible tan sólo en la intersección de este campo -- con el de la ética, y agrega: "En efecto, la persona en filosofía se define no solamente por sus especiales características ontológicas, sino también y principalmente por su participación en el reino de los valores éticos, como ser -- sobre el cual pesa un deber ser, una misión moral, a cumplir por sí mismo, por su propia cuenta y con su propia responsabilidad. Y, así, desde tal punto de vista --desde el punto -- de vista ético--, la persona se define como el ser con dignidad, es decir con fines propios que debe realizar por su --

propia decisión". (34)

Quiere decir lo anterior que la persona se define no sólo atendiendo a la dimensión especial de un ser (V. gr; - la racionalidad, la indivisibilidad, la identidad, etc.) sino que siguiendo a Kant -con Kant el concepto de persona surge a la luz de una idea ética- descubriendo en ella la proyección del mundo de la ley moral, distinto al mundo de la realidad; y recalcando que persona es aquél ser que tiene - un fin propio que cumplir y que debe cumplirlo por determinación propia: "aquel ser que tiene su fin en sí mismo, y - que, precisamente por ésto, posee dignidad, a diferencia de todos los demás seres, de las cosas, que tienen un fin fuera de sí, las cuales sirven como meros medios para fines ajenos y, por tanto, tienen precio". (35)

Ahora bien, todo ser humano tiene aspiraciones, busca afanosamente la consecución de los fines que se traza, empleando para ello, los esfuerzos que su humana naturaleza - le franquea. La vida humana es un hacer constante, y como - dice Recaséns Siches, la esencia del hacer, de todos los humanos haceres no se encuentra en el variado instrumental de realidades psíquicas y corporales que intervienen en la acción, sino en el sentido del sujeto, en su intencionalidad, en su motivo y en su propósito. (36)

En todo hombre, dentro del plano normal, para el desa

(34) Recaséns Siches Luis. *Tratado General de Filosofía del Derecho*. Segunda Edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 1961. Págs. 244, 245 y 247.

(35) Cit. por Recaséns Siches Luis. *Ob. Cit.* Pág. 247.

(36) Recaséns Siches Luis. *Ob. Cit.* Pág. 97.

rrrollo de su personalidad humana, hay siempre un querer o --
volición enderezado a la obtención de sus propósitos o fi--
nes trazados. De ahí que el vivir humano tenga como causa --
determinante un motivo que viene a constituir una urgencia,
un afán para el hombre; y como fin el resultado de la acti--
vidad desplegada, la realización de su finalidad. Pero, si
bien es cierto que, el ser humano busca al desarrollar su --
actividad, la consecución de propósitos o fines particula--
res, no es menos cierto, que esos propósitos o fines deter--
minan subjetivamente su conducta moral o ética y encaminan
su actividad social objetivamente. Ya antes vimos que la --
persona se define no sólo atendiendo a la especial dimensión
de su ser, sino descubriendo en ella la proyección de otro
mundo distinto al de la realidad, el mundo de la ley moral.

La proyección de un mundo moral o ético de la persona,
hace que ésta, en la generalidad de los casos, afirma Bur--
goa, cuando desarrolla su actividad en procura de la obten--
ción de su finalidad particular, haga figurar como conteni--
do de esa finalidad, la pretensa realización personal y ob--
jetiva de valores, o sea, que cada sujeto en el desenvolvi--
miento de su actividad individual interior y exterior procu--
ra alcanzar en su persona cristalización de valores. Valo--
res que pueden ser positivos o negativos. Y esta circunstan--
cia de que el ser humano tenga una finalidad axiológica, ha
hecho que la personalidad humana sea considerada en su sen--
tido filosófico (37). Por tanto la concepción del hombre co

(37) Burgoa Ignacio. Ob. Cit. Pág. 13.

mo persona deriva de su propia finalidad orientada a la consecución de valores (finalidad axiológica).

El concepto de personalidad, dice Burgoa, nace de la relación que media entre el hombre como ente real y biológico y su propia finalidad axiológica, es decir, el vínculo finalista que el ente humano establece con el mundo de los valores. (38)

Sobre esta finalidad del ser humano orientada al mundo de los valores y que determina su personalidad, el maestro Recaséns Siches expresa: "el criterio para definir la personalidad es el constituir precisamente una instancia individual de valores, el ser la persona misma una concreta estructura de valor", y agrega: "El hombre es algo real, tiene naturaleza, participa de las leyes naturales de la realidad; pero, al mismo tiempo, es diverso de todos los demás seres reales, pues tiene una conexión o contacto con el reino de los valores, está en comunicación con ellos". (39)

Podemos observar que la presencia del ser humano en su trance por la vida, no puede ser concebida filosóficamente, de manera inerte, sino en un constante actuar de acuerdo a las circunstancias y condiciones que circundan el ser. El hombre como persona humana que es, incansablemente y constantemente debe perseguir una finalidad axiológica en su actuar, que lo diferencia de los demás seres de la naturaleza. Wilbur Marshall Urban, ha dicho al respecto: "La única cosa

(38) *Ibidem*. Pág. 14.

(39) Recaséns Siches Luis. *Ob. Cit.* Págs. 249 y 250.

importante que caracteriza a una persona, es que ella es la única parte de la naturaleza que tiene conciencia de valores y del deber u obligación, inseparable del estar enterado de los valores. Por lo menos en ella, ya sea cierto o no de las demás partes de la naturaleza, el propósito, la finalidad, la determinación axiológica es el carácter fundamental y la ley más profunda". (40)

Ahora bien, anteriormente hicimos alusión a Kant, que definió la dignidad del hombre como aquella que denota que el hombre tiene fines propios que cumplir y que debe cumplirlos por determinación propia; o lo que equivale a lo mismo, dicho en forma negativa, el hombre no debe ser un mero medio para fines ajenos a los que son los propios suyos.

Es con el Cristianismo, que el concepto de la dignidad de la persona individual obtiene su máximo realce y su posición central. Fue el pensamiento de la Edad Moderna el que coadyuvó a destacar y conceder una máxima fuerza al concepto Cristiano de la dignidad de la persona individual, -- subrayando con vigor superlativo que el centro y el fin de toda cultura es el hombre, (41) y que el valor supremo dentro de la jerarquía de valores es el de la persona humana.

Pero veamos, como el hombre al encauzar su actividad en pos de la obtención de los fines que se propone, necesita de un ámbito de acción que le permita su pleno desenvol-

(40) Cit. por Fernández Julio Fausto. Los Valores y el Derecho. Ministerio de Cultura. Departamento Editorial. San Salvador, El Salvador. 1957. Pág. 18.

(41) Recaséns Siches Luis. Ob. Cit. Pág 550.

vimiento, y uno de los factores que a ello contribuye, es la condición *sine qua non* de la existencia de la libertad, concebida como afirma Burgoa, no solamente como una mera *potestad* psicológica de seleccionar determinados propósitos y escoger los medios objetivos de ejecución de los mismos, sino como una actuación externa que no tenga cortapisas que vuelvan irrealizables los conductos indispensables para la consecución de la finalidad humana. (42)

Siguiendo a Recaséns vemos que el concepto de persona implica de modo necesario el principio de la libertad individual. Si el hombre es un ser que tiene fines propios, - si constituye un fin en sí mismo (auto fin), y si esos fines tan sólo por su propia decisión pueden ser cumplidos, - es obvio que necesita de una esfera de libertad, dentro de la cual opere por sí propio. Necesita el hombre, el respeto y la garantía de su libertad, necesita estar exento de la coacción de sus semejantes, así como también de la de los poderes públicos que se interpongan con las finalidades que le son privativamente propias. El mismo Recaséns expresa que, la libertad jurídica del hombre se justifica porque su vida es la utilización y el desarrollo de una serie de energías potenciales, de posibilidades creadoras que no pueden introducirse dentro de ninguna meta preestablecida. Son las fuerzas creadoras latentes del ser humano las que originan su desarrollo; y si es muy cierto que el hombre necesita la ayuda de la sociedad y la autoridad, para lograr su desenvolvimiento, también no lo es menos cierto, que la so-

(42) Burgoa Ignacio. Ob. Cit. Pág. 14.

ciudad y la autoridad no son creadoras; solamente la libertad personal permite al hombre desarrollar su persona. Tanto la sociedad, el Estado y el Derecho, son ayuda indispensable para el hombre; pero solamente éste, dentro de un ámbito de libertad puede desarrollar sus fuerzas creadoras. - (43). Pero es lógico pensar que todo el esfuerzo por arribar a la meta que se propone el hombre, tropezaría a cada instante, se volvería estéril, si el elemento *sin qua non* que es la libertad no existiera. Si el actuar del hombre estuviera limitado al grado de hacerle irrealizables sus pretensiones, se estaría desnaturalizando su condición de persona; ya que, la libertad es esencial en la actividad del hombre para la actualización de su finalidad.

Habría también desnaturalización de la personalidad, si los fines propuestos no fueren concebidos por la propia persona interesada, sino que le fueren impuestos; lo que vendría a ser un contrasentido que obstruiría el pleno desenvolvimiento del hombre. El hombre goza de libre albedrío, puede determinar la realización de sus propósitos o fines en el conocimiento del mayor beneficio que ella le produzca. Al conducir su actividad sabedor de lo que es bueno y lo que es malo, no hace otra cosa que buscar la realización de un fin de sí mismo (*auto fin*).

Si el hombre tuviera que realizar fines impuestos, por que se ve predeterminado a ello, sin hacer uso de su disposición de albedrío, se destruiría su personalidad. Al respecto Juan Manuel Terán Mata, dice: "En su valor positivo existi--

(43) Recaséns Siches Luis. Ob. Cit. Págs. 560 y 561.

ría la libertad en cuanto no se tenga un medio como puro -- fin, porque en este caso, la conducta o el acontecer libre se encadenan, ya que lo condicionado, medio, se hace condicionante y a priori desaparece la posibilidad de elegir fines que sólo se dan para el sujeto en cuanto no se subordina a un motivo limitado, a lo que debe ser medio, sino que aspira a un infinito fin que es la idea de su propia personalidad. En consecuencia, lo estimable de la voluntad estriba en el orden de los medios y los fines, esto es, de la voluntad misma. Pero cuando una voluntad determinada obliga a la persona exclusivamente a un objeto limitado, por dulces que los lazos sean, el sujeto del querer está en tránsito -- de no ser persona, de no ser libre, ya que la elección de fines le está vedada al convertirse en mera cosa condicionada en esclavitud". Kant expresa lo esencial de la libertad en la vida del hombre así: "personalidad es libertad e independencia del mecanismo de toda naturaleza". (44)

La intrincada relación de la identidad existente entre el concepto de hombre y de persona y entre el de persona y libertad, nos lleva a entender que el ser humano es esencialmente volitivo, actúa ad libitum para lograr la obtención de sus propósitos o fines libremente; de ahí que filosóficamente la libertad sea considerada como atributo esencial de la naturaleza humana.

Con lo que hemos expuesto sobre la concepción filosófica de la dignidad de la persona humana y uno de sus corolarios constituido por la libertad, creemos haber destacado

(44) Citados por Burgoa Ignacio. Ob. Cit. Pág. 15.

la superlativa importancia del ente humano, elemento central y fin de toda cultura.

Ahora bien, el corolario de la dignidad humana que es la libertad, tiene como supuestos irreductibles otros elementos que vamos a ver.

El hombre es un ser esencialmente sociable, que desde que nace, por necesidad de la relación con sus congéneres y no por mero capricho, pertenece a la sociedad, pues no podría, le sería imposible vivir aislado fuera de la sociedad; la forjación de su existencia sería irrealizable fuera de la convivencia social. La vida social del hombre es permanentemente una continua comunicación con sus semejantes, a través de variadas relaciones sucesivas e interminables. ¿Pero qué ocurriría si esas sucesivas e interminables relaciones no estuvieren normadas? Sería el imperio de la confusión, del desorden, donde lejos de que el hombre pudiera a través de la sociedad lograr su pleno desarrollo, encontraría obstrucciones que se lo impedirían, y además el irrespeto y el desenfreno reinantes, lo convertirían en un salvaje para poder sobrevivir. Es necesario, pues, para que la convivencia social sea posible y no degenerare en el caos, que haya una norma de convivencia o coexistencia que permita que la vida en común se desarrolle dentro de un marco de orden y seguridad. Es indispensable, en otras palabras, la existencia del Derecho que encarrile y conduzca la vida en común.

Ahora bien, la imprescindible existencia de un orden jurídico que impere en las relaciones que surgen de la convivencia social, y que se encuentre situado por encima de -

la voluntad de los asociados, no debe ser absoluto, es decir, sin que en él se reconozca y respete una esfera mínima de libertad, a través de la cual, el hombre habrá de desarrollar su actividad para la obtención de sus fines. Todo orden jurídico carente de restricciones éticas eclipsa por completo la personalidad del hombre como ser auto-telcológico y se convierte en un instrumento al servicio del gobierno entronizado en el poder. La dignidad y la libertad de la persona humana, en un régimen estatal donde el orden jurídico no tiene barreras infranqueables, se hallan desprovistas de garantías. El orden jurídico que norma la conducta de los asociados debe de establecer la armonía entre los intereses de índole social y los intereses particulares, creando una ajustada relación jurídica y social entre ambos, dándole -- preferencia a los intereses sociales en ciertos aspectos. A esto se arriba después de examinar las dos tendencias opuestas que son el individualismo y el colectivismo. Veamos someramente en que consisten esas dos tendencias.

El individualismo liberal arranca de la corriente jurídica-filosófica del jus-naturalismo que proclamó, como señala Burgoa, la existencia de derechos congénitos al hombre y superiores a la sociedad, debiendo tales derechos ser respetados por el ordenamiento jurídico estatuido, y además -- constituir el objeto principal de las instituciones sociales. Como una consecuencia de esta corriente la persona humana fue exaltada hasta llegar a considerársele como la suprema entidad de la sociedad, en cuyo beneficio debería inmolarse todo lo que fuera en detrimento de sus intereses -

(de la persona). Surgiendo así -a partir de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano- los regímenes jurídicos que forjaron las relaciones entre gobernantes y gobernados, con una estructuración de eminente contenido individualista y liberal. Individualista porque se estimó al individuo como el fundamento y fin primordial de la organización estatal; y liberal porque el Estado y sus autoridades frente al individuo asumían una conducta pasiva, es decir, de abstención, permitiendo que en las relaciones sociales los gobernados desarrollaran libremente su actividad, pudiendo limitarse únicamente por el Estado, dicha libertad, cuando el libre juego de los derechos de cada gobernado originaba choques personales. (45)

Pero la realidad comprobó que una concepción extremista y radical como la del liberal-individualismo, incidió en graves errores, consolidando la desigualdad social y aceptando tácitamente que los más fuertes aniquilaran a los más débiles que no se hallaban en situación de poder combatirlos en las diversas relaciones sociales sostenidas. Tratar igualmente a los desiguales fue el grave error del liberal-individualismo. (46)

Frente a la postura extremista y radical del sistema liberal-individualista surge la idea colectivista que considera que el individuo no es la única ni la máxima entidad social, porque frente al individuo particularmente considerado se hallan los intereses de grupo que son más elevados

(45) *Ibídem*. Pág. 22.

(46) *Ibídem*. Pág. 23.

que los del individuo, y por tanto, superiores. Procediéndose en caso de conflicto entre los intereses particulares y colectivos, al sacrificio del individuo que para las ideas colectivistas (totalitarias) no es, sino una parte del todo social, y cuya actividad debe ejecutarse en beneficio de la sociedad. (47)

Como puede verse, en las ideas totalitarias la persona humana deja de ser como dice Kant, un ser que tiene un fin propio que cumplir y que debe cumplirlo por determinación propia (auto-fin), para metamorfosearse en un simple conducto de obtención de los fines o propósitos sociales.

Recaséns Siches, refiriéndose a la corriente colectivista dice: "Para el transpersonalismo político, que considera como supremos los valores que se realizan en la colectividad, resulta que el individuo aparece como un mero producto efímero de escasa o nula importancia. Un sinnúmero de individuos vienen a nutrir las filas de la colectividad y después desaparecen de ella, y están en ella tan sólo para ser soportes y agentes de una supuesta vida superior de la "totalidad"; de manera que desde el punto de vista de los valores, el individuo no viene en cuestión, pues es considerado únicamente como materia de las formaciones colectivas superiores. Según la tesis transpersonalista, tendrían importancia tan solo los fines de la colectividad y el proceso de ésta, y el individuo únicamente adquiriría valor en la medida en que sirviera a ese proceso y a los fines de la

(47) *Ibidem.*

"totalidad". Se ha llegado a decir, por la concepción transpersonalista, que la colectividad debe tolerar tan solo a aquellos individuos cuya conducta se ajusta totalmente a los fines de ella, debiendo destruir a los disidentes y a los inservibles". (48)

Ahora bien, de las dos corrientes opuestas señaladas - es dable una síntesis. El maestro Giorgio Del Vecchio expresa que la afirmación Kantiana de que el Estado debe de reconocer el valor de la personalidad, y limitar la propia acción, allí donde ésta aniquilaría tal valor, que es un derecho fundamental, constituye una gran verdad. El Estado no debe penetrar en la intimidad de la conciencia regulando prohibicio--nes abusivas, ni tampoco suprimir la iniciativa ni la fecunda concurrencia de los particulares. Por este lado el individualismo no está reñido con la razón y además obtuvo corroboraciones en el desarrollo histórico. Pero el mismo autor señala que lo anterior no significa que el Estado sea por naturaleza indiferente a los problemas que se suscitan en el intercambio de relaciones en la convivencia social. (49) Por - el contrario, el Estado a través del orden jurídico estatuido debe encauzar el desarrollo de las actividades individuales, debe buscar la propensión de éstas, a la obtención del bienestar social.

De gran importancia es la idea del Bien Común, tanto - como idea lógica, como meta ética del Derecho, que se perfi-

(48) Recaséns Siches Luis. Ob. Cit. Pág. 499.

(49) Del Vecchio Giorgio. Filosofía del Derecho. Octava Edición Española. Bosch. Casa Editorial Barcelona. 1964. Pág. 445.

la dentro de los sistemas democráticos en forma sintética, - armonizando la esfera particular y la colectiva para el me--
jor desarrollo de la sociedad.

