



UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA  
Y CIENCIAS SOCIALES

**“APLICACION DE LA LEY  
PENAL EN RELACION A  
LAS PERSONAS”**

TESIS DOCTORAL

PRESENTADA POR

Pedro Antonio Novoa

PREVIA A LA OPCION DEL TITULO DE

**Doctor en Jurisprudencia y Ciencias Sociales**

OCTUBRE 1970



T  
345  
N  
1970  
F. J. C.

3775  
E-1  
UES BIBLIOTECA CENTRAL  
  
INVENTARIO: 10109985

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTOR:

Dr. José María Méndez

SECRETARIO GENERAL:

Dr. Oscar Quinteros Orellana

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO:

Dr. Guillermo Chacón Castillo

SECRETARIO:

Dr. José Guillermo Orellana Osorio

JURADOS EXAMINADORES

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE

"MATERIAS PROCESALES Y LEYES ADMINISTRATIVAS"

Presidente: Dr. Ricardo Falla Cáceres  
1er. Vocal: Dr. Francisco Arrieta Gallegos  
2do. Vocal: Dr. Pedro Noubleau

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE

"MATERIAS CIVILES, PENALES Y MERCANTILES"

Presidente: Dr. Eduardo Alfredo Cuéllar  
1er. Vocal: Dr. José Romeo Flores  
2do. Vocal: Dr. Ulises Salvador Alas

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE

"CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION Y LEGISLACION LABORAL"

Presidente: Dr. Marcos Gabriel Villacorta  
1er. Vocal: Dr. Luis Ernesto Gutiérrez  
2do. Vocal: Dr. Salvador Navarrete Azurdia

ASESOR DE TESIS

Dr. Rodolfo Antonio Gómez

TRIBUNAL QUE CALIFICO LA TESIS

Presidente: Dr. Luis Salmán Cortez  
1er. Vocal: Dr. Homero Sánchez  
2do. Vocal: Dr. Miguel Angel Gómez

DEDICATORIA

A LA MEMORIA DE  
MIS PADRES:

Celestino Novoa y  
Eloísa Villalta

A MI ESPOSA:

María del Carmen Guevara  
de Novoa

A MIS HIJOS:

Carlos Ernesto y  
Violeta Elizabeth Novoa

A MI AMIGO:

Carlos Octavio Tenorio

I N D I C E

páginas

INTRODUCCION..... 1

C A P I T U L O I

1.- IGUALDAD ANTE LA LEY..... 3

C A P I T U L O II

2.- FUERO COMUN: ..... 20

a) Generalidades,

b) Excepciones: inmunidad, inviolabilidad,  
privilegios.

c) Ante-juicio.

C A P I T U L O III

3.- FUERO CONSTITUCIONAL:..... 43

a) Privilegios penales del Presidente de -  
la República y otros funcionarios de -  
Estado;

b) Privilegios penales de los diputados: -  
inviolabilidad de palabra, inmunidad pro  
cesal y garantías procesales;

- c) Privilegios procesales de la función judicial;
- d) Otros privilegios menores de orden procesal.

C A P I T U L O IV

- 4.- FUERO DIPLOMATICO;..... 66
  - a) Privilegios penales de los Jefes de Estado extranjeros en nuestro país,
  - b) Privilegios de los diplomáticos y -- otras personas,
  - c) Disposiciones del Código Bustamante.

C A P I T U L O V

- 5.- FUERO MILITAR.....
  - a) Regulación especial,
  - b) Fuero atractivo.

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

Me ha cabido la suerte de escribir mi Tesis doctoral abordando el interesante tema denominado "Aplicación de la Ley Penal en relación a las Personas", y a ello me dispongo persiguiendo una doble finalidad: la primera estriba en el deseo de recalcar el principio constitucional con que comienza el enunciado del artículo 150 de nuestra Constitución Política vigente que dice: "Todos los hombres son iguales ante la ley". Y, la segunda de esas finalidades descansa en el deseo de desentrañar la propia naturaleza de los llamados casos de excepción al principio de igualdad en lo que respecta a la aplicación de la ley penal, con el objeto de tratar de disipar las dudas que han surgido en la mente de muchos estudiosos de estas cuestiones jurídicas, para quienes, los llamados casos de excepción, vienen a constituir un resabio de los que fueron privilegios de que gozaron en la antigüedad y en la edad media - los miembros de una clase privilegiada llamada nobleza, y por ello creen los que así piensan, que los casos de