El Estado cuando pretende realizar el Bien Común, a --
través del orden jurídico establecido, debe garantizar una -
esfera mínima de acción del individuo. El Bien Común, se tra--
duce frente al individuo, permitiendo que el Derecho del Es--
tado tolere en el gobernado el uso de libertades para que en--
cauce su actividad en pos de sus fines o propósitos. Pero el
Estado al permitir esa libertad de acción no debe hacerlo en
forma absoluta, sino que debe limitar esa acción para que no
degenere en un libertinaje, que volvería el orden que debe -
regir en la sociedad, en un verdadero caos. Por consiguiente
todo Estado que pretenda realizar el Bien Común, tiene que -
establecer límites o prohibiciones al ejercicio absoluto de
la esfera mínima de actividad individual permitida, por me--
dio del orden jurídico estatuido. Al respecto Del Vecchio -
dice: "El Derecho se presenta objetivamente como una serie
de imperativos. Aparece, pues, como una negación o, por lo
menos, como una limitación de la libertad individual. Pero
si profundizamos, veremos que el Derecho, aunque aparente--
mente niega la libertad, substancialmente la afirma y la --
constituyé. En efecto, antes del Derecho y fuera del mismo
no hay verdadera libertad, porque la simple posibilidad de
obrar, a la cual se puede contraponer cualquier impedimento,
no es libertad, sino arbitrio irregularo, y carece de todo
valor. La verdadera libertad surge sólo cuando la possibili--
dad natural de obrar es acompañada por la exigencia de res--
pe to. Ahora bien, los imperativos jurídicos tienen, cabal--

mente, por efecto asegurar o garantizar todas aquellas posibilidades que no excluyen. Mientras que, en verdad, los comportamientos prohibidos cesan de ser posibles frente al Derecho, todos los demás son, precisamente por esto, confirmados y avalorados en su posibilidad; esto es, se hacen posibles en el orden del Derecho. Aquello que no está prohibido por el Derecho Objetivo, está permitido, y no solamente permitido, sino garantizado, tutelado. Quien se mueve dentro de los límites del Derecho, puede pretender no ser turbado por los demás". (50)

El individuo al desarrollar su actividad en pos de la obtención de sus fines particulares, no sólo debe hacerlo en ese sentido, sino que dirigiendo también esa actividad al desempeño de funciones sociales. El Estado impone al miembro de la sociedad el deber de actuar para beneficio de la comunidad, pero esa imposición no debe rebasar, en perjuicio del gobernado ese mínimo de libertad indispensable para perseguir su finalidad. Duguit, señala Burgoa, denomina estas imposiciones "individuales públicas" (51) ya que las contrae el gobernado en favor de la sociedad de que es miembro.

El Estado al proteger auténticos intereses de la sociedad, buscando que impere en su seno la igualdad, no debe a través de su intervencionismo, rebasar la esfera mínima de acción de libertad. El profesor Burgoa, infiere que el Bien Común constituye una síntesis teleológica del ordenamiento jurídico del Estado, y por tanto de la actividad gu-

(50) *Ibíd.* Pág. 393.

(51) *Cit. por Burgoa Ignacio. Ob. Cit. Pág. 26.*

bernativa condensándose en varias posiciones éticas que se encuentran relacionadas con las diferentes realidades sociales. El mismo autor señala, que no se puede aducir un contenido universal de Bien Común, a través de los aspectos sintéticos que éste presenta. Por ende para fijar dicho contenido son muchos los factores que deben ser atendidos, propios de cada nación: la tradición, la raza, la lengua, la idiosincracia, las costumbres, etc.; pero de ningún modo irrespetando la esfera mínima de libertad de desarrollo del individuo y de la colectividad. (52)

Ahora bien, el concepto de persona es substancial en el estudio del Derecho, ya que el orden jurídico es creado por y para la persona humana. Razón por la cual, el elemento central, en un Estado de Derecho, para la organización de ese Estado y para regir las relaciones que se entablan dentro de él, no puede ser otro que el de la persona humana. Tutelándose la protección del individuo se preserva por igual a las entidades sociales, ya que éstas están constituidas por individuos; de lo que se infiere que procurando el bienestar de cada uno de ellos se trata de obtener el bienestar de toda la sociedad.

Pero si el Bien Común, es uno de los fines del Derecho, éste también tiende a realizar el valor justicia, dando a cada uno lo que es suyo, como afirmaban los jurisconsultos romanos, y además a procurar que las personas que se hallan bajo su dominio tengan la seguridad que serán respetados siempre sus derechos subjetivos; derechos que podrán

(52) Burgoa Ignacio. Ob. Cit. Págs. 27 y 29.

hacer valer en cualquier momento que sean amenazados, invocando la protección del Estado.

El doctor Julio Fausto Fernández, expresa que: "Cuando tratamos de valorar o apreciar un orden jurídico cualquiera, tenemos presente -aun cuando no siempre nos demos cabal cuenta de ello- estas tres ideas: justicia, bien común y seguridad jurídica. Un orden jurídico puede ser justo, pero -si no es lo suficientemente eficaz para imponer en la práctica la justicia de sus normas, si no hay seguridad de que sus disposiciones serán cumplidas, tal orden jurídico no podrá ser calificado de bueno o adecuado. Un determinado orden jurídico puede igualmente garantizar determinado interés colectivo, pero si al hacerlo así sacrifica la justicia, tampoco podrá ser calificado de bueno. Finalmente, un orden jurídico podrá ser eficaz e infundir en el ánimo de los súbditos el sentimiento de seguridad, pero si no realiza la justicia ni garantiza el bien común, no será un derecho valioso. Justicia, bien común y seguridad son los tres valores jurídicos principales, los cuales están supeditados a un valor superior que es en parte jurídico y en parte metajurídico: el valor de persona".

El mismo autor continúa diciendo: "Los intereses del hombre en cuanto persona, esto es, en cuanto portador y realizador de valores eternos, sobrepasa la esfera de lo jurídico; pero en cuanto individuo, o sea, en cuanto miembro del grupo social, está el hombre sometido al derecho. Es en esta última esfera en donde él exige que el ordenamiento jurídico realice, o por lo menos tienda a realizar, los valores -

de justicia, bien común y seguridad colectiva". Y agrega: -- "Los valores jurídicos en estricto sentido -justicia, bien común y seguridad- quedan, así, sometidos a un valor más -alto: el valor de la persona humana, llamada a un destino eterno". (53)

Al principio del capítulo hablamos sobre la seguridad jurídica, pero conviene que agreguemos al respecto que, la seguridad implica que todo ser humano tiene el derecho a - que se puntualicen sus responsabilidades en materia penal en cuanto a sus facultades y obligaciones, es decir, que - tiene derecho a la certeza jurídica, a no estar viviendo en un mundo de incertidumbre, a saber a que atenerse para el - desenvolvimiento de su actividad. Y es en razón de eso que surgen garantías y restricciones en la acción del poder estatal, tanto de índole administrativa como judicial, que impiden la afectación abusiva de la libertad y la seguridad - de los individuos.

A la seguridad de la libertad personal, pertenece la garantía reconocida en las constituciones, y expresada en - el apotegma *Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, - cuya justificación doctrinal es clara y harto conocida. Es pues, el *Nullum crimen...*, una garantía de seguridad jurídi- ca, lo que equivale a decir, un tutelador eficiente de la - libertad personal, un vallador que impide los atropellos a la intrínseca dignidad del hombre; proclamando el apotegma, la seguridad del hombre frente al poder del Estado, que por

(53) Fernández Julio Fausto. Ob. Cit. Págs. 223, 224 y 225.

motivos más que todo políticos puede arbitrariamente oprimirlo, dictando leyes *ex post factum* que lo conviertan en delincuente, por hechos que a la fecha de su comisión, no eran previstos por ley alguna, ni en cuanto a ser hechos delictivos ni en cuanto a tener penas señaladas.

El respeto por parte del Estado y sus órganos al Principio de Legalidad de los delitos y de las penas, se basa en el reconocimiento de la intrínseca dignidad humana. Dignidad que se vería pisoteada si se vulnera la seguridad del hombre coartándole arbitrariamente su libertad; puesto que el hombre es el valor más alto de la naturaleza, es el sumo destinatario y el protagonista de todos los preceptos derivados de la justicia, de la seguridad y del bien común. De manera que al quebrantarse en la sociedad la justicia y la seguridad, se atenta directamente contra la naturaleza y la dignidad del hombre. Es indubitable que la garantía de seguridad jurídica que brinda el Principio de Legalidad de los delitos y de las penas, es necesaria en el desenvolvimiento del hombre, para el goce de la libertad que es consubstancial a su humana naturaleza. Anteriormente dijimos que el derecho de libertad al igual que otros derechos como la vida, la locomoción etc., son derechos inherentes e inalienables a la personalidad humana y que no pueden ser limitados ni extinguidos arbitrariamente. Derechos que son anteriores y superiores al Derecho Positivo y a la sociedad misma.

La proyección a un primer plano de la dignidad de la persona, fundamenta el presupuesto del Principio de Legalidad de los delitos y de las penas. La personalidad del hom-

bre se desnaturalizaría, se burlaría la protección y respeto que ofrece el aludido Principio, si el Estado le impusiera al individuo con posterioridad a ocurrir, el reproche de determinada conducta no prevista o le castigara de una manera también no establecida previamente. El Principio de Legalidad de los delitos y de las penas evita que impere la inseguridad individual y por ende social.

Entendemos que, con apoyo en todas las consideraciones hechas en torno al punto tratado, a no ser que estemos equivocados, que la consideración de la persona humana, como el supremo valor, es la fundamentación filosófica del Principio de Legalidad de los delitos y de las penas.

El Principio busca una meta política concreta, garantizar la libertad del individuo contra los actos arbitrarios del poder político. Es un instrumento que pone coto a los actos de autoridad ilimitados, un instrumento que establece cortapisas jurídicas que impiden al funcionario judicial la facultad de crear reglas para el caso no previsto con anterioridad en las leyes.

Podemos concluir diciendo que el Principio encierra postulados que lo hacen cobrar relevancia en la normación jurídico-positiva de los Estados donde existe un supremo respeto a la dignidad de la persona humana. Es una baluarte de seguridad del ser humano frente a la execrable arbitrariedad de los actos de autoridad, que lo ampara en su actividad hacia la consecución de sus fines anhelados, gozando de algo que es de la esencia de esa actividad, la "libertad".

Posee en suma el Principio un intrínseco sentido de -

verdadera justicia.

d) Su Significado Institucional.

El Derecho Constitucional se relaciona con el Derecho Penal que trata del estudio del delito, del delincuente y de la pena. La gran importancia del Derecho Penal, debido a la repercusión que causa en la vida de los individuos, ha hecho que el Derecho Constitucional, y ya expresamente la ley primaria de cada país, señale el camino dando disposiciones que tiendan al logro de una correcta administración de justicia, evitándose así el desenfreno en la sanción de las conductas antisociales.

Por Derecho Penal liberal se entiende aquel derecho que se formó en el enciclopedismo francés y el iluminismo alemán y que nació concretamente, con la Revolución Francesa. Las características del Derecho Penal liberal son: 1) El Principio de Legalidad que constituye la esencia de la libertad; 2) El Principio de Igualdad, consistente en determinar de manera objetiva la infracción, evitándose las atenuantes y agravantes individuales; y 3) El Principio de Fraternidad, consistente en la aplicación de penas benignas. Todos estos Principios fueron sustentados y defendidos por la Escuela Clásica. Frente a este Derecho Penal liberal aparece en los países totalitarios un Derecho Penal autoritario que adversa los Principios referidos, colocando frente al de legalidad el de Autoritarismo; y frente al de fraternidad el de crueldad de las penas. (54)

(54) Arrieta Gallegos Manuel. Ob. Cit.

Con la Revolución Rusa de 1917, surgió el Derecho Penal autoritario que proclamó como estandarte una especie de "declaración de derechos del pueblo contra la declaración de los derechos del hombre".

El Principio de Legalidad opera a plenitud en el Estado de Derecho cuyo significado es según Dicey: "la supremacía absoluta o predominio de la ley regular opuesto a la influencia del poder arbitrario, y excluye la existencia de lo arbitrario, de la prerrogativa, o aún de una gran autoridad discrecional del gobierno", en cuya virtud, "ningún individuo puede ser penado, ni puede sufrir en su persona ni en sus bienes, sino por una violación de la ley, establecida de acuerdo -- con el procedimiento legal ordinario ante los tribunales -- ordinarios del país. En este sentido, el reinado de la ley se opone a todos los sistemas de gobierno por personas investidas de poderes amplios, arbitrarios o discrecionales".

(55)

En el Estado de Derecho el cúmulo de atribuciones ejercidas por el Estado y sus autoridades se encuentran enmarcadas dentro del ordenamiento jurídico existente. La garantía del ciudadano cobra una relevancia enorme. La esfera de libertad del individuo no se halla subsumida, restringida arbitrariamente como en el voraz Estado totalitario.

Todo Estado de Derecho que mengua la libertad jurídi-

(55) Cit. Por Linares Quintana Segundo V. Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional y Comparado. Tomo III. Editorial Alfa Buenos Aires, 1956. Pág. 408.

ca personal imponiendo conductas positivas o de abstención -en virtud del Principio de Legalidad- debe apoyarse, siguiendo a Juan F. Linares, en las disposiciones de una ley formal o material-formal. Por ley formal debe entenderse la norma jurídica que tiene alcance individual y que ha sido sancionada por el poder legislativo; y por ley material-formal, la norma jurídica que tiene alcance general y es sancionada por el Poder Legislativo e interpretada restrictivamente. (56)

Quiere decir lo anterior que ese imperio del Estado, esa facultad de coacción social a través de sus órganos, de reducir la libertad jurídica de los individuos castigándolos por acciones delictivas cometidas, debe ser fundamentado en leyes dictadas por el legislador.

En el Derecho Penal, el Principio de Legalidad de los delitos y de las penas obliga a que la interpretación de las normas penales sea estricta, repudiando la analogía. Jerome Hall afirma que "la interpretación estricta ha sido por largo tiempo corolario del Principio de Legalidad aplicado al Derecho Penal. Esto ha hecho que la interpretación de las leyes penales se asentara sobre una base mucho más simple que la dominante en otras ramas del derecho. Cuando está prohibida estrictamente toda otra forma de interpretación aunque no se exija al Juez que tome la actitud de una inteligencia encendida en el deseo de tergiversar el sentido de la ley, él tendrá que limitarse redondamente el signifi

(56) Cit. Por Linares Quintana Segundo V. Tomo III. - Ob. Cit. Pág. 409.

ficado central autoritariamente establecido de las palabras".
(57)

Con respecto a la aceptación de la analogía en el campo del Derecho Penal, la mayoría de los autores la rechazan por considerar peligroso que se aplique la misma norma legal a una situación que no tiene regulación propia y que se considera análoga a la que rige la norma aplicada. Esto sería una interpretación extensiva y no estricta como la que debe ser en el Derecho Penal. El Principio de Legalidad de los delitos y de las penas se vería violentado en su esencia por una interpretación de la ley penal de este tipo.

Los alcances del Nullum crimen... expresa Castro Ramírez h., producen las consecuencias siguientes: 1) Al funcionario -- judicial no le está permitido castigar como delito o falta, si no es conforme a una ley penal previamente establecida, un hecho o acto. Con lo que se está significando -- que únicamente se castiga el acto prohibido por la ley penal y no el acto malo en sí. 2) Tampoco el funcionario -- judicial puede imponer penas que no hayan sido previstas expresamente por la ley, tanto en su naturaleza como en su duración. 3) La ley penal no tiene afecto retroactivo --el Art. 172 de nuestra Constitución Política señala cuando una ley penal -- puede aplicarse con carácter retroactivo--, es decir, que no se aplicará a hechos cometidos fuera de su imperio. 4) El funcionario judicial no puede calificar el hecho, de modo -- distinto a la calificación hecha en la ley penal, ni puede

(57) *Cit. por Linares Quintana Segundo V. Tomo V. Ob. Cit.. Págs. 316 y 317.*

desnaturalizar, desvirtuar y cambiar el hecho punible, así - como su sanción establecida por la ley. 5) Tampoco puede el funcionario judicial perseguir y castigar hechos por analogía. (58)

Todas las consecuencias enumeradas constituyen una verdadera garantía frente a los actos de autoridad. El temor del individuo de ser perseguido por actos que no están prohibidos por la ley y de sufrir castigos inciertos, se alivia por la garantía que ofrece el Principio en estudio.

En la actualidad se ha sostenido por eminentes tratadistas entre los que figura Soler, que la expresión literal de la fórmula *Nullun crimen...* debe ser reformulada porque, por un lado, no existe confianza en que su simple formulación evite los abusos, y por otro, porque la simple sanción de una ley establecida con anterioridad puede dar cabida a muchas arbitrariedades; ya que se podría dictar una norma omnicompreensiva de cualquier conducta en la que se hagan descripciones genéricas vagas o con expresa remisión a análogas situaciones, para que la garantía del apotegma quede burlada. Razón por la cual se ha propuesto sin atenerse a las fronteras que señalan las palabras y con base al respectivo derecho positivo vigente, la siguiente reformulación: "Está permitido hacer todo aquello que no esté expresamente prohibido por el Estado mediante una ley que con anterioridad al hecho cometido describa típicamente las conductas delictivas y especifique sus respectivas sanciones". (59) Se -

(58) Cit. por Arrieta Gallegos Manuel. Ob. Cit.

(59) Enciclopedia Jurídica. Ob. Cit. Tomo XX. Pág. 553.

sostiene por los que están de acuerdo con la anterior reformulación que "en ella se sintetiza todo el sentido instrumental que persigue la ideología política que la fundamenta y se sistematizan las distintas reglas constitucionales en vigor. (60)

Consideramos que la reformulación transcrita tiene su asidero en el temor que existe a la interpretación extensiva de la ley penal por los órganos del Estado encargados de su administrar justicia; y es un esfuerzo más para garantizar la seguridad de las personas. Pero no debe olvidarse que el apoteagma *Nullum crimen...* no actúa aislado como garantía constitucional de seguridad jurídica dentro de un ordenamiento jurídico-positivo, sino que se complementa con disposiciones de índole penal y procesal penal, además del general rechazo de que es objeto la analogía en los Estados de Derecho. Así tenemos por ejemplo en El Salvador los Arts. 1, 40 y 42, todos del Código Penal que son consagradorios de la regla de legalidad, no es menor la garantía que ofrece el Art. 181 N° 1 del Código de Instrucción Criminal, que indica, que cuando se imputa a alguien la comisión de un hecho que en principio ha sido considerado con sanción legal, y no tiene pena señalada en las leyes, de conformidad a dicho artículo debe decretarse auto de sobreseimiento irrestricto.

Terminamos este Capítulo haciendo hincapié en que el Principio de Legalidad de los delitos y de las penas tiene como finalidad primordial, garantizar la libertad de los in

(60) *Ibidem.*

dividuos efectivamente contra los actos del poder estatal - en forma ilimitada y arbitraria, obteniendo la seguridad jurídica individual su máxima atención en los regímenes de Derecho.-



CAPITULO III

ANALISIS DE DOCUMENTOS DE INDOLE UNIVERSAL CON RELACION AL NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE PRAEVIA LEGE:

a) *Declaración Universal de los Derechos Humanos.* b) *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.* c) *Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.* d) *Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos, elaborado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos.* e) *Proyecto de Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas.*

a) *Declaración Universal de los Derechos Humanos.*

Como un complemento y desarrollo del contenido de la Carta de las Naciones Unidas, firmada en la ciudad de San Francisco, Estados Unidos de América, el 26 de junio de 1945, la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el palacio de Chaillot de París, por unanimidad de votos, con sólo ocho abstenciones, aprobó y promulgó, el 10 de diciembre de 1948, la "Declaración Universal de los Derechos del Hombre", que posteriormente recibió el nombre de "Declaración Universal de Derechos Humanos" por resolución de la Asamblea General, en febrero de 1952.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, constituye, por una parte, "la culminación de todo el proceso histórico de evolución jurídica de la humanidad", que comprende a todas las civilizaciones y a todos los pueblos, y por otra, "es la expresión de una fe y la concreción de un

programa de aspiraciones por realizar".(1)

Los sufrimientos padecidos por la humanidad en las dos últimas contiendas bélicas han sido de proporciones mayúsculas. Ya durante la Segunda Guerra Mundial e inmediatamente después, es muy marcado el interés existente en el mundo por formular una declaración de carácter internacional relativa a Derechos Humanos. Contribuyen al logro de una declaración de esta naturaleza, tanto los Gobiernos como entidades particulares y eminentes pensadores. Dentro de estos esfuerzos particulares son dignos de mención los del "Institut de Droit International", que en 1947, en su sesión de Lausana aprobó una resolución con el título "Les Droits Fondamentaux de l'Homme, Base d'une Restauration du Droit International" en la cual se afirma que "el respeto de los derechos de la persona humana sin asegurar la eficacia por medio de medidas efectivas de garantía y de control es insuficiente tanto en el orden internacional como en el orden interno". (2) Así como también los de Jacques Maritain con su obra "Los Derechos del Hombre y la Ley Natural" y H.G. Wells, al proponer en el año de 1940, un proyecto de "Declaración de los Derechos del Hombre". (3)

La demanda de la humanidad de una vida decorosa y civilizada, donde se garantice respeto y protección a la digni

(1) Fernández Julio Fausto. Los Derechos del Hombre -- Desde el Punto de Vista Filosófico. Revista de la Universidad de El Salvador. Año LXXXIV. Enero-Junio. Nº 1 y 2. 1959 Pág. 231.

(2) García Bauer Carlos. Los Derechos Humanos Preocupación Universal. Editorial Universitaria. Guatemala 1960. Pág. 24.

(3) *Ibidem*.

dad inmanente del ser humano, demuestra que los Derechos Humanos son fundamentales para la existencia del hombre, ya que sin ellos no podría vivir como ente humano.

Los Derechos Humanos son condiciones de vida que permiten al hombre desenvolver y utilizar sus cualidades humanas de inteligencia y conciencia para el logro de su finalidad.

Grande ha sido la trascendencia práctica de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Numerosos son los textos constitucionales -entre los que se encuentra el nuestro- que han sufrido su influencia consagrando muchas de sus disposiciones.

Los derechos que proclama la Declaración pueden clasificarse de la siguiente manera: en Derechos Civiles y Políticos y Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

A la clasificación anterior se arriba después de examinar las disposiciones contenidas en la Declaración.

Los artículos 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19 y 20, consagran los Derechos Individuales, que ya anteriormente en Declaraciones como la francesa de 1789 y la de Virginia de 1776, habían sido reconocidos. El Art. 21 de la Declaración consagra los Derechos Políticos. Y los artículos 22 y siguientes, reconocen los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Sabemos ya, que el Principio de Legalidad de los delitos y de las penas expresado en el apotegma latino "Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege" consiste en que no --

puede haber crimen, ni pena sin ley previa. Principio que - el Art. 11 parte segunda de la Declaración consagra en todo su cabal sentido. La esencia de la libertad individual resplandece una vez más, al reconocerse el *Nullum crimen...* en un documento de la envergadura de la Declaración Universal de Derechos Humanos. El Art. 11. 2) expresa: "Nadie será -- condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional e internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. (4)

En lo pertinente de la disposición "nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse -- no fueron delictivos según el Derecho Nacional" se recoge -- la fórmula latina con que nació el Principio de Legalidad -- "*Nullum crimen, sine praevia lege*"; y en lo pertinente "Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicada en el momento de la comisión del delito", la fórmula continuación de -- la anterior "*Nulla poena sine praevia lege*".

Con respecto a la referencia que se hace en el artículo al Derecho internacional, es obvio que sea así, puesto -- que la Declaración es de índole Universal, para ser aceptado por todos los países miembros de las Naciones Unidas. -- Veamos al respecto algunos de los considerandos del preámbulo de dicha Declaración; "CONSIDERANDO: que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconoci--

(4) Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada y promulgada el 10 de diciembre de 1948.

miento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana; *CONSIDERANDO*: Que los Estados Miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre; y *CONSIDERANDO*: Que una concepción común de estos derechos y libertades es de la mayor importancia para el pleno cumplimiento de dicho -- compromiso". El mismo énfasis de universalidad denota la Declaración en la parte "LA ASAMBLEA GENERAL proclama la presente DECLARACION UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto en los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción". (5)

Pero un valor jurídico que asista a la Declaración para obligar a un Estado Miembro al castigo de un hecho delictivo y a la aplicación de la pena correspondiente, solamente contemplados en el Derecho Internacional, y no en el Derecho interno de ese Estado, no existe, porque la Declaración no es más que una proclamación, sin valor jurídico que infiera en el orden jurídico constituido de un Estado Miem-

(5) *Ibídem.*

bro. Al respecto opina el brasileño Vicente Rao "La Declaración no tiene más valor que el de una enumeración de principios desprovista de fuerza obligatoria jurídicamente, sino moralmente, puesto que la Asamblea General de las Naciones Unidas no tiene en principio competencia legislativa, y sólo puede hacer recomendaciones", y el internacionalista suizo Guggenheim, expresa "Que la Declaración Universal no tiene el carácter de norma jurídica, que se trata de una recomendación hecha a los Estados". (6)

Con relación a los Derechos Civiles proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, y de los cuales forma parte integrante el *Nullum crimen...*, no hubo objeción en cuanto a su incorporación. Ya con anterioridad al documento en referencia, estos derechos habían obtenido su inscripción en muchos textos constitucionales que sufrieron la influencia de la trascendental Declaración de los Derechos del hombre y del Ciudadano.

b) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Las naciones americanas aprobaron el 2 de mayo de -- 1948, en la IX Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá, la "Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre".

Los esfuerzos realizados en la preparación y aprobación de la Declaración Americana fueron menores que los que

(6) Citados por García Bauer Carlos. Ob.Cit. Págs. 83 y 84.-

necesitó la "Declaración Universal de los Derechos Humanos". Y ésto se debió precisamente a la realidad existente en América. Los países americanos inclinados a la cultura occidental, cuando se preparó y aprobó la Declaración Americana habían inscrito ya, en sus respectivos textos constitucionales, si no todos, la mayoría de los derechos que la Declaración reconoce. En cambio, la Declaración Universal de Derechos Humanos encaraba una situación diferente; las tradiciones culturales de los países no eran las mismas, tenía que buscar un común denominador, que comprendiera los derechos de general observación en los países menos desarrollados, y además que los derechos puestos en vigor de los países más avanzados sirvieran de directriz, para que tuviera el respaldo de todos los países; (7) tarea sumamente delicada y compleja.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes -- del Hombre, en forma novedosa con relación a las declaraciones que le sirvieron de antecedente, la francesa y la de -- Virginia, se refiere no sólo a los derechos del hombre, sino también a sus deberes.

El contenido de la Declaración Americana es el siguiente: los artículos I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX, X, XVII, XVIII, XIX, XX, XXI, XXII, XXIII, XXIV, XXV, XXVI, y XXVII, reconocen los tradicionales Derechos Civiles y Políticos. Los Artículos XI, - XII, XIII, XIV, XV, y XVI hacen referencia a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El Artículo XXVIII, expresa

(7) García Bauer Carlos. Ob. Cit. Pág. 108.

una limitación de los derechos de cada hombre. El artículo XXIX, estatuye el deber que tiene toda persona de convivir con los demás. Y los artículos XXX, XXXI, XXXIII, XXXIV, XXXV, XXXVI, XXXVII, y XXXVIII, contienen Deberes Civiles y Políticos y Deberes Económicos, Sociales y Culturales.

En la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el reconocimiento del Principio de Legalidad de los delitos y de las penas, no aparece como en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En el Art. XXV, inciso primero se consigna que, "Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes". Y en el Art. XXVI, inciso segundo se expresa: "Toda persona acusada de un delito tiene derecho..., a ser juzgado por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes..." (8) La regla transcrita del artículo XXV, por su amplitud, comprende el precepto de que no puede haber delito ni pena sin una ley previa. Y la transcrita del artículo XXVI, reconoce una garantía extensiva del *Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*. Sin embargo en un documento de la altura de la Declaración Americana, debió consagrarse el precepto tradicional - del Principio de Legalidad de los delitos y de las penas.

La fórmula latina *Nullum crimen...* no la precisa la Declaración Americana, no obstante que la mayoría de los países americanos a la fecha de su aprobación ya lo habían he--

(8) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Aprobada en Bogotá, Colombia, el 2 de mayo de 1948.

cho en sus respectivas leyes fundamentales.

En cuanto al valor jurídico de la Declaración Americana, "no puede reconocérsele fuerza de obligatorio cumplimiento a los derechos y deberes que enumera como si constituyeran efectivas y perfectas normas jurídicas internacionales, tanto por razón de la forma en que se proclamó (en forma de Declaración) cuanto porque evidentemente no fue la intención de los países que la aprobaron con su voto que tuviera la validez de las normas consagradas en los tratados y que exigen mayores formalidades, por una parte, y de la subsiguiente aprobación y ratificación de los respectivos países conforme sus respectivos procedimientos constitucionales." (9)

c) Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

Los Ministros de Relaciones Exteriores de trece países europeos, miembros del Comité del Consejo de Europa, -- subscribieron en Roma, el 4 de noviembre de 1950, la "Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales" y posteriormente el 28 de noviembre, en París, por los dos miembros restantes, Suecia y Grecia.

Los derechos de propiedad, de educación y de elecciones libres, habían quedado excluidos de la Convención inicial, y el 20 de marzo de 1952, el Comité de Ministros aprobó, en París, el texto de un Protocolo anexo a la Convención. (10) A la Convención con su Protocolo se le ha dado el nom-

(9) García Bauer Carlos. Ob.Cit. Pág. 113.

(10) Pardos Pérez José Luis. Protección Internacional del Individuo. I Convención Europea de Derechos del Hombre y Libertades Fundamentales. Madrid. 1963. Pág. 124.

bre de "Carta Europea de la Libertad".

El 3 de septiembre de 1953, entró en vigor la Convención, al ser ratificada por Suecia, Noruega, la Gran Bretaña, Alemania, Grecia, Islandia, Luxemburgo, Dinamarca y el Sarre, que al 1º de enero de 1957 pasó a ser parte integrante de Alemania Federal; pero la fecha de su aplicación efectiva fue la del 5 de julio de 1955, cuando se aceptó la competencia para examinar peticiones individuales. El compromiso adquirido por esos países en el Estatuto del Consejo de Europa firmado en Londres el 5 de mayo de 1949, con relación al mantenimiento y observación de los Derechos Humanos, fue lo que hizo que se redactara la Convención. (11)

De suma importancia es conocer las dos opiniones existentes cuando se preparó el proyecto de Convención. La primera consistía en que la Convención contuviera declaraciones de principios generales, "enumeración" de los Derechos Humanos que debían ser respetados por cada Estado Miembro - en su respectiva jurisdicción, de acuerdo a su Derecho interno. Cada Estado atendiendo los principios generales acordados tutelaría el ejercicio de esos derechos. Se manifestó que la función primordial de la Convención era la creación de instituciones internacionales de control que estableciesen la jurisprudencia efectiva que protegiese en Europa los Derechos Humanos. La otra opinión consideraba que era esencial para la preparación de la Convención que los derechos que se pretendía proteger fuesen definidos claramente, así

(11) García Bauer Carlos. Ob. Cit. Págs. 127 y 128.

como también se indicasen las limitaciones de esos derechos. De tal manera, se decía, podría saberse el cúmulo de obligaciones a que quedaba sujeto cada Gobierno firmante. Se argumentaba por los defensores de esta segunda opinión, que la no definición de esos derechos impediría que cada país se enterara si sus leyes en vigencia eran o no consistentes con las obligaciones que se aceptaban en la Convención, y además el adoptamiento de las disposiciones necesarias para su observancia. Pero la imposibilidad de que se llegase a un acuerdo, motivó que las dos opiniones se refundieran en una sola. Ese texto que se formuló de las dos opiniones se denominó "texto de compromiso" y casi sin modificaciones constituyó el texto final de la Convención. (12)

La Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, reconoce los siguientes derechos: derecho a la vida; derecho a no sufrir torturas y tratos crueles; derecho a no sufrir esclavitud y servidumbre; derecho a la libertad y a la seguridad; derecho a la inviolabilidad de la persona y de su domicilio; derecho a la libertad de pensamiento, a la libertad de conciencia y a la libertad de religión; derecho a la libertad de expresión; derecho a la libertad de reunión y a la libertad de asociación; derecho al matrimonio; derecho a la propiedad; - derecho a la educación; y derecho a elecciones libres y secretas.

El Nullum crimen... se encuentra consagrado en el Art.

(12) *Ibíd.* Pág. 129.

7 de la Convención Europea, cuyo texto es el siguiente: "1) Nadie podrá ser condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueren delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. 2) Este artículo no se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas". (13)

Como puede verse la parte primera del artículo repite la parte segunda del Art. 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Lo único que cambia en las disposiciones, es que el artículo de la Convención al principio expresa: "Nadie podrá ser", y el de la Declaración Universal en la parte pertinente dice: "Nadie será". Situación ésta que en nada cambia el mismo tenor de ambas disposiciones.

Recoge, pues, el Art. 7 de la Convención, en su primera parte, en su completo y verdadero sentido, el Principio de Legalidad de los delitos y de las penas.

Con respecto a la segunda parte del artículo, la Convención trae la novedad de consentir que una persona sea enjuiciada y condenada "por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas".

(13) Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Suscrita en Roma, el 4 de noviembre de 1950.

El Nullum crimen... , sufre mengua con una disposición de tal índole. En los principios generales del Derecho no pueden darse las mismas características que se dan en las leyes; características que le dan a la ley la propiedad de ofrecer precisión y seguridad en beneficio de los individuos. Los principios generales del Derecho carecen de precisión y seguridad.

En el primer Considerando del preámbulo de la Convención Europea, se menciona la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, que le sirvió de fundamento; pero la Convención se diferencia de aquella, porque ésta contiene obligaciones específicas de carácter jurídico que los países firmantes deben obedecer. Hay un sometimiento de los países que firmaron la Convención, a un control internacional común, en lo referente a sus acciones en materia de Derechos Humanos.

d) Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos, elaborado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos.

El Consejo Interamericano de Jurisconsultos, en su tercera sesión plenaria aprobó el 8 de septiembre de 1959, el proyecto de Convención sobre Derechos Humanos, preparado por la Comisión Especial del Consejo. El representante uruguayo relator de la Comisión Especial Dr. Eduardo Jiménez de Aréchaga, presentó un anteproyecto a esa Comisión que sirvió de base al proyecto. El proyecto fue elaborado para someterse a la Undécima Conferencia Interamericana a celebrarse en Quito en febrero de 1960, habiéndose pospuesto la

referida Conferencia. (14)

Los derechos contenidos en el proyecto se encuentran distribuidos de la siguiente manera: los artículos 2,3,4,5, 6,7,8,9,10,11,12,13 ,14,15,16,17,18 y 19, tratan de los tradicionales Derechos Civiles y Políticos. Y los artículos 20, 21,22,23,24,25,26,27,28,29,30,31,32,33, se refieren a los Derechos que a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, son incluidos en Declaraciones posteriores a la par de los clásicos Derechos Civiles y Políticos. Es--tos Derechos son los Económicos, Sociales y Culturales.

Los Derechos Civiles y Políticos, se encuentran com--prendidos en el Capítulo I del proyecto. Los derechos trata--dos son: el derecho a no ser sometido a torturas, a tratos cruelles, inhumanos o degradantes; el derecho a no ser sometido a esclavitud o servidumbre; el derccho a no ser cons--treñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio; el de--recho a la libertad y a la seguridad p_{er}sonal; el derecho a que toda persona detenida será informada de las razones de su detención y notificada sin demora del cargo o cargos for--mulados en su contra; el derecho a que toda persona deteni--da o encarcelada por infracciones penales sea juzgada judi--cialmente; el derecho a la legalidad de detenciones; el dere--cho a que se presuma la inocencia mientras no se pruebe lo-- contrario; el derecho a no ser juzgado por tribunales de -- excepción o por comisiones especiales creados a dicho efeto; el derecho a la no retroactividad penal, etc.

(14) García Bauer Carlos. Ob. Cit. Pág.147.

El Principio del Nullum crimen... se encuentra formulado en el Art. 7 del proyecto que a la letra dice: "Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito". (15) Reproduciéndose el artículo 11, parte segunda de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y el artículo 7 de la Convención Europea, parte primera.

Se reconoce el Nullum crimen... en el proyecto, en la forma que fue creado para constituir una verdadera garantía de seguridad jurídica.

La aprobación del proyecto constituye "un paso decisivo en materia de protección de derechos humanos en el continente americano, de incalculables repercusiones". (16)

e) Proyecto de Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas.