excepción deberían desaparecer del ámbito de la aplicación de la ley penal en relación a las personas, olvidando con ello, de que tales excepciones no lo son de una manera absoluta y personal; sino que constituyen, en la mayoría de los casos, una garantía protectora de la función en forma directa, la cual alcanza de manera indirecta a la persona titular de tal función, siendo las más de las veces, de carácter procesal, que no de carácter material, aunque a veces, algunos actos de orden procesal producen efectos materiales.

Entendido así el sentido y la naturaleza de estos privilegios de excepción, se advierte que no contradicen el principio de igualdad ante la ley, por el contrario, lo confirman.



C A P I T U L O I

IGUALDAD ANTE LA LEY

Casi todas las modernas Constituciones Políticas sientan en sus textos el principio de la igualdad de todos los hombres ante la ley, como una garantía o derecho subjetivo público otorgado a todos los seres humanos por su propia naturaleza humana y el cual conlleva la obligación correlativa por parte del Estado y sus autoridades consisten en el hecho de que para aplicar la ley, no deben establecer diferencias o distinciones que tengan por base las diferentes nacionalidades, razas, sexos o religiones de los diversos sujetos.

Es un derecho subjetivo público, porque su titular lo puede hacer valer frente al Estado y sus autoridades pues la propia Constitución garantiza su ejercicio; y decimos que no es absoluto porque la misma Constitución establece cierta clase de limitaciones como cuando dice: que el comercio y la industria en pequeño son patrimonio exclusivo de los salvadoreños por nacimiento; que determinados cargos públicos sólo pueden

ser ejercidos por los ciudadanos; pero aún estas aparentes limitaciones no contradicen el principio de igualdad ante la ley, porque no se aplican a las personas individualmente consideradas.

Juridicamente la igualdad es una circunstancia que se traduce en el hecho de que varias personas, en número indeterminado, que se encuentren en una determinada situación, tengan la posibilidad y capacidad de ser titulares cualitativamente de los mismos derechos y de contraer las mismas obligaciones que emanan de dicho estado. En otras palabras, la igualdad, desde un punto de vista jurídico, se manifiesta en la posibilidad y capacidad de que varias personas, numéricamente indeterminadas, adquieran los derechos y contraigan las obligaciones derivadas de una cierta y determinada situación en que se encuentran.

La igualdad, pues, está demarcada por una situación determinada; por ende, puede decirse, que dicho fenómeno sólo tiene lugar en relación y en vista de un estado particular y definido. Para ilustrar nuestras anteriores apreciaciones, recurramos a la ejemplificación.

El arrendatario, el mutuario, el comerciante, etc., tienen en términos abstractos una situación jurídica determinada y específica establecida por el orden de derecho correspondiente. Pues bien, un comerciante, un arrendatario, un mutuario personalizados, individualizados gozan de los mismos derechos y responden de las mismas obligaciones que todas aquellas personas que tienen su misma situación jurídica de comerciantes, arrendatarias o de mutuarios. Por ende, ésta constituye el presupuesto, el campo de operación, del fenómeno de igualdad jurídica, que se revela, repetimos, en la posibilidad y capacidad que tiene una persona individualmente considerada de ser titular de derechos y contraer obligaciones que corresponden a otros sujetos numéricamente indeterminados que se encuentran en una misma situación jurídica. Por exclusión, no puede establecerse una relación igualitaria entre la posición concreta que guarda una persona colocada en una situación jurídica determinada, con la que ostenta un individuo perteneciente a otro estado de derecho particular diferente. El criterio que sirve de base para constatar si existe o no igualdad -- desde un punto de vista jurídico es, pues, la situación

de derecho determinada en que dos o más personas se hallen.

Ahora bien, el individuo como persona jurídica, es susceptible de ser estimado por el orden de derecho bajo diferentes aspectos. Estas distintas maneras de estimación del sujeto por el Derecho se establecen por una multitud de factores imputables a relaciones de diversa índole. Así una persona, que entabla con otra una relación jurídica a virtud de la cual la energía de ésta última está bajo la dirección y dependencia de la primera a cambio de una retribución determinada, será considerada como patrón en esta situación especial.