Cumpléndose con los postulados de la Carta de San Francisco, las Naciones Unidas aprueban y promulgan el 10 de diciembre de 1948 "La Declaración Universal de los Derechos Humanos" como una primera parte de la preparación de una Carta Internacional de Derechos Humanos. Las otras dos partes de dicha Carta la forman "El Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales." Cada uno de estos Pactos contiene un preámbulo

(15) Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos, elaborado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos. Aprobado en Santiago de Chile, el 8 de septiembre de 1959.

(16) García Bauer Carlos. Ob. Cit. Pág. 147.

lo, una disposición que hace referencia al derecho de libre determinación, disposiciones de carácter general, disposiciones de fondo, medidas de aplicación y cláusulas finales. (17)

Con respecto al Pacto de Derechos Civiles y Políticos, que es el que nos interesa, hasta el año de 1960 se habían aprobado tanto el preámbulo como los catorce primeros artículos.

El Proyecto de Pacto de Derechos Civiles y Políticos, está constituido de seis partes, del modo siguiente: la parte I trata del derecho de libre determinación. La parte II - hace alusión a las garantías de orden interno de los países. La parte III se refiere a los Derechos Civiles Y Políticos Clásicos. Tanto la parte IV como la V, aluden a medidas de aplicación. Y la parte VI trata de las cláusulas finales.

La parte III contiene en los artículos 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25 y 26, los Derechos Civiles y Políticos, a cuya observación se obligan los países que ratifiquen el Pacto. Obligándose también a la extensión en que estos derechos se tutelan y las excepciones que se toleran en lo referente al respeto de esos derechos.

El *Nullum crimen...* se halla reconocido en el proyecto de Pacto, en el Art. 15 que literalmente expresa: "1) Nadie será objeto de ingerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada por actos y omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional, o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la a-

(17) *Ibidem*. Pág. 137.

plicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello. 2) Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales de derecho reconocidos por la comunidad internacional". (18)

La primera parte del artículo, reproduce la segunda parte del artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Así como la primera parte del artículo 7 de la Convención Europea. La única diferencia entre los artículos en la parte pertinente, se halle en cuanto a la expresión literal inicial; pero el sentido de las tres disposiciones es el mismo.

Al final de la parte primera del Art. 15 aludido, se reconoce en beneficio del delincuente la retroactividad de la ley penal.

Se reconoce en la parte primera del Art. 15, la garantía de seguridad que ofrece el *Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*.

Ahora bien, con respecto a la segunda parte del artículo se reproduce el número dos del artículo 7 de la Convención Europea, apartándose de este modo de la concepción tradicional del *Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*.

(18) Proyecto de Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas. Este proyecto se encuentra en discusión.

*Las mismas razones para objetar la inclusión en un do
cumento de esta naturaleza, de una disposición en los térmi
nos del número 2 del Art. 15, hecha a la disposición similar
del Art. 7 de la Convención Europea, son valederas en el ca
so de este artículo del proyecto de Pacto de Derechos Civi-
les y Políticos de las Naciones Unidas.*



CAPITULO IV

EL NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE PRAEUIA LEGE EN EL
DERECHO CONSTITUCIONAL CENTROAMERICANO.

a) *Antecedentes históricos.* b) *Derecho Constitucional Vigente.* c) *Ley Secundaria Salvadoreña.*

a) *Antecedentes Históricos.*

A raíz de la convocatoria a Cortes Generales y extraordinarias, denominadas Cortes de Cádiz, por la Junta Central de Sevilla (Junta Central Gubernativa de España) el 29 de enero de 1810, y reiterada por el Consejo de Regencia Provisional, en Decreto del 14 de febrero de 1810; el Capitán General de Guatemala don Antonio González Mollinedo, comunicó dicha convocatoria -que consistía en que los americanos podían integrar la Asamblea por medio de un diputado que representaría a cada provincia- a las provincias del Reino de Guatemala, con fecha 22 de mayo de 1810; y reafirmando González Mollinedo, la comunicación de la convocatoria el 4 de junio del mismo año. Habiendo entonces el Reino de Guatemala -elegido a los siguientes diputados que habían de representarlo: presbítero don Mariano Robles, por Chiapa; don Antonio -Larrazábal y Arrivillaga, por Guatemala; presbítero don José Ignacio Avila, por El Salvador; don Francisco Morejón, por -Honduras; don José Antonio López de la Plata, por Nicaragua; y don Florencio del Castillo, por Costa Rica. (1)

(1) Gallardo Ricardo. *Las Constituciones de la República Federal de Centroamérica.* Instituto de Estudios Políticos. Madrid. Tomo I. Págs. 89 y 90.

Particular importancia tiene para el desarrollo de este punto, la actuación del diputado Larrazábal, electo Presidente de las Cortes de Cádiz en la sesión del 4 de octubre de 1811. La destacada actuación de Larrazábal, como Presidente que fue de las Cortes y miembro de la Comisión redactora de la Constitución de Cádiz de 1812, dice nuestro excelso - Francisco Gavidia, permitió que el doctor José María Peinado y Pezonarte, que redactó la Declaración de Derechos del Hombre, que llevó de instrucción el diputado Larrazábal, tuviese gran influencia en la elaboración de la Constitución. Peinado y Pezonarte era a la sazón Intendente de San Salvador, y gran amigo del prócer José Matías Delgado y de los salvadoreños. El mismo Gavidia en su obra "Historia Moderna de El Salvador", hace referencia a los altos elogios que tal Declaración mereció, y la transcribe íntegramente. Nosotros de la obra del maestro, transcribimos únicamente lo que consideramos de importancia de la Declaración, para el punto en desarrollo. Las cláusulas de la Declaración que transcribimos se enumeran así:

"III. El gobierno es obra del hombre, se estableció para su conservación y tranquilidad. La conservación mira a la existencia; y la tranquilidad al goce de sus derechos naturales e imprescriptibles.

IV. Estos derechos son: la igualdad, la propiedad, la seguridad y la libertad.

V. La igualdad consiste en que la ley debe ser la misma para todos; ya proteja, ya castigue, no puede ordenar sino lo que es justo y útil a la sociedad; ni prohibir sino lo

que le es perjudicial.

VI. La libertad es la facultad de hacer cada uno todo lo que no daña los derechos de otro. Tiene por principio la naturaleza; por regla la justicia, por garantía la ley. Su límite moral se comprende en esta máxima: "no hagas á otro lo que no quieres que te hagan".

VII. La justicia natural se viola cuando una parte de la nación pretenda privar a la otra del uso de sus derechos de propiedad, libertad y seguridad.

VIII. La seguridad consiste en la protección concedida por la sociedad a cada uno de sus miembros y a sus propiedades.

X. Todo procedimiento del Magistrado contra un ciudadano, fuera del caso de la ley y sin ritualidades de ella, es arbitrario y tiránico.

XII. La ley no debe establecer sino penas útiles y evidentemente necesarias. Las penas deben ser proporcionadas a los delitos y provechosas a la sociedad.

XIV. Todo individuo de la sociedad, fuera cual fuera el lugar de su residencia o de su naturaleza, debe gozar de una igualdad perfecta de sus derechos naturales, bajo la garantía de la sociedad.

XV. La garantía social consiste en la acción de todos, para asegurar a cada uno en el goce y conservación de sus derechos.

XVI. La opresión de un ciudadano ofende al cuerpo social y la sociedad debe reclamarlo. Cualquier individuo de

la sociedad tiene derecho a esta reclamación, porque la opresión de un ciudadano, atenta a la seguridad de los demás.

XVII. La garantía social no existe si los límites de las funciones públicas no están determinados por la ley y la responsabilidad de todos los funcionarios no está asegurada". (2)

La influencia de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, se había empezado a sentir en América, desde 1797 en que se hacen las primeras traducciones. Si alguna inquietud existió en las américas, antes de conocerse los principios consagrados en la Declaración Francesa, al circular ésta en toda América, no se acalló -- más el grito desesperado que pedía el rompimiento de las cadenas que oprimían a los pueblos americanos. Dice Gallardo, que el proceso que por imprimir traducciones de la susodicha Declaración, se incoó a Nariño en América del Sur, fue ampliamente conocido y ocasionó el más hondo desagrado en el pueblo centroamericano, al grado que don José María Peinado, regidor perpetuo del Ayuntamiento de Guatemala, no titubeó en suscribir junto con otros criollos, la célebre Declaración que se remitió a las Cortes de Cádiz, por medio de don Antonio Larrazábal y Arribillaga. Habiendo sufrido los que elaboraron la Declaración muchas peripecias y castigos. (3)

(2) Gavidia Francisco, Historia Moderna de El Salvador. Imprenta Meléndez, San Salvador. Año MCMXVII. Tomo I.- Págs. 159.162 y 163.

(3) Gallardo Ricardo. Ob. Cit. T. I. Págs. 309 y 310.

Las cláusulas transcritas de la Declaración de los Derechos del Ciudadano que se redactó en forma de proyecto en Centroamérica, reflejan el estado de cosas reinante en estos suelos durante la época colonial, que no era garante de los derechos más esenciales del ser humano. La cláusula X, de la Declaración que establece que el Magistrado en todo procedimiento incoado contra un ciudadano, que no se circunscriba a los casos previstos por la ley y sin ajustarlo a las formalidades por ella señaladas, actúa arbitraria y tiránicamente; es en forma rudimentaria la expresión del Principio de Legalidad de los delitos y de las penas. Además de las otras cláusulas que al escudriñarse dejan entrever el Principio, tal se ve que asoma en las cláusulas III, IV, V, VI, VII, VIII y XVII, que son reglas justas que claman respeto y protección para la dignidad del ser humano, desprovisto de verdaderas garantías frente a las arbitrariedades de los detentadores del poder durante el tutelaje español.

Pero veamos, como en una pequeña isla de España llamada de León, vecina a Cádiz, se instalaron las Cortes Generales y Extraordinarias, conocidas con el nombre de Cortes de Cádiz, el 24 de septiembre de 1810; habiéndose trasladado a la ciudad de Cádiz el 24 de febrero de 1811, reuniéndose allí en la iglesia de San Felipe de Neri. Las Cortes debían elaborar y promulgar una constitución, mediante la cual España respondería al golpe legislativo y usurpador realizado al decretarse la Constitución de Bayona. Las Cortes disiparon al comienzo la desconfianza existente entre América y Es

paña, provocada por la Junta Central y el Consejo de Regencia. (4)

La Constitución de Cádiz o Código Gaditano, fue aprobado totalmente el 13 de enero de 1812, pero no se promulgó sino hasta el 19 de marzo de 1812. Al pie de dicho texto -- constitucional se leen los nombres de los diputados propietarios que en nombre de las provincias del Reino de Guatemala, lo suscribieron con su firma; siendo ellos: don Antonio Larrazábal, por Guatemala; don Florencio Castillo, por Costa Rica; don José Ignacio Avila, por El Salvador; don Francisco Morejón, por Honduras; don José Antonio López de la Plata, por Nicaragua; y don Manuel Llano, por Chiapa. (5) - El doctor Gallardo apunta, que cuando en las provincias de Guatemala se recibió el citado texto constitucional, el 10 de septiembre de 1812, fue acogido en medio de un delirio indescriptible, procediéndose el día 24 del mismo mes y año a su jura, de acuerdo a lo ordenado por las Cortes. Anotando el mismo autor que: "La Constitución de Cádiz fue un verdadero pacto, según la ideología que estaba en moda entre los Próceres centroamericanos, que había sido suscrito, por una parte, por la Monarquía española, a través de sus Cortes, y por otra, por América, representada debidamente gracias a sus diputados legalmente elegidos. El incumplimiento del referido pacto sólo podía conducir al desquiciamiento total - de la Nación española, al rompimiento de la unidad, a la pro

(4) *Ibidem*. Págs. 79, 80 y 90.

(5) Alvarez Lejarza Emilio. *Las Constituciones de Nicaragua. Constitución de Cádiz de 1812*. Ediciones Cultura - Hispánica Madrid 1958, Págs. 296, 297, 299 y 300.

clamación de la Independencia, y ésto fue lo que sucedió". (6)

Si bien es cierto, que la Constitución de Cádiz o Código Gaditano no contiene un apartado separado referente a los derechos del ciudadano -como la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica y la de la Revolución Francesa- en el articulado se encuentran reconocidos algunos derechos.-

La Constitución de Cádiz nos regía, por cuanto en el Art.10 se expresa: " El territorio Español comprende... En la América Septentrional: Nueva España con la Nueva Galicia y - Península de Yucatán, Guatemala, Provincias Internas de Oriente, Provincias internas de Occidente, Isla de Cuba con las dos Floridas, ...". El que se nos tomase en cuenta y se nos concediesen derechos hizo que este Código Político fuese bien visto por los habitantes de las Provincias del Reino de Guatemala. Con respecto al Principio de Legalidad de los delitos y de las penas se encuentra reconocido rudimentariamente en el Art.172, que señala las restricciones de la autoridad del Rey; y propiamente en la regla undécima que prescribe que el Rey no puede privar a ningún individuo de su libertad ni imponer por sí pena alguna. Restricción que el Rey conforme el juramento que señala el Art. 173 se obliga a respetar. En el Art. 243, que literalmente dice: " Ningún Español podrá ser juzgado en causas civiles ni criminales por ninguna Comisión, sino por el tribunal competente, determinado con anterioridad por la Ley". Y en el Art. 287, que sienta el --

(6) Gallardo Ricardo. Ob. Cit. T. I. Págs. 41 y 102.

precepto de que ningún español podrá ser preso sin que preceda información sumaria del hecho. (7) Como puede observarse el texto constitucional de Cádiz, estaba muy lejos de determinar en forma precisa y contundente el Principio.

Una serie de causas de diversa índole, viene a motivar la emancipación centroamericana del yugo español. No más tutelaje político y económico extranjero es el grito que nace de las gargantas de nuestros próceres. Y es a partir del otorgamiento del Acta de Independencia, de fecha 15 de septiembre de 1821, que nuestros pueblos inician la marcha de su vida independiente.

Emancipada Centroamérica de España, se originan de conformidad a los hechos históricos los manantiales que inspirarían la vida constitucional de la nueva Nación durante su marcha independiente. Surge a partir de la gesta emancipadora un período de gran importancia para los pueblos centroamericanos, ya que el contenido, apunta Gallardo, del Acta de Independencia, en lo tocante a disposiciones vinculadas estrechamente con el régimen que imperaría en la Federación y a los demás preceptos de diversa naturaleza, tendría suma trascendencia jurídica en la trayectoria que después siguieron estos pueblos. (8)

Obtenida la Independencia, el orden constitucional reinante fue el del Código Político de Cádiz. La cláusula séptima del Acta de Independencia expresa: "Que entretanto, no haciéndose novedad en las autoridades establecidas, sigan éstas

(7) Alvarez Lejarza Emilio. Ob. Cit. Constitución de Cádiz de 1812.

(8) Gallardo Ricardo. Ob. Cit. T. I. Pág. 153.

ejerciendo sus atribuciones respectivas, con arreglo a la Constitución, decretos y leyes, hasta que el Congreso indicado determine lo que sea más justo y benéfico." Claramente desde la cláusula que las autoridades ejercerán sus atribuciones con arreglo a la Constitución, que no era otra, más que la de Cádiz de 1812.

La cláusula segunda del Acta, expresa la determinación de que se haga del conocimiento de las provincias, que sin demora alguna, procedan a elegir diputados o representantes, para que concurran a la capital (Guatemala) con el objeto de formar el Congreso que decidirá el punto de Independencia general y absoluta, y a la fijación, en caso de acordada, de la forma de gobierno y la ley fundamental que deba regir. En dicha cláusula, se aprecia el esmero de los que suscribieron el Acta, por establecer los basamentos en que debía fincarse la fortaleza de toda la normación jurídica inmediata que regiría la vida independiente de nuestros pueblos. Expresándose además en la cláusula sexta, que en atención a la gravedad y urgencia del asunto, las elecciones de los diputados se deben hacer, de modo que el día primero de marzo (1822) estén reunidos en la capital (Guatemala) todos los diputados o representantes.

A las pocas semanas de suscribirse el Acta de Independencia se suscitan en Centroamérica acontecimientos políticos y militares, de gran trascendencia histórica, pero que por no ser materia de nuestro trabajo omitimos ocuparnos de ellos. Interesándonos sí, el período pre-constitucional (1823-1824), porque dio como uno de sus frutos la Constitu-

ción Federal de 1824.

En la ciudad de Guatemala se había reunido el 24 de julio de 1823, el Congreso Nacional integrado por sesenta y cuatro diputados y era presidido por el presbítero don José Matías Delgado. Dicho Congreso había adoptado la denominación de Asamblea Nacional Constituyente, por Decreto del 2 de julio de 1823, que después de laborar durante diecinueve meses, debía clausurar sus sesiones el 23 de enero de 1825, después de la promulgación de un número reducido de leyes de suma importancia; así como también de la Constitución Federal. Al mismo tiempo que el Congreso Nacional asumía el nombre de Asamblea Nacional Constituyente por el Decreto mencionado, se decretaba la división del Poder en tres poderes: el Legislativo encomendado a la Asamblea Nacional, el Judicial a la Alta Corte y Tribunales subalternos, y el Ejecutivo a un Presidente. El cargo de Presidente recayó en el General Manuel José Arce, pero por hallarse éste ausente del país, fueron designados como suplentes los doctores Antonio Larrazábal, Pedro Molina y el salvadoreño Juan Vicente Villacorta. Larrazábal fue sustituido por don Antonio Rivera Cabezas por haber dimitido. (9)

Por Decreto emitido el 4 de octubre de 1824, la Asamblea Nacional Constituyente se declaró en sesión permante, habiendo promulgado la Constitución Federal de Centroamérica, el 22 de noviembre de 1824, que rigió los destinos de Centroamérica Federada, no obstante que tanto el Partido --

(9) *Ibidem.* Págs. 241, 242 y 283.

Conservador como el Liberal, que sucesivamente estuvieron en el poder la irrespetaron y adversaron sus principios.

La Constitución Federal de 1824, de corte liberal como todas las que sufrieron la fuerza influenciadora de la Revolución Francesa, en el preámbulo dice: que fue proclamada para promover la felicidad del pueblo de Centroamérica "sostenerle en el mayor goce posible de sus facultades, afianzar los derechos del hombre y del ciudadano sobre los principios inalterables de la libertad, igualdad, seguridad y propiedad; establecer el orden público y formar una perfecta federación".

Ahora bien, veamos si en este texto constitucional se encuentra consagrado el *Nullum crimen...* En el Título X, denominado "Garantías de la libertad individual. Sección Única" y en el Título XI "Disposiciones generales. Sección Única", el texto presenta un aspecto no muy avanzado, en cuanto a garantías individuales. Puede apreciarse que la libertad de la persona humana es el bien más caro. En el Título X se expresa, que no hay distinción entre ciudadanos y habitantes de la República, pues sin distinción alguna, todos están sometidos al mismo orden de procedimientos y de juicios que determinan las leyes; se enuncian garantías para el arresto y detención de las personas; para el aprehendido y el derecho que éste tiene para no ser atropellado; para la inviolabilidad del domicilio y la correspondencia; para la conciliación en todo juicio civil o que verse sobre injurias; se establece el arbitraje en todo juicio civil; la garantía de que unos mismos jueces no pueden serlo en dos di-

versas instancias. En el Título XI, se amplían las anteriores garantías y además se comprenden nuevos derechos. Se establece que no podrán el Consejo, las Asambleas ni las demás autoridades: coartar en ningún caso ni por pretexto alguno la libertad del pensamiento o expresión; suspender el derecho de petición; prohibir la emigración al extranjero; tomar la propiedad de ninguna persona o el abuso indebido; establecer vinculaciones, dar títulos que sean hereditarios; permitir el uso del tormento y los apremios, imponer confiscaciones de bienes, azotes y penas crueles; conceder por tiempo ilimitado privilegios exclusivos a compañías de comercio; dar leyes de proscripción retroactivas ni que hagan trascendental la infamia. En el mismo Título XI, se prescribe que no se podrán, sino en caso de tumulto, rebelión o ataque con fuerza armada a las autoridades constituidas; desarmar a ninguna población; impedir las reuniones pacíficas; dispensar las formalidades establecidas por la ley para allanar la casa de las personas; registrar su correspondencia, reducirla a prisión o detenerla; formar comisiones o tribunales especiales para conocer en determinados delitos, o para alguna clase de personas. El último Art. del Título X, establece que las garantías enunciadas ninguna ley del Congreso ni de las Asambleas las puede contrariar, pero si ampliarlas o dar otras nuevas.

La regla últimamente aludida, refleja la inquietud del legislador centroamericano por dar todas las garantías individuales posibles, pero los problemas reinantes de la época inclinaban en mayor grado la voluntad del Legislador para -

tratar en materia constitucional preferentemente el aspecto orgánico que el dogmático. Y no podía ser de otro modo, puesto que lo que se buscaba era poner los pilares en que descansaría la buena marcha encauzada en el Derecho de nuestros pueblos.

En las garantías contenidas en la Constitución Federal de 1824, no aparece tampoco precisado el *Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*.

El 13 de febrero de 1825, siendo Presidente el General Francisco Morazán, se reformó la Constitución de 1824. Las reformas nunca entraron realmente en vigor, no obstante que el proyecto de 1835 fue aprobado por el Congreso, ya que no fue sancionado por las respectivas Asambleas de los Estados, excepto Costa Rica y Nicaragua, debido a las discordias políticas existente entre ellos, (10) no llenándose por tanto los requisitos exigidos en el Art. 202 de la Constitución de 1824. En materia de garantías las reformas de 1835 no cambian los preceptos de la de 1824.

La lucha fratricida desatada por una serie de causas, entre las que se cuentan, la ambición que motivó el odio implacable entre conservadores y liberales; la falta de respeto a la Constitución; la falta de un plan de acción a seguir; las intrigas; el caudillismo, etc. ocasionaron el caos en los cinco Estados que formaban la República Federal de Centroamérica. La Federación no pudo resistir más y expiró, co

(10) *Ibíd.* Págs. 284 y 285.

mo dice Gallardo, por muerte constitucional, por Decreto -- del 30 de mayo de 1838, pues el Congreso Federal, reunido en San Salvador declaró: "Son libres los Estados para constituirse del modo que tengan por conveniente, conservando la forma republicana popular, representativa y división de poderes". El mismo autor advierte que la fecha mencionada no tiene más que un valor pragmático y conceptual, magnífica para que los historiadores inspirados exclusivamente en las formalidades de los principios, la retengan. La Federación se mantuvo con posterioridad al Decreto del 30 de mayo, hasta que en San José, Costa Rica, el 15 de septiembre de 1842, fue pasado por las armas el General Morazán. La misma fecha de aniversario de la Independencia de Centroamérica --el veintiuno-- cae el caudillo, sin haber sido oído ni vencido en juicio, (11) víctima de las intrigas y de la manera más injusta, no obstante que en Costa Rica estaba vigente la "Ley de Bases y Garantías" emitida el 8 de marzo de 1841, que en el Art. 2 N^o 2, fracción 8 dice: "que los costarricenses tienen derecho para que en toda especie de procedimientos, se les oiga por sí, ó por defensor o personero; y en los criminales se les informe de la causa de ellos, no se les impida probar su inocencia, ni se les compela con tormentos a declarar contra sí mismos". La misma ley en el mismo artículo y número, fracción 9 expresa el derecho de los costarricenses "para que no se les juzgue por ley después del hecho o retroactiva". Morazán no era costarricense, pe

(11) *Ibíd.* Pág. 268.

ro sí, centroamericano, y es fusilado violentándose los derechos del hombre y del ciudadano a que se refiere el preámbulo de la Constitución Federal de 1824.

Nicaragua fue el primer Estado que quebrantó el Pacto Federal -con anterioridad al Decreto del Congreso Federal - del 30 de mayo de 1838- pues el 4 de diciembre de 1837, la Asamblea Nicaragüense, lo declaraba soberano, libre e independiente, ratificando dicha decisión el 30 de abril de -- 1838; Honduras rompió el Pacto Federal el 5 de noviembre de 1838; Costa Rica el 14 de noviembre de 1838; Guatemala el - 17 de abril de 1839. (12) El Salvador incomprendido, solo y aislado siguió siendo miembro jurídicamente de una Federa-- ción que solamente de nombre existía, y con fecha 18 de febrero de 1841, proclamó su segunda Constitución en la que - se declaraba el pueblo de El Salvador, soberano, libre e in dependiente, constituyéndose en Estado Autónomo. Cayéndose, como dijo el abogado Carlos Alberto Uclés, con la división de la Patria Grande, en cinco países independientes; en "un absurdo político, social y económico; sin misión alguna en la Historia Universal". (13)

Un nuevo intento de unificación centroamericana ocu-- rre con la promulgación de una nueva Constitución Federal, en Managua, Nicaragua, el 27 de agosto de 1898, que comprendía los Estados de Honduras, Nicaragua, y El Salvador, y no

(12) Ibíd. Págs. 272, 274, 276 y 278.

(13) Cit. por Merlos Salvador Ricardo. El Constitucio nalismo Centroamericano en la Mitad del Siglo XIX. Revista de la Universidad de El Salvador. Nos. 3 y 4. Año 1960.

al de Guatemala y al de Costa Rica. De conformidad al Art. 1 de esta Constitución los Estados de Honduras, Nicaragua y El Salvador, se constituyen en República Federal, con el nombre de Estados Unidos de Centroamérica. Y empezó a regir según lo expresa el Art. 154, el 1º de noviembre del mismo año, para los tres Estados Unidos de Centroamérica, habiendo cesado su aplicación el 30 de noviembre del mismo año -- que se declaró disuelta la Federación. (14)

En el texto constitucional de 1898, el Art. 15 reconoce la garantía de seguridad individual. Con respecto a la consagración del Principio de Legalidad de los delitos y de las penas, lo encontramos bastante bien precisado en lo tocante a algunas cuestiones que encierra, en el Art. 26 "Quedan prohibidas en la República las penas perpetuas, la fustigación y toda especie de tormento". En el Art. 27. "Ninguna persona puede ser privada de su libertad ni de su propiedad, sin ser previamente oída y vencida en juicio, conforme a las leyes,..." En el Art. 28. "Nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante tribunal competente y con las formas propias del juicio respectivo". Y en el Art. 34. "Las leyes no pueden tener efecto retroactivo,..." El texto trae en el Art. 42 un precepto que permite que otros derechos y garantías que no hayan sido enumerados, no queden excluidos, siempre que nazcan del principio de la soberanía del pueblo, y de la --

(14) Gallardo Ricardo. Ob. Cit. T. I. Pág. 286.

forma republicana de gobierno adoptada. (15)

En un esfuerzo más de unificación, los representantes del pueblo de los Estados de Guatemala, El Salvador y Honduras, reunidos en Asamblea Constituyente y en cumplimiento del Pacto de Unión, suscrito en San José de Costa Rica el 19 de enero de 1921, decretaron para celebrar el primer Centenario de la Independencia de Centro América, en Tegucigalpa, con fecha 9 de septiembre de 1921, una Constitución Federal. El artículo primero de dicha Constitución dice: "Los Estados de Guatemala, El Salvador y Honduras, en unión perpetua e indisoluble, constituyen una Federación Soberana e Independiente que se denomina República de Centroamérica". La capital de la República, expresa el Art. 5 será la ciudad de Tegucigalpa.

Esta Constitución en el Título IV, denominado "De los Derechos y Garantías" reconoce la garantía de seguridad individual y el derecho de defensa judicial. (Art. 32). Con relación a la consagración del Principio en estudio, la Constitución lo expresa comprendiendo algunas de las cuestiones que el Principio encierra. Lo consignan las disposiciones siguientes: Nadie puede ser juzgado sino es de conformidad a las leyes preexistentes y por el tribunal competente. -- (Art. 4) Las leyes no pueden tener efecto retroactivo. (Art. 48) Se prohíbe absolutamente la aplicación de penas crueles, tormentos y rigores indebidos. (Art. 57) Ninguna persona puede ser privada de sus derechos, sin ser previamente oída y

(15) *Ibídem.* T. 2. Constitución Política de los Estados Unidos de Centroamérica.

condenada en juicio con arreglo a las leyes. (Art. 58). La Constitución trae en el Art. 66, un precepto similar al del Art. 42 de la Constitución de 1898, que no excluye derechos y garantías, no enumerados, que nacen del principio de la soberanía popular y de la forma republicana de Gobierno. (16)

La escasez de recursos bibliográficos nos ha impedido hacer un estudio del desarrollo constitucional del *Nullum crimen, nulla poena, sine praevia lege*, en cada uno de los países centroamericanos a partir de la independencia de la dominación española.

b) Derecho Constitucional Vigente.

El *Nullum crimen...* ha sido adoptado por un sinnúmero de países democráticos entre los que se cuentan los cinco países centroamericanos que otrora constituyeron la patria grande, sueño de Morazán.

Antes de pasar a ocuparnos de la forma en que dicho Principio, ha sido reconocido en las Constituciones Políticas, en vigor, de cada uno de los países del istmo centroamericano, es conveniente que recordemos la enorme importancia del Derecho Penal -que trata del estudio del delito, -- del delincuente y de la pena- debido a su profunda repercusión en la vida del individuo en sociedad. En vista de lo anterior, el Derecho Constitucional, y ya de manera concreta la Ley Fundamental de cada país, traza la dirección que debe tomarse para que la ardua tarea de administrar justicia se imparta dentro de los cánones impedidores del abuso desme

(16) *Ibídem.* T. 2. Constitución Política de la República de Centroamérica.

dido al sancionarse a los individuos por sus conductas dañinas a la sociedad. Decíamos en Capítulo anterior que una de las características del Derecho Penal liberal, formado en el enciclopedismo francés y el iluminismo alemán, a través de los cuales renació la personalidad humana, y que nació concretamente con la Revolución Francesa, es el Principio de Legalidad, que constituye la esencia de la libertad del ente humano; y que frente a este Derecho Penal surge en los países de ideas totalitarias un Derecho Penal autoritario -Derecho que establece una especie de declaración de los derechos del Estado absoluto frente y en oposición de los reconocidos derechos del hombre- que coloca frente al Principio de Legalidad el de Autoritarismo. Y dijimos también en Capítulos anteriores que el Principio de Legalidad de los delitos y de las penas se encuentra expresado en la fórmula latina "Nullum crimen, nulla poena, sine praevia lege", cuya mera expresión literal es "No hay delito, ni pena, sin ley previa". Y además que, son expresiones clásicas del Principio "Nemo iudex sine lege" (ningún Juez sin ley o nombramiento legal); "Nemo damnatur sine legale iudicium" (nadie será condenado sin juicio legal); "Nulla poena sine iudicium" (ninguna pena sin juicio). Así como señalamos que, además de la regla que estatuye que no se podrá castigar como delitos, los hechos o actos que no se hallan sancionados por una ley previamente establecida, ni tampoco se pueden imponer penas que previamente no las haya expresado la ley; señalamos también que, son cuestiones comprendidas por el Principio en estudio, la irretroactividad de la ley penal y la no aplicación de la analogía.

Hecha la leve ojeada anterior, pasamos al desarrollo propio del presente literal.

El Principio de Legalidad de los delitos y de las penas se encuentra reconocido en las Constituciones Políticas de las Repúblicas de Centroamérica, así;

CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA DE GUATEMALA, emitida el 15 de septiembre de 1965, en el Título II, denominado "GARANTIAS CONSTITUCIONALES". Capítulo I, denominado "Garantías y Derechos individuales".

Art. 43 inc. 2. "El Estado Garantiza como derechos inherentes a la persona humana; la vida, la integridad corporal, la dignidad, la seguridad personal y la de sus bienes".

Art. 45. inc. 1. "Toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe. Ninguno está obligado a cumplir ni acatar órdenes o mandatos que no estén basados en la ley. Nadie puede ser perseguido o molestado por sus opiniones o por actos que no impliquen infracción de la ley".

Art. 46. "Nadie puede ser detenido o preso sino por causa de delito o falta, en virtud de mandamiento o apremio, librados con arreglo a la ley por autoridad judicial competente. No será necesaria la orden previa en los casos de flagrante delito o falta, o de reo prófugo. Los detenidos deberán ser puestos inmediatamente a disposición de la autoridad judicial y reclusos en centros destinados a prisión preventiva, distintos de aquellos en que han de cumplir las condenas".

Art. 48. "La ley no tiene efecto retroactivo, salvo en

materia penal cuando favorezca al reo”.

Art. 49. inc. 1. "No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delitos o faltas y penadas por la ley anterior a su perpetración”.

Art. 52. "No podrá dictarse auto de prisión sin que preceda información de haberse cometido un delito, y sin que concurran motivos suficientes para creer que la persona detenida lo ha cometido o participado en él”.

Art. 53. "Es inviolable la defensa de la persona y sus derechos. Ninguno puede ser juzgado por comisión o por tribunales especiales.

Nadie podrá ser condenado sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal seguido ante tribunales o autoridades competentes y preestablecidas, en el que se observen las formalidades y garantías esenciales del mismo; y tampoco podrá ser afectado temporalmente en sus derechos, sino en virtud de procedimiento que reúna los mismos requisitos”.

Art. 55. inc. 2. "A ningún detenido o preso podrá impedírsele la satisfacción de sus funciones naturales. Tampoco podrá infligírsele torturas físicas o morales, trato cruel, castigos o acciones infamantes, molestias o caacción, ni obligársele a trabajos perjudiciales a su salud o incompatibles con su constitución física o con su dignidad, o hácersele víctima de exacciones ilegales”.

Art. 77. inc. 1. "Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana”.

CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR, promulgada el 8 de enero de 1962, en el Título X, denominado "REGIMEN DE DERECHOS INDIVIDUALES".

Art. 152. "Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni a privarse de lo que ella no prohíbe".

Art. 164. inc. 1. "Ninguna persona puede ser privada de su vida, de su libertad, ni de su propiedad o posesión, sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes; ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa."

Art. 166. inc. 1. "Ningún poder, autoridad o funcionario podrá dictar órdenes de detención o prisión si no es 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".

Art. 168. inc. 2. "Se prohíbe la prisión por deudas, las penas perpetuas, las infamantes, las proscriptivas y toda especie de tormento".

Art. 169. "Nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate, y por los tribunales que previamente haya establecido la ley".

Art. 172. "Las leyes no pueden tener efecto retroactivo, salvo en materias de orden público, y en materia penal cuando la nueva ley sea favorable al delincuente".

CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA DE HONDURAS, e-

mitda el 3 de junio de 1965, en el Título III, denominado - "DECLARACIONES, DERECHOS Y GARANTIAS" Capítulo I, III y IV, denominados "DECLARACIONES" "SEGURIDAD INDIVIDUAL" y "LIBERTAD" respectivamente.

Art. 51. "La Constitución garantiza a los hondureños y extranjeros residentes en el país, el derecho a la inviolabilidad de la vida, a la seguridad individual, a la libertad, a la igualdad ante la ley y a la propiedad".

Art. 52. "Las declaraciones, derechos y garantías que enumera esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos no especificados, que nacen de la soberanía nacional, de la forma republicana y democrática de gobierno y de la dignidad del hombre".

Art. 57. inc. 1 y 2. "La libertad personal es inviolable y sólo con arreglo a las leyes podrá ser restringida o suspendida temporalmente.

El Derecho de defensa es inviolable".

Art. 59; inc. 1. "Nadie puede ser juzgado sino por Juez o Tribunal competente, de acuerdo con la ley y con las formalidades y garantías que ésta establezca."

Art. 60. "Toda persona acusada de delito tiene derecho a que no se prejuzgue su responsabilidad, considerándose como inocente mientras no se pruebe lo contrario".

Art. 61. "No podrá proveerse auto de prisión, sin que preceda plena prueba de haberse cometido un crimen o simple delito que merezca pena de privación de la libertad y sin que resulte indicio racional de quien sea su autor. En la -

misma forma se hará la declaratoria de reo".

Art. 62. "Nadie podrá ser arrestado, detenido o preso sino en virtud de mandato escrito de autoridad competente, - expedido de acuerdo con las formalidades legales y por motivo previamente establecido en la ley".

Art. 65. inc. 2. "Se prohíbe absolutamente la fustigación y toda clase de tormentos. En consecuencia, quedan prohibidos los grilletes, las cadenas y todo rigor indebido. - La contravención de estas disposiciones será penada por la ley".

Art. 70. "A nadie se impondrá pena alguna sin haber sido oído y vencido en juicio y sin que le haya sido impuesta por sentencia ejecutoriada de Juez o autoridad competente, exceptuándose el apremio en casos de rebeldía y otras medidas de igual naturaleza en materia de policía".

Art. 74. "Ninguna ley tiene efecto retroactivo, excepto en materia penal cuando la nueva ley favorezca al delincuente o procesado.

Art. 84. inc. 1. "Todos los hondureños tienen derecho a hacer lo que no perjudique a otro, y nadie estará obligado a hacer lo que no estuviere legalmente prescrito, ni impedido de ejecutar lo que la ley no prohíbe".

CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA DE NICARAGUA, emitida el 1º de noviembre de 1950, en el Título IV, denominado "Derechos y Garantías".

Art. 38. "El Estado garantiza la libertad individual. Esta no puede ser restringida sino conforme a las leyes".

Art. 39. "Nadie puede ser detenido sino mediante mandamiento escrito de funcionario competente. En caso de flagrante delito, el hechor puede ser arrestado aun por cualquier particular para entregarlo a la autoridad que tenga facultad de arrestar.

Todo mandamiento de detención que no emane de autoridad competente o que no se hubiese dictado con las formalidades legales, es punible".

Art. 42. "Sólo se castigarán las acciones u omisiones declaradas punibles por ley anterior a su comisión".

Art. 43. "El proceso será público. El reo, por sí o por medio de defensor, tendrá derecho de intervenir aun en el sumario".

Art. 46. "No podrá decretarse auto de prisión sin estar plenamente comprobado el cuerpo del delito y sin que exista al menos, presunción grave de quién sea el autor".

Art. 48. "Nadie puede ser sustraído a su Juez legal, ni llevado a jurisdicción de excepción, sino a causa de una ley anterior".

Art. 49. "A nadie se puede privar del derecho de defensa".

Art. 51. inc. 2. "Se prohíbe todo acto de crueldad o tortura contra detenidos procesados o penados. La violación de esta garantía constituye delito".

Art. 61. "Ninguna persona está obligada a hacer lo que la ley no manda ni impedida de hacer lo que ella no prohíbe".

Art. 123. "Ninguna ley tiene efecto retroactivo, salvo en materia penal en favor del delincuente".

Art. 127. "La enumeración de derechos, deberes y garantías, hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o que se deriven de la forma establecida de Gobierno".

CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA DE COSTA RICA,
decretada el 7 de noviembre de 1949, en el Título IV, denominado "DERECHOS Y GARANTIAS INDIVIDUALES". CAPITULO UNICO.

Art. 28. inc.1. "Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley".

Art. 34. "A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna o de sus derechos patrimoniales adquiridos o de situaciones jurídicas consolidadas".

Art. 35. "Nadie puede ser juzgado por comisión, tribunal o juez especialmente nombrado para el caso, sino exclusivamente por los tribunales establecidos de acuerdo con esta Constitución".

Art. 37. "Nadie podrá ser detenido sin un indicio comprobado de haber cometido delito, y sin mandato escrito de juez o autoridad encargada del orden público, excepto cuando se tratara de reo prófugo o delincuente in fraganti; pero en todo caso deberá ser puesto a disposición de juez competente dentro del término perentorio de veinticuatro horas".

Art. 39. inc. 1. "A nadie se le hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito, o falta, sancionados por ley ante-

rior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad”.

Art. 40. "Nadie será sometido a tratamientos crueles o degradantes ni a penas perpetuas, ni a la pena de confiscación. Toda declaración obtenida por medio de violencia será nula”.

I. Dentro del Título respectivo relativo a Derechos y Garantías, la Constitución de Guatemala en el Art 43, inc.2 y la de Honduras, en el Art. 51 contemplan preceptos similares en que se garantizan como derechos inherentes a la persona humana, entre otros, la vida, la integridad corporal, la seguridad individual y la propiedad. Reconociendo así -- que el ser humano, elemento central de toda cultura, debe -- de ser garantizado plenamente. Precepto hermoso y que a menos de un lustro de haber sido promulgada la Constitución -- de Honduras, las autoridades hondureñas con el beneplácito del Gobierno constituido, irrespetaron y continúan irrespetando, cometiendo los peores abusos, los crímenes más horrendos en niños, mujeres y ancianos pertenecientes a humildes familias campesinas salvadoreñas residentes en aquel país, Semejantes violaciones a los Derechos Humanos, constituti-- vas de delito de genocidio, revelan la poca importancia que para el Gobierno hondureño merece su Ley Fundamental. La -- Constitución de Nicaragua, contempla en el Art. 38 esta garantía, circunscribiéndola únicamente a la libertad individual. Las Constituciones de El Salvador y Costa Rica, no --

tienen precepto como el aludido.

II. El precepto que estatuye que no se podrá conce--
tuar como delito un hecho o acto que no se halle previsto -
de manera expresa en las leyes como delictivo; el legisla--
dor constituyente lo ha consagrado en las Constituciones Pol
íticas de cada uno de los países centroamericanos, circuns--
cribiéndolo en las dos formas siguientes:

1 - Toda persona puede, haciendo uso de su derecho de
libertad, realizar en el desenvolvimiento de su conducta --
los hechos o actos que desee, siempre que éstos no se hallen
prohibidos por las leyes; en este aspecto cobra relevancia
la ley penal, prohibitiva por excelencia, al sancionar las
conductas que encajan dentro del tipo descrito como delito.
Esta regla la encontramos consignada en la Constitución de
Guatemala, en el Art. 45, inc. 1.; en la Constitución de El
Salvador, en el Art. 152; en la Constitución de Honduras, -
en el Art. 84, inc. 1; en la Constitución de Nicaragua, en
el Art. 61; y en la Constitución de Costa Rica, en el Art.
28, inc. 1. La Constitución de Guatemala presenta una redac--
ción más amplia de la disposición que la observada por las
otras Constituciones, inclusive presenta en la parte final
del artículo, la completa redacción que en el texto de Cos--
ta Rica se emplea para enunciar la garantía, en el respecti--
vo artículo. La Constitución de Honduras, expresa la garan--
tía con una redacción menos amplia que la de Guatemala, pe--
ro mayor que la empleada por las Constituciones de El Salva--
dor, Nicaragua y Costa Rica. El Salvador y Nicaragua, a su -
vez la expresan en similar forma. Pero una cosa es indubita

ble, que la intención del legislador de cada uno de los países del istmo, ha sido una, -según se advierte de la garantía establecida- la de reconocer en el hombre, eso que le es consubstancial, su libertad, la cual no puede vulnerarse, siempre que sus actos sean respetuosos de la ley. Claro lo dice el aforismo: "Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni a privarse de lo que no prohíbe". Esta garantía define la situación del individuo dentro del ordenamiento jurídico.

2- La segunda forma en que el legislador consigna el precepto, es precisamente la de su enunciado, que viene a ser el complemento de la garantía anterior. El Principio de Legalidad de los delitos y de las penas, expresado en el apotegma latino "Nullum crimen, sine praevia lege" (no hay delito, sin ley previa) constituye una garantía de libertad. El Estado determina a través del Código Penal, las infracciones a dicho Código, infracciones que pueden ser constitutivas de delitos o de faltas. Y volvemos a repetirlo, sólo aquel que con su conducta encaja sus actos el tipo que la ley describe como delito, puede ser objeto de sanción penal. Con lo que se está significando que sólo se castiga el acto que la ley penal prohíbe y no el acto malo en sí. Así lo contempla la Constitución de Guatemala, en el Art. 49 inc.1; la de El Salvador, en el Art. 169 primera parte; la de Honduras, en los Arts. 57 inc. 1 y la parte final del 62; la de Nicaragua, en el Art. 42; y la de Costa Rica, en el Art. 39 inc. 1, parte primera. Las Constituciones de Guatemala y Nicaragua, expresan que no serán punibles las acciones u omisiones que no se encuentren calificadas como delictivas -

por ley anterior a su comisión. La Constitución de Costa Rica, establece que no será penado nadie por delitos, cuasi delitos o faltas que no estén sancionados previamente, manteniéndose en el fondo el mismo criterio que la de Guatemala y Nicaragua. La Constitución de El Salvador, no se aleja del criterio plasmado en los textos anteriores, sólo que el legislador salvadoreño quiso dar con la regla "Nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate", un concepto global donde quedan comprendidas las acciones u omisiones. A la vez que señala que para juzgar y penar a una persona, es menester que el hecho de que se trate esté configurado como punible con anterioridad por las leyes. El Código Penal, pensó el legislador salvadoreño, fija específicamente las reglas que complementan el precepto apuntado, y se contentó con consignar el precepto de modo general en la Constitución. No ocurre lo mismo con la Constitución hondureña donde el legislador en este aspecto hizo muy poco. En el Art. 57 inciso 1, establece que la libertad personal es inviolable y sólo con arreglo a las leyes puede ser restringida. Apreciamos que esa libertad inmanente al individuo, de conformidad a la parte final del Art. 62, sólo puede coartarse cuando existe un motivo previamente establecido por la ley, lo que equivale a decir, cuando existe fundamento legal para ello, esta acción precede previamente a la comisión de hechos o acciones considerados transgresores de las leyes prohibitivas. Consignando el legislador hondureño en la Constitución, el precepto "no hay delito sin ley previa", de manera vaga e imprecisa. La finalidad del legislador de cada uno de los cinco Estados al re

conocer un precepto de esta naturaleza, ha sido con el objeto de garantizar al individuo frente a los actos de autoridad. El temor del individuo de verse juzgado y penado por actos que no son violatorios de la ley penal se atenúa con la consignación de un precepto como el comentado.

La fórmula latina "nulla poena, sine praevia lege" (no hay pena sin ley previa), opera con efectividad en los Estados de Derecho -donde existe la supremacía absoluta de la ley regular en contraposición a la influencia del poder arbitrario- donde los funcionarios judiciales no pueden imponer penas que no se hallen determinadas de modo expreso por el Código Penal, tanto en su naturaleza como en su duración. Lo anterior no impide la aplicación de las penas indeterminadas, dentro de un máximo y un mínimo, siendo indispensable que exista la pena en la Ley, para que pueda ser impuesta dentro de los límites que señale la misma ley (17). La regla en estudio la reconoce la Constitución de Guatemala, en los Arts. 49 inc. 1, parte final, 53 inc. 1 en su primera parte y en el inciso 2, y en el 55 inc. 2; la Constitución de El Salvador, en los Arts. 164, 168 inc. 2 y 169 parte primera; la Constitución de Honduras, en los Arts. 57. inc. 2, 65 inc. 2 y 70 primera parte; la de Nicaragua en los Arts. 42, 43 parte segunda, 49 y 51 inc. 2 parte primera; y en la de Costa Rica, en los Arts. 39 inc. 1, y 40. Los textos constitucionales de los cinco Estados son acordes en reconocer

(17) Arrieta Gallegos Manuel. Lecciones de Derecho Penal. Libro Inédito.

en lo que a la pena respecta, en disposiciones redactadas de manera diferente, pero que en el fondo estatuyen lo mismo, -- que no puede haber aplicación de una pena, sin que previamente una persona no haya sido oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes. La Constitución de Guatemala establece además en el Art. 49. inc. 1 parte final, que las acciones u omisiones que estén calificadas por la ley deben tener la -- respectiva pena señalada por la ley con anterioridad. Precepto similar no lo tienen las otras Constituciones; pero -- la de El Salvador, la de Nicaragua y la de Costa Rica, en -- los Arts. 169 parte primera, 42 y 39 inc. 1, respectivamente, comprenden la situación de que la pena debe estar señalada expresamente ante factum para poder ser aplicada. La Constitución de Honduras no contempla disposición alguna, como la última -- mente mencionada. Como un esfuerzo más, para garantizar la determinación expresa de la pena, los cinco Estados centroamericanos contemplan en sus textos constitucionales, la prohibición de que se apliquen las penas infamantes y toda clase de tormentos.

III. El Principio de Legalidad de los delitos y de las penas opera en el campo del Derecho Penal sustantivo y procesal, no sólo prescribiendo que no hay delitos y penas sin que una ley los haya establecido con anterioridad; y que -- ninguna persona puede ser privada de sus derechos, sin ser oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes. Sino que también esto último lleva implícitas las siguientes garantías: el juzgamiento de una persona debe ser con base en un procedimiento establecido con anterioridad al hecho por un

tribunal competente creado por la ley con anterioridad al hecho, y por un juez con nombramiento legal. La Constitución de Guatemala, en el Art. 53 inc. 2, expresa que nadie podrá ser condenado sino se le ha oído y vencido en proceso legal seguido ante tribunales o autoridades competentes y preestablecidas, en el que se observen las formalidades y garantías esenciales del mismo proceso. En este precepto el texto guatemalteco reúne las tres garantías aludidas. Y las fortalece en las siguientes disposiciones: Art. 46, que sienta que para proceder a la detención de alguien, el mandamiento debe librarse con arreglo a la ley (procedimiento) y por autoridad judicial competente; Art. 52 que señala que para dictarse auto de prisión debe preceder información (conforme al procedimiento establecido y por la autoridad competente) de que se cometió un delito y el Art. 53 inc. 1 parte final, que estatuye que ninguno puede ser juzgado por comisión o tribunales especiales. La Constitución de El Salvador reconoce las garantías mencionadas en el Art. 164 inc.1, que señala que ninguna persona será privada de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes. La última parte del artículo "con arreglo a las leyes" comprende la garantía contenida en el Art. 166, inc.1 de que ninguna autoridad o funcionario (competente) puede dictar órdenes de detención o prisión, si no es de conformidad con la ley (procedimiento). Y además en la regla que prescribe el Art. 169 en su parte última, de que para que una persona sea juzgada, debe serlo por tribunales que pre-

viamente haya establecido la ley. El legislador salvadoreño, como se observa, de la regla general de la primera parte -- del Art. 169, exige la promulgación de las leyes con anterioridad al hecho de que se trate. La Constitución salvadoreña no incluye regla similar a la consignada en el Art. 53, inc. 1 por el texto guatemalteco. La Constitución de Honduras, en los Arts. 59 inc.1, 61 y 62; la de Nicaragua, en -- los Arts. 39 inc. 1 parte primera, 46 y 48; y la de Costa Rica, en los Arts. 35 y parte primera del 37, mantienen reconocidas las garantías en estudio. Nicaragua en el Art. 48 consigna la regla de que nadie puede ser sustraído a su juez legal, ni llevado a jurisdicción de excepción; pero en el -- mismo artículo establece la excepción de que lo anterior no podrá cumplirse a causa de una ley anterior. La disposición es oscura, lo que viene a facilitar verdaderos abusos por -- parte del poder estatal. El texto costarricense comprende -- una disposición que en el fondo es similar a la del 53 inc. 1 de Guatemala.

IV. La Ley penal no es retroactiva, lo que equivale a que un funcionario judicial no puede procesar ni aplicar pena alguna a personas que hayan cometido hechos o actos fuera del imperio de la ley; es decir, con posterioridad a la creación de tales hechos o actos por la ley penal como delictivos. De tal modo que aunque después de perpetrada una conducta dañosa o inmoral, ésta fuese tipificada como delictiva por la ley, no se puede procesar ni castigar al autor de esa conducta por la razón de que ha caído bajo el imperio de la ley que mira hacia adelante y jamás hacia atrás --

(retroactivamente) (18). Las Constituciones de El Salvador, Guatemala, Nicaragua y Honduras, en los Arts. 172, 48, 123, y 74 respectivamente, reconocen la irretroactividad de la ley penal; redactados en forma similar y estableciendo que el principio de la irretroactividad en la materia mencionada, presenta la excepción de que sí podrá dársele efecto retroactivo a la ley penal cuando ésta sea favorable al procesado. La Constitución Costarricense en el Art. 34, consigna que no se puede dar efecto retroactivo a ninguna ley, en perjuicio de persona alguna o de sus derechos patrimoniales adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas. La redacción de la disposición que contempla la irretroactividad de la ley penal, es distinta a la de las otras cuatro Constituciones; pero en el fondo la intención del legislador es la misma que inspiró a los legisladores constituyentes de los otros Estados del istmo, desprendiéndose del contexto del artículo citado, que también comprende la excepción a la irretroactividad, como sería el caso, que la nueva ley fuera favorable al procesado, puesto que no lo perjudica sino que lo beneficia.

V. La exclusión de la analogía es una consecuencia del Principio de Legalidad de los delitos y de las penas. Los Códigos Penales que rigen en los Estados de Derecho, la han desterrado en virtud de que el Principio obliga a que la interpretación de las normas penales sea de carácter estricto, constituyendo esta interpretación un importante corolario del Principio en estudio aplicado al campo penal. Se ha dicho

(18) *Ibídem.*

por los autores que es peligroso. que se aplique la misma -
disposición legal a una situación sin regulación propia y -
que se considere análoga a la que rige la norma aplicada. U
na interpretación de esta índole sería extensiva y no estric
ta como debe ser la interpretación de las leyes penales. Aho
ra bien, si se rechaza la analogía porque su permisión vulne
ra el Principio de Legalidad de los delitos y de las penas,
cosa distinta ocurre con la interpretación analógica que no
lo violenta. El maestro Luis Jiménez de Azúa explicando lo
que es la interpretación analógica dice: "Hay casos en que
el legislador ha previsto que la fórmula casuística emplea
da no comprende todas las hipótesis y agrega una frase más
o menos exacta, para que el juez la aplique a hechos simi
lares o análogos" y agrega: "Es la propia ley la que ordena,
y por eso no se trata de analogía, sino de interpretación a
nalógica, puesto que ella se vincula a la misma voluntad de
la ley" (19). A través de la interpretación analógica el --
funcionario judicial debe desentrañar la voluntad de la ley,
y de ningún modo crear Derecho. De este modo, se aprecia, -
que el funcionario judicial puede hacer interpretación ex--
tensiva de las normas penales. La analogía deberá ser recha
zada siempre, no así la interpretación analógica de la ley,
porque con ella lo que se hace es incluir dentro de los ti-
pos que la ley describe como delitos, todas aquellas conduc
tas que de acuerdo al sentido de la misma ley, se encuentran
comprendidas y castigadas.

(19) Jiménez de Azúa Luis. La Ley y el Delito 4a. Edi-
ción, Editorial Hermes. México. Buenos Aires, 1963.. Pág. 140.

La exclusión de la analogía, figura propia del Código Penal, no se encuentra consignada expresamente, en ninguno de los textos constitucionales de las Repúblicas de Centro América.

VI. Las Constituciones de Guatemala, Honduras y Nicaragua, en los Arts. 77 inc. 1, 52 y 127 respectivamente, -- consagran la disposición indicativa de que los derechos y -- garantías que la Constitución otorga, no excluyen otros, -- que aunque expresamente no se mencionen, son consubstanciales al individuo. El precepto dicho, refleja la inquietud -- del legislador de esos países por establecer todos los dere-- chos y garantías posibles. Las Constituciones de El Salva-- dor y Costa Rica, no comprenden disposición similar.

c) Ley Secundaria Salvadoreña.

El Nullum crimen... como garantía individual consagra da en la ley primaria, no se encuentra aislado dentro de un ordenamiento jurídico-positivo, sino que se complementa con la ley penal sustantiva y adjetiva. Es en el campo de la -- ley penal donde éste opera en forma eficaz.

El Código Penal de El Salvador, en su Art. 1, inciso primero, expresa: "Es delito o falta toda acción u omisión voluntaria penada con anterioridad por la ley". Consagrandó el inciso la garantía fundamental de libertad de los indivi duos, pues, los protege del peligro de que la justicia pe-- nal se troque en una justicia ocasional, es decir, en una -- justicia surgida y fincada en las influencias políticas exis tentes encaminadas a oprimir a los individuos.

No hacemos un comentario comprensivo de todos los elementos incluidos en el concepto formal del delito, que hemos transcrito, pues, eso pertenece a materia aparte, per si dedicamos atención a algunos de ellos, que son importantes para nuestro estudio.

El Código fija una clasificación bipartita de las infracciones consistentes en "delitos y faltas". Pero una diferencia substancial entre ambas infracciones no existe, ya que como se aprecia del concepto, tanto los delitos como las faltas no poseen en lo que atañe a sus elementos ninguna diferencia, existiendo ésta nada más, en forma cuantitativa - en lo tocante a su gravedad.

El inciso habla de "acción u omisión", que son las dos formas en que el acto se manifiesta. Por acto se entiende de acuerdo con Luis Jiménez de Azúa, "La manifestación de voluntad que mediante acción produce un cambio en el mundo exterior, o que por no hacer lo que se espera deja sin modificar ese mundo externo, cuya mutación se aguarda". (20) De la definición anterior se coligen tres elementos del acto: la manifestación de voluntad, el resultado, y la relación de causalidad entre la manifestación de voluntad y el resultado. Constituyendo, además del cambio en el mundo exterior, el cambio en el mundo psíquico, el daño potencial y el peligro corrido.

El acto es una manifestación de voluntad, es un que--

(20) Jiménez de Azúa Luis. Tratado de Derecho Penal. Segunda Edición T. III. Editorial Losada, S.A. Buenos Aires. 1958. Pág. 329.

rer exteriorizado de la persona a través de un hacer (acción) o de un no hacer (omisión). Ahora bien, si el acto es una manifestación de voluntad, ésta necesita antes que todo una representación con un fundamento, con un móvil determinado y además con conocimiento de lo que se hace, o al menos con es pontaneidad del sujeto.

El doctor Manuel Arrieta Gallegos, nos da sendos conceptos de la acción y de la omisión. Son los siguientes: --- "La acción consiste, en un movimiento corporal voluntario - (o una serie de movimientos (corporales) dirigido a un fin - determinado inmediato o ulterior, constitutivo de un cambio en el mundo exterior". "La omisión genéricamente considerada consiste en un no hacer voluntariamente lo que se espera ante un deber jurídico de hacer, dejando inerte el mundo ex terno, cuya mutación se aguarda". (21)

Con respecto al concepto de acción, se advierte que ésta, es un acontecimiento "casual", es decir, que engendra un resultado que si es de carácter dañoso y de acuerdo a --- ciertas condiciones, como la de una regulación que adecúe - la acción al tipo descrito por la ley como delito con ante rioridad a ocurrir, puede la acción constituir delito doloso (intencional) o culposo (imputable a imprudencia, negligencia o impericia).

La omisión admite la siguiente clasificación: Omisión Propia, Omisión Impropia y Omisión Espiritual.

(21) Arrieta Gallegos Manuel. Apuntes de Clase Ob. Cit.

Omisión Propia, denominada también *Omisión Simple* o *Material*. Esta clase de omisión consiste en omitir lo que se tenía obligación jurídico-penal de hacer. Aquí la consumación del delito se verifica o continúa verificándose desde el mismo instante en que no se cumple con la obligación jurídico-penal de hacer, porque el resultado se realiza a partir de que se incurre en la omisión. Como ejemplos de esta clase de omisión en nuestro Código se encuentran los Arts. 93, 94, 181 N° 3, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 307, 442 y 444.

Omisión Impropia, denominada también *Comisión por Omisión*. Consiste en la realización de un daño punible debido a que el sujeto omite una acción que estaba obligado a verificar, evitando, es decir, que el sujeto debió de actuar para evitar determinado acontecimiento que tenía el deber de impedir. Esta omisión se diferencia de la anterior porque la consumación del delito se realiza hasta que se da el resultado dañoso y no desde que la omisión se comete. Los casos de comisión por omisión no se hallan señalados de modo expreso en el Código Penal, pero un ejemplo de ellos sería: el del lazarillo que tiene obligación de cuidar al ciego -- que se encuentra sentado en un banco del parque, y que sin que el lazarillo lo induzca a levantarse, el ciego se levanta y comienza a atravesarse la calle por la que se conduce a toda velocidad un vehículo el cual si no se evita que el ciego continúe atravesándose la calle lo arrollará y lo matará. Desde el preciso momento que el ciego se levanta y comienza a atravesarse la calle, el lazarillo tiene el deber

de obrar evitando que el ciego cruce la calle, ya que el -- vehículo que no podrá frenar a tiempo lo matará; verificándose de este modo un delito de comisión por omisión.

Omisión Espiritual. Consiste esta omisión en no hacer una diligencia debida para evitar un mal que pudo ser evitable y previsible, Es el caso de los delitos culposos (imputables a imprudencia, negligencia o impericia).

La parte final del inciso, "... penada con anterioridad por la ley", recoge la fórmula latina "Nullum crimen si ne praevia lege". El funcionario judicial no puede castigar una infracción como delito o falta si no existe una ley anterior que así lo establezca; dicho de otra manera, no se podrá sancionar un hecho o acto que no se halle previsto de modo expreso por una ley penal promulgada con anterioridad al mismo, significándose con ello que sólo puede ser castigado el hecho o acto que las leyes prohíben y no el hecho o acto malo en sí.

El legislador salvadoreño, en su afán de que al ocurrir hechos o actos que no han sido previstos por la ley como delictivos, puedan llegar a serlo, expresa en el Art. 2 del Código Penal lo siguiente: "En el caso de que un tribunal tenga conocimiento de algún hecho que estime digno de represión, y no se halle penado por la ley, se abstendrá de todo procedimiento sobre él, y expondrá al Supremo Tribunal de Justicia las razones que le asisten para creer que debería ser objeto de sanción penal a fin de que lo haga presente el Cuerpo Legislativo. Las mismas observaciones puede dirigir a la Asamblea Nacional la Corte Suprema de Justicia".

Del texto del artículo anterior, se desprende que la iniciativa de exponer al Supremo Tribunal de Justicia las razones para creer que un hecho debiera ser castigado, concierne además de a los Jueces de Primera Instancia, de Hacienda y Militares, a los Jueces de Paz, Cámaras de Segunda Instancia y a las Salas.

Un caso típico, que choca a la moralidad por injusto y que debiera sancionarse como delito en El Salvador, es la usura; para que después de preverse como tal expresamente en la ley, el que continuase dedicándose a la usura fuese penado.

Nicaragua y Honduras prohíben la usura en sus respectivas Constituciones Políticas, la primera en el Art. 90 y la segunda en el Art. 82. En ambas Constituciones se consagra en idéntica forma que, es de orden público la ley que señale límite máximo al interés del dinero y que la misma ley determinará las penas que deban aplicarse a los contratantes.

Ahora bien, la disposición que tipifique un hecho como delictivo y la que establezca su correspondiente punición, debe ser ley en el sentido formal y en el material. Las leyes deben reunir sus peculiares características de imperatividad, generalidad, etc., así como deben recorrer todos los trámites que la Constitución señala, de iniciación, discusión, aprobación, promulgación y publicación, para que puedan tipificarse delitos o faltas. Quedan por tanto excluidos los reglamentos pues son leyes sólo en el sentido material y no en el formal. También quedan excluidas las Conven-

ciones Internacionales que configuran delitos, mientras éstos no hayan obtenido la forma de ley expresamente en cada derecho nacional, no basta entonces la simple ratificación de la Convención. Tampoco es suficiente para que puedan tipificarse como delitos o faltas y sus correspondientes penas, que las disposiciones dictadas por el órgano legislativo (llena el sentido formal) no revistan el carácter de generalidad (sentido material) aunque se verifiquen los trámites requeridos por la Constitución; puesto que, disposiciones decretadas de esta manera no serían ley en su sentido material.

El Principio de Legalidad de los delitos y de las penas opera eficazmente en el campo procesal penal; Cuando un funcionario judicial haya iniciado procedimiento contra una persona por un hecho que no tuviere pena señalada en las leyes, de conformidad al Art. 181 N° 1. I, deberá decretar auto de sobreseimiento con carácter irrestricto.

El Art. 181 N° 1, I, habla de que el hecho que haya dado motivo al sumario no tuviere pena señalada en las leyes; con lo que queda claro que para la aplicación del numeral, lo que se requiere es que no exista pena legal, ya que puede haber delito y haber delincuente.

Una disposición de esta naturaleza no puede faltar en los Códigos, puesto que si la finalidad de un juicio criminal consiste en la averiguación del delito y del perpetrador o perpetradores, para con fundamento de ello, una vez adecuada la conducta antisocial al tipo descrito en la ley como delito, imponer la pena respectiva previamente señalada;

al no tener el hecho pena señala en las leyes queda destruída la finalidad del proceso, imponiéndose entonces al sobreseimiento como lo dispone la referida causal.

Nuestro Código Penal recoge en los Arts. 40 y 42, en relación con los arts. 164 inc. 1, 168, 169 y 172 de la Constitución Política, la fórmula latina "nulla poena sine praevia lege". El texto del Art. 40 inc. 1, es: "Tampoco puede ser ejecutada pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto". El del Art. 42 expresa: "A los autores del delito o falta se les impondrá la pena que para el delito o falta que hubieren cometido se hallare señalada por la ley".

Ambos artículos confirman que, el funcionario judicial no tiene facultad para aplicar otras penas que las que el Código establece en el Título III, denominado "De las penas". El Art. 16 comprendido en dicho Título consigna, que las penas que con arreglo al Código pueden imponerse son las que se comprenden en la siguiente Escala General:

PENAS PRINCIPALES

Muerte.

Presidio.

Prisión mayor.

Prisión menor.

Arresto.

Multas.

PENAS ACCESORIAS

Pérdida o suspensión de ciertos derechos.

Comiso.

Pago de las costas y gastos del juicio.

En el Título se establece también además de la clasificación, el cumplimiento, duración y efectos de las penas. Con lo que es claro que el funcionario judicial no tiene potestad para inventar o introducir penas, sino que forzosamente tiene que aplicar las penas que expresamente determine con anterioridad la ley. El juez se atenderá a la naturaleza de las penas (asesinato, homicidio, infanticidio, etc.) y a su duración señalada por el Código (asesinato con pena de muerte, homicidio simple con quince años, infanticidio con tres años, etc.) El funcionario judicial debe, pues, acatar la regla de que no se puede castigar un hecho cuando su punición no haya sido establecida por una ley promulgada con anterioridad al mismo.

Para el estricto cumplimiento de la fórmula "no hay delito ni pena sin ley previa que la prescriba" el juez ha de calificar el hecho según lo es en la ley penal porque no le asiste potestad para calificarlo de otro modo; así como tampoco la tiene para desnaturalizar, desvirtuar y cambiar el hecho sancionado y su punición; dicho de mejor manera, que el funcionario debe calificar el hecho tomando en cuenta las probanzas y los extremos del mismo que determina la ley, para acomodar una exacta calificación del delito a la ley. De conformidad al Art. 77 del Código de Instrucción Criminal el funcionario debe hacer la calificación al decretar el auto de prisión formal que contiene; 1º la declaración de que ha lugar a poner o permanecer el reo en prisión

formal. 2º La designación del delito con el nombre genérico que le da el Código Penal.

La calificación específica del delito se hace en la sentencia definitiva.

En el literal anterior dijimos que nuestra Constitución política reconoce en el Art. 172, la retroactividad de la ley en materia penal cuando la nueva ley es favorable al delincuente.

El penalista Arrieta Gallegos en su libro inédito habla de como opera este principio de la retroactividad. Existen dos sistemas de aplicación del principio. Uno sustenta que la retroactividad de la ley penal opera cuando la ley nueva favorece al delincuente, y el otro, es más amplio porque contempla además del sistema anterior, los casos en los cuales con apoyo en una ley se ha dictado sentencia judicial ejecutoriada, y no obstante ésto al aparecer una nueva ley más favorable al reo, de conformidad con ella debe dictarse nueva sentencia. Comenta el mencionado autor que nuestro legislador ha sido muy cuidadoso al reconocer no sólo la retroactividad de tipo puramente legal, sino que también la retroactividad en el orden judicial, al ser factible que pueda imponerse con la nueva ley una sentencia más favorable al delincuente que ya había sido penado con anterioridad por los tribunales. (22)

Al respecto es de suma importancia el Decreto Legislativo de fecha 21 de diciembre de 1954, mediante el cual el

(22) Arrieta Gallegos Manuel. Libro Inédito. Ob. Cit.

Código Penal sufrió reformas, en el sentido que se favorecía a procesados que habían sido legalmente condenados por sentencia ejecutoriada. El Art. 6 del mencionado Decreto dice literalmente: "Los reos que al tiempo de la promulgación de este Decreto estuvieren condenados por sentencia ejecutoriada, gozarán del beneficio de la retroactividad que les concede el Art. 172 de la Constitución Política. Añadiendo: "Al efecto, los jueces procederán de oficio a la sustitución consiguiente de la pena".

La gran importancia del Decreto y su aplicación práctica nos mueve a transcribir el siguiente caso que trae en su libro el penalista Arrieta Gallegos y de la doctrina que sostuvo la Honorable Cámara de lo Penal de la 1a. Sección - del Centro, en sentencia -cuyo ponente fue el doctor Arrieta Gallegos- pronunciada a las nueve horas y treinta minutos del diecinueve de noviembre de mil novecientos cincuenta y seis.

"I- Si un reo fue condenado por sentencia ejecutoriada a la pena de muerte por el delito de asesinato (configurado por el homicidio alevoso) y esta pena le fue conmutada por la de 25 años de presidio antes de la promulgación del Decreto Legislativo del 21 de diciembre de 1954 publicado en el Diario Oficial del 22 del mismo mes, puede gozar del beneficio de la retroactividad de la ley penal establecido en el Art. 172 de la Constitución Política; y con base en el Art. 6 del citado Decreto, es procedente sustituirle su pena por la de 20 años de presidio, con que reprime el Art. 358 del Código Penal (reformado) al homicidio ejecutado con la concurren

cia de una sola de las circunstancias que enumera el Art. - 356 del mismo Código (también reformado)".

"CONSIDERANDO: I - Que en virtud del principio de la retroactividad de la ley penal, cuando esta fuere favorable al reo, establecido en el Art. 172 de la Constitución Política, el Decreto Legislativo publicado en el Diario Oficial de veintidós de diciembre de mil novecientos cincuenta y cuatro que reforma artículos del Código Penal, establece a su vez en su Art. 6, que los reos que al tiempo de la promulgación del citado Decreto estuvieren condenados por sentencia ejecutoriada gozarán de tal beneficio, debiendo los jueces proceder de oficio a la sustitución de la pena; y que a la vez, el mismo Decreto reforma el Art. 358 Pn., castigando con VEINTE AÑOS DE PRESIDIO, el homicidio ejecutado concurriendo una sola de las circunstancias que enumera el Art. 356 Pn., también reformado, cuando el culpable no fue reincidente.

II- Que el reo ESTEBAN GOMEZ ha sido procesado por el delito de asesinato en Lucio Guzmán y fue condenado por sentencia ejecutoriada a la pena de muerte, la que le fue conmutada por la de veinticinco años de presidio, pena que actualmente está cumpliendo, precisamente por estar ejecutoriada la sentencia, pues la conmutación posterior no le quitó el carácter de tal; y que en definitiva, el hecho cometido por el reo es el de homicidio con la concurrencia de una sola de las agravantes que enumera el Art. 356 Pn., que es la de la alevosía, hecho que así lo determina claramente la sentencia definitiva ejecutoriada, denominándolo "asesinada

to", porque cuando acaeció éste, se configuraba cuando en el homicidio concurría una sola de las agravantes del cita Art. 356 Pn., no existiendo por otra parte, la agravante de la reincidencia, ya que tampoco ha sido reconocida en dicha sen-tencia.

III- Que en consecuencia, por el hecho del homicidio - cometido con la concurrencia de la sola agravante de la ale-vosía, y sin la reincidencia, el castigo a que se hace merecedor el reo conforme a la ley penal actualmente en vigencia, que reforma a la anterior, es el de veinte años de presidio y no el de veinticinco años de igual calidad, que en la conmutación anterior también a la reforma, se le determinó; por lo que, conforme al Art. 6 del Decreto Legislativo arriba ci-tado, tal reo debe gozar del beneficio de la retroactividad, ya que, como se ha visto, la nueva ley le es favorable. No es procedente en el estado actual, entrar a considerar la a-preciación de la prueba e interpretar el veredicto y senten-cia definitiva, para venir a apreciar la concurrencia de o-tra circunstancia o circunstancias modificativas del hecho, como lo hace el Juez a -quo en la resolución de mérito, por lo que llega a la conclusión que también concurrió la agra-vante, de la premeditación, pues los hechos fueron ya apre-ciados por los tribunales a quienes tocó conocer del caso y como tal, juzgados en la sentencia pronunciada en última ins-tancia que es definitiva y está ejecutoriada". (23)

En el literal anterior decíamos que si la analogía es

(23) Tomada del Libro Inédito del Dr. Manuel Arrieta Ga-llegos.

rechazada de plano por la ley penal que no admite la interpretación de sus normas en forma extensiva, sino que restringida por ser de derecho estricto, en cambio si admite la interpretación analógica, porque esta forma de interpretación no vulnera el Principio de Legalidad de los delitos y de las penas.

En nuestra legislación penal sustantiva, se encuentran los siguientes casos de interpretación analógica; Arts. 9 N^o 11, 10 N^o 4, 109, 131, 139-A, 139-G, 139-H N^o 2, 153, 160, -- 165 inc.2, 269 Nos. 7 y 8, 319, 490 N^o 1, 501 y 515.

Por tratarse de un caso de sumo interés jurídico y social, como afirma el doctor Arrieta Gallegos, en el que se debatió la interpretación analógica en los tribunales de justicia salvadoreños, hemos tenido a bien transcribir lo siguiente: "Por resolución de la Corte Suprema de Justicia, de las diez horas y quince minutos del catorce de noviembre de mil novecientos cincuenta y cinco, en diligencias de exhibición personal promovida por la señorita N.N., en vista de considerar restringida su libertad por detención contra dicha persona decretada en uno de los juzgados de lo Penal en el proceso que se le instruía por homicidio cometido por imprudencia temeraria, por omisión, en dos menores, no se admite -conforme al criterio del Tribunal Supremo- la figura delictiva de la omisión en un delito por imprudencia temeraria, por considerarse un caso de analogía no contemplado en la ley y no una interpretación analógica del Art. 527 del Código Penal".

"Era la recurrente dueña (y por consiguiente administra

dora) de un mesón consistente en una serie de construcciones de piezas de habitación que formaban un todo en derredor de un enorme patio, que permanecía a oscuras por las noches y - en el que existía un profundo agujero -en definitiva un foso que había servido de letrina- que significaba peligro para - los moradores, pues cualquiera podía caerse en él y sobre to do los niños que por las noches suelen jugar y correr en los patios. Del anterior peligro se había dado conocimiento la -- dueña y administradora, reiteradamente y hasta se le había - pedido que lo cegara o que al menos suministrara los materiales necesarios para cubrirlo. Con estos antecedentes comprobados, sucedió lo previsto. Una noche, mientras en la oscuridad o al amparo de la débil penumbra jugaban los chiquillos Mauricio Alvarado Meléndez y Carlos Chinchilla, éstos cayeeron al foso muriendo a causa de asfixia por sumersión, habida cuenta de los desechos ocuosos que estaban al fondo de la letrina. La dueña y administradora fue procesada por estimarse -de parte del Juez- que tenía responsabilidad en la muerte de los infortunados niños, y establecidos los hechos y -- circunstancias expuestas, se decretó su detención”.

La parte pertinente del fallo del Tribunal Supremo que revoca la restricción a la libertad, dice así: "El inciso -- primero del Art. 527 Pn., al expresar: El que por imprudencia temeraria ejecute un hecho que si mediare malicia constituiría un delito grave, será castigado....etc., determina -- con claridad que la imprudencia temeraria, en este caso, no puede ser cometida por omisión, ya que el término ejecutar, según el Diccionario de la Real Academia Española, tiene la - siguiente acepción: poner por obra una cosa. Lo que implica

acción, jamás omisión. El inciso segundo del mismo artículo, dice: En las mismas penas incurrirá respectivamente, el que con infracción de los reglamentos cometiere un delito por -- simple imprudencia o negligencia. En este caso si es posible concebir el delito de imprudencia por omisión; pero es preciso que haya infracción de reglamento. En ninguno de los casos encaja la omisión atribuida a la favorecida N.N. y como la interpretación de las normas jurídico-penales debe ser -- siempre, por esencia restrictiva, y nunca analógica, la omisión atribuida a la favorecida no está tipificada como delito”.

La resolución concedió la libertad de la favorecida y el juicio se abstuvo de acuerdo al Art. 2 Pn., pero es importante conocer el voto razonado que emitieron cuatro de los -- nueve miembros del Tribunal Supremo sobre la resolución. El voto dice así: "No estamos de acuerdo con la anterior resolución suscrita por los demás apreciables colegas, porque en -- nuestro concepto, el hecho atribuido a la señorita N.N., está comprendido en el inciso 1º del Art. 527 Pn., ya que dicha disposición configura aunque no de manera específica, pero sí conceptualmente, no sólo las acciones, sino que también las omisiones. Así lo ha resuelto en diversos casos análogos, el Tribunal Supremo de España, al darle aplicación al Art. -- 565 del C.P. español que está concebido en iguales términos que el nuestro, relativo a la imprudencia temeraria”.

”Examinando el proceso, aparece evidente la negligencia culpable de la señorita N.N., al desatender el aviso que recibió de que existía en el mesón de que es administradora, el --

foso en que perecieron los menores Mauricio Alvarado Martínez y Carlos Chinchilla, hijos de inquilinos de dicho mesón, no procurando cegarlo, o por lo menos, poner sobre él señales que indicaran el peligro que representaba para la vida de los moradores del mesón, faltando así, no sólo al deber moral de evitar para sus semejantes un riesgo potencial sino al deber jurídico que le imponía su condición de administradora de dicho mesón, de evitar cualquier evento desgraciado que pudiera ocurrir, en perjuicio de los locatarios”.

”Como en la anterior resolución se sienta la tesis de que: como la interpretación de las normas jurídico-penales debe ser siempre por esencia, restrictiva y nunca analógica, la omisión atribuida a la favorecida no está tipificada como delito, traemos a cuento sobre ese particular lo que dice Jiménez de Azúa sobre la interpretación analógica, a las páginas 457 del Tomo II de su tratado de Derecho Penal: ”En la analogía se trata de sancionar una conducta humana, de aplicar una pena, o de actuar una institución que no está en la voluntad y pensamiento de la ley. Por eso la repudiamos. Pero a veces, como ocurre en los Códigos Penales, la propia ley quiere que se completen sus preceptos, por analogía. El legislador ha comprendido que la fórmula casuística empleada no ha podido prever todos los casos y agrega que podrán ser aplicadas otras atenuantes análogas a las expuestas, o que deben constituir estrago otros medios, a más de los enunciados por el texto legislativo o que hay más fraudes constitutivos de estafa que los que el propio Código establece, etc. Entonces, está en la voluntad de la ley que este se aplique

aplique a situaciones análogas a las previstas; pero precisamente por estar en el pensamiento de la ley la aplicación de sus preceptos, beneficiosos o perjudiciales, no se trata de la propia y verdadera analogía, sino de interpretación analógica, que lejos de estar prohibida, está aceptada por -- la ley misma". Acordes con dicha doctrina, están los Arts. 9 circunstancia 11^a, 324, 490 N^o 1 y 515 de nuestro Código Penal".

El doctor Arrieta Gallegos fue el Juez de lo Penal que actuó en el proceso contra la señorita N.N., por considerar que había incurrido en responsabilidad criminal en la muerte de los dos niños. Y hace suya la argumentación contenida en el voto disidente, expresando: "aunque no hay razón alguna -- dentro de la filosofía punitiva para que los legisladores iberos y salvadoreños excluyeran la omisión culposa en la imprudencia temeraria, que es la de mayor gravedad y que no está "tipificada" (como expresa el Tribunal) en el primer inciso del Art. 527, y que en cambio la incluyeron en la imprudencia simple, que es la menos grave, contemplada en el segundo inciso del mismo artículo. Si en la temeraria imprudencia no está comprendida la omisión para configurar un delito culposo, no habría responsabilidad criminal en el lazareto que sin reglamento alguno omite la diligencia necesaria para apartar al ciego del peligro en el cual perece, o en la niñera que descuida omitiendo lo que debe hacer para evitar que la criatura a su cargo caiga al barranco, ni en la enfermera que fuera del reglamento hospitalario, llevada a casa particular para el cuidado de un enfermo grave, omite por negli--

gencia aplicar la medicina a determinada hora, a consecuencia de la cual el paciente fallece, por más que en estos casos, hay un previo contrato de servicios que implica deberes que cumplir, más no un reglamento previo que violar. Podría agregar por fin que, el mismo Código Penal tipifica casos de imprudencia grave: en la que se incurre por omisión, como lo es el de la "infidelidad en la custodia de presos" comprendido en el Art. 288" (24).

A nosotros nos parece correcto el razonamiento de los Magistrados que emitieron voto razonado no estando de acuerdo con el fallo del Tribunal Supremo de Justicia, que revocó la restricción de la libertad de la favorecida; así como expuesto por el penalista Arrieta Gallegos. Y estimamos que el Tribunal Supremo al pronunciar la resolución que favoreció a la señorita N.N., no consultó el verdadero espíritu del Art. 527 inciso primero, del Código Penal.

No concluiremos el Capítulo sin hacer referencia a que las instituciones penales de la peligrosidad pre-delictual, la pena indeterminada y el arbitrio judicial, conforme a la concepción de los derechos del hombre, vista no ya como una concepción absolutista que defendía al individuo como poseedor de derechos inalienables, intocables, anteriores y superiores a toda ley positiva, sino que vista como concepción de derechos del individuo que han cedido en beneficio de la colectividad, dichas instituciones juegan un rol importantísimo en el ámbito del Derecho Penal.

(24) Tomado del Libro Inédito del Dr. Arrieta Gallegos Manuel.

Con respecto a la responsabilidad pre-delictual, el Estado debe de adoptar las medidas de seguridad convenientes - como medio científico de lucha, para prevenir delitos futuros. En El Salvador el Art. 166 inciso último, de la Constitución Política, expresa: "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".

Complementa este precepto constitucional la "LEY DE ESTADO PELIGROSO", decretada el 15 de mayo de 1953 y sancionada el 22 del mismo mes y año, mediante la cual a las personas comprendidas en los veinte numerales del Art. 4, se les podrá aplicar las medidas de seguridad que la misma establece en el Art. 7, consistentes en: De detención, De Observación, Eliminatorias y Patrimoniales. De acuerdo con esta Ley las medidas de seguridad deben cumplirse en los establecimientos que ella determina y en la forma que acuerde el Juez en sus respectivos casos. Para ser conformes las medidas de seguridad, con el Principio de Legalidad de los delitos y de las penas, podrán aplicarse únicamente por el Juez, y a las personas a quienes se declare peligrosas. Además nadie puede ser sometido a medidas de seguridad que no estén expresamente establecidas por la ley, ni fuera de los casos en ella previstos.

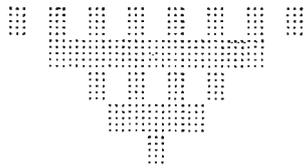
Papel importante juega también la "LEY DE JURISDICCION

TUTELAR DE MENORES", decretada el 14 de julio de 1966 y sancionada el 18 del mismo mes y año, porque en su Art. 2 dispone que, se aplicará con finalidad preventiva, cuando la conducta de los menores sujetos a ella, por ser proclive al delito, constituye un peligro social. Y la misma ley considera en el Art. 4 que, la conducta del menor constituye un peligro social, cuando se hallare material o moralmente abandonado, pervertido, o en posibilidad de serlo; o bien cuando se encontrare en estado de riesgo que pueda causar su inadaptación social, por negligencia de sus padres o guardadores o por sus propias condiciones de vida.

Con respecto a las instituciones del Derecho Penal actual y del futuro, que son la individualización de la pena y el arbitrio judicial moderado y que guardan relación estrecha con el "Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege", - podemos decir que, no constituyen un peligro para los derechos del individuo, ni para el Nullum crimen..., si se toma en cuenta que la inclinación del Derecho Penal en el aspecto criminológico pretende no la condena del delito en sí, sino que la sanción al delincuente para que se corrija y readapte a la sociedad de la que es miembro.

En los Códigos Penales de avanzada, una vez que ha sido comprobado el delito y la correspondiente participación criminal de un sujeto, se verifica un estudio de éste, de carácter biológico, psicológico y psiquiátrico que será la base para la individualización de la pena (indeterminación de la pena), y la aplicación, por medio del arbitrio judicial, de la adecuada sanción que no será de índole intimidativa si

no de índole correctiva, persiguiéndose con ello, la regeneración y readaptación del delincuente para que pueda ser útil a la sociedad.



CAPITULO V

CONCLUSIONES.

No hemos querido terminar el presente trabajo de tesis, sin hacer algunas conclusiones que consideramos importantes y que se desprenden de la substanciación del mismo.

1a.- El Principio expresado en el apotegma latino *Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, es una suprema garantía individual que lo califica como Principio auténtico constitucional.

2a. El *Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, dentro de la clasificación de las garantías propiamente dichas, se encuentra ubicado como una garantía de seguridad jurídica.

3a. El *Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, encuentra su fundamento en la consideración del ente humano como el valor más alto.

4a. El *Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege* persigue una finalidad concreta, garantizar la libertad personal, constituyendo una defensa del individuo frente a la arbitrariedad de los actos de autoridad.

5a. La aceptación y aplicación del *Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, solamente es objetada por los Estados de ideas totalitarias, que representan la negación de los derechos consubstanciales del hombre.

6a. Las Repúblicas centroamericanas reconocen el *Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, como garantía ineludible

ble de la esfera de libertad del individuo, a través de varias disposiciones que lo comprenden en sus respectivos textos constitucionales.

7a. El legislador de cada uno de los países del istmo podría consignar el Principio de Legalidad de los delitos y de las penas en una sola disposición constitucional. Nosotros sugerimos la siguiente:

Nadie puede ser juzgado por acciones u omisiones que no estén calificadas como delitos o faltas por la ley anterior a su comisión, ni por procedimientos y tribunales que no hayan sido previamente establecidos por la ley, ni a nadie se puede aplicar pena alguna que no esté expresamente de terminada con anterioridad por la ley.

8a. Nuestra Constitución Política, debe de contener un precepto que establezca la prohibición de la usura; así como debe crearse la correspondiente ley que fije un límite máximo al interés del dinero, y la determinación de las penas que deban aplicarse a los contraventores.

9a. Es de urgencia la revisión de nuestra ley penal -- sustantiva y adjetiva, para que de conformidad a la nueva concepción de los derechos del individuo, pueda darse cabida, a la aplicación amplia de las instituciones penales: la individualización de la pena y el arbitrio judicial.



B I B L I O G R A F I A

- 1.- *Acta de la Independencia de Centroamérica de 1821.*
- 2.- *Alvarez Lejarza Emilio. Las Constituciones de Nicaragua. Constitución de Cádiz de 1812. Ediciones Cultura Hispánica. Madrid, 1958.*
- 3.- *Arrieta Gallegos Manuel. Apuntes de Clase de Derecho Penal, Parte General, 1959.*
- 4.- *Arrieta Gallegos Manuel. Lecciones de Derecho Penal. Libro inédito.*
- 5.- *Benton W. E. y Grimm G. El Juicio de Nuremberg desde el punto de vista alemán. 2a. Edición. Editorial Constancia, S.A. México.*
- 6.- *Bielsa Rafael. Derecho Constitucional. 3a. Edición. Roque Depalma Editor. Buenos Aires, 1959.*
- 7.- *Borrego E. Salvador. Derrota Mundial. 14a. Edición Complementada. México, 1964.*
- 8.- *Burgoa Ignacio. Las Garantías Individuales. 3a. Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1961.*
- 9.- *Cabanellas Guillermo. Diccionario de Derecho Usual. 6a. Edición. Tomo II.*
10. *Código de Instrucción Criminal.*
11. *Código Penal de El Salvador.*
12. *Constitución Política de 1886, y enmiendas de 1945.*
13. *Constitución Política de Costa Rica.*
14. *Constitución Política de El Salvador.*
15. *Constitución Política de Guatemala.*
16. *Constitución Política de Honduras.*
17. *Constitución Política de Nicaragua.*
18. *Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Suscrita en Roma, el 4 de noviembre de 1950.*
19. *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hom-*

- bre. Aprobada en Bogotá, el 2 de mayo de 1948.
20. *Declaración Universal de Derechos Humanos. Aprobada en París, el 10 de diciembre de 1948.*
 21. *Del Vecchio Giorgio. Filosofía del Derecho. 8a. Edición Española. Bosch, Casa Editorial Barcelona.*
 22. *Enciclopedia Jurídica OMEBA. Tomos II, XIII y XX. Editorial Bibliográfica Argentina. S.R.L. Buenos Aires.*
 23. *Fernández Julio Fausto. Los Derechos del Hombre desde el Punto de Vista Filosófico. Revista de la Universidad de El Salvador. Año LXXXIV Enero-Junio. Nos. 1 y 2, 1959.*
 24. *Fernández Julio Fausto. Los Valores y el Derecho. Ministerio de Cultura. Departamento Editorial, El Salvador 1957.*
 25. *Fix Zamudio Héctor. Protección Procesal de las Garantías Individuales en América Latina. Boletín del Colegio de Abogados de Guatemala. Año XV. Nº 1 Enero-Febrero. Marzo-Abril. 1957.*
 26. *Gallardo Ricardo. Las Constituciones de la República Federal de Centroamérica. Tomos I y II. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1958.*
 27. *García Bauer Carlos. Los Derechos Humanos Preocupación Universal. Editorial Universitaria, Guatemala 1960.*
 28. *Gavidia Francisco. Historia Moderna de El Salvador. Tomo I. Imprenta Meléndez, San Salvador. Año MCMXVII.*
 29. *Hauriou Maurice. Principios de Derecho Público y Constitucional. 2a. Edición. Instituto Editorial Reus.*
 30. *Jellinek Jorge. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Editorial Nueva España, S.A. México.*
 31. *Jennings Ivor. Magna Carta. Editado para los servicios Británicos de información por la central office information, Londres 1965.*
 32. *Jiménez de Azúa Luis. La Ley y el Delito. 4a. Edición. Editorial Hermes. México-Buenos Aires, 1963.*
 33. *Jiménez de Azúa Luis. Tratado de Derecho Penal. 2a. Edi-*

- ción. Tomos II y III. Editorial Losada, S.A. Buenos Aires.
34. *Ley de Estado Peligroso. Decretada en El Salvador el 15 de mayo de 1953.*
35. *Ley de Jurisdicción Tutelar de Menores. Decretada en El Salvador, el 14 de julio de 1966.*
36. *Linares Quintana Segundo V. Tratado de la Ciencia del -- Derecho Constitucional y Comparado. Tomos III y V. Editorial Alfa Buenos Aires, 1956.*
37. *Merlos Salvador Ricardo. El Constitucionalismo Centroamericano en la Mitad del Siglo XIX. Revista de la Universidad de El Salvador. Nos. 3 y 4 1960.*
38. *Ollero Carlos. El Derecho Constitucional de la Postguerra. Librería Bosch, Barcelona 1949.*
39. *Pardos Pérez José Luis. Protección Internacional del Individuo. I Convención Europea de Derechos del Hombre y Libertades Fundamentales. Madrid 1963.*
40. *Porrúa Pérez Francisco. Teoría del Estado. 2a. Edición. Editorial Porrúa. S.A. México 1958.*
41. *Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos, elaborado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos. Aprobado en Santiago de Chile, el 8 de septiembre de 1959.*
42. *Proyecto de Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas. Este Proyecto se encuentra en discusión.*
43. *Recaséns Siches Luis. Tratado General de Filosofía del -- Derecho. 2a. Edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1961.*