Con estas palabras se nos pone de manifiesto en qué consiste la igualdad jurídica, o sea esa aptitud abstracta y subjetiva de toda persona humana de ser titular de derechos y obligaciones que se objetivizan en cada caso concreto, siempre que cualquier otra persona disfrute de esa misma igualdad en una situación de derecho determinada.

Este hermoso principio de la igualdad ante la ley, es de proclamación relativamente reciente en las Consti-

tuciones Políticas de los países civilizados; y más reciente es todavía el sentido en que ahora lo entendemos como perteneciente a la categoría de los derechos fundamentales del hombre, que si bien fueron inspirados en la doctrina del jusnaturalismo de época reciente, sus raíces se remontan a las luchas sangrientas libradas -- por el pueblo con el objeto de arrebatar el poder onnímodo del absolutismo monárquico, el señorío feudal, la en mala hora llamada nobleza y la preeminencia eclesiástica.

Era despiadada, notoria e inhumana la desigualdad que imperaba durante las épocas de la Edad Antigua, la Edad Media y gran parte de la Moderna y de la Contemporánea. La prueba más robusta nos la brinda el hecho de que en tales épocas se institucionalizaron la esclavitud y la servidumbre, y si bien Aristóteles, el gran filósofo griego, dijo en cierta ocasión que "la esclavitud era un mal necesario", tal afirmación la hizo en términos económicos, nunca en términos filosóficos.

Refiriéndonos a lo reciente de la conquista del principio de la igualdad, veamos lo que sobre el parti

cular podemos decir al respecto:

La igualdad no siempre ha existido en el decurso de la evolución de la humanidad, no ya digamos como derecho subjetivo público o como garantía individual, esto es, consagrada jurídicamente desde un punto de vista positivo, sino como fenómeno social e real. En efecto, desde los tiempos más remotos de la Historia se palpan las profundas diferencias, con variadas manifestaciones, que mediaban entre los diversos grupos humanos pertenecientes a sociedades determinadas, siendo aquéllas sancionadas por la institución de la esclavitud como índice negativo de la igualdad humana. La condición del esclavo era, principalmente en Roma, no un estado personal, o sea imputable a una persona, sino un estado real, esto es, referible a una cosa. En efecto, el esclavo-servus era conceptuado como un bien susceptible de constituir el objeto material de la contratación jurídica. Y aún independientemente de la esclavitud, la sociedad romana presentaba una profunda desigualdad por lo que respecta a las dos clases que la componían: los patricios y plebeyos. Efectivamente, exis-

tían múltiples prohibiciones jurídicas para los segundos, quienes, por ejemplo, no podrían contraer matrimonio con los primeros. Fué hasta la expedición de la Lex Canuleia cuando se permitieron las nupcias entre individuos pertenecientes a dichas dos clases sociales. El gobierno del Estado romano, por otra parte, era desempeñado únicamente por los patricios. Entre el romano y el extranjero existían también grandes desigualdades. Este no tenía ningún derecho dentro del Estado romano; estaba colocado en una situación de facto sin protección jurídica. No fue sino hasta el surgimiento del jus gentium cuando al extranjero se le reconocieron determinados derechos, suavizándose de esta manera las asperezas de la desigualdad en que otrora estaba colocado, o sea, fuera de la órbita hermética del estricto y formalista jus civile.

En la Edad Media, y no obstante la propagación de los postulados cristianos, la desigualdad era ostensible entre la sociedad humana, principalmente por lo que toca a la institución de la servidumbre, en la que los siervos estaban supeditados a la voluntad del señor feu

del y a la nobleza.

La desigualdad fáctica que prevalecía hasta antes de la Revolución Francesa, se traducía en la consiguiente desigualdad jurídica, que no era sino el reconoci---miento que hacía el Derecho Positivo respecto de los --privilegios, potestades y prerrogativas de una clase --social y económica sobre otra. Hasta la administración de justicia, cuyo recto y debido desempeño debe tener -como supuesto fundamental la igualdad, se desarrollaba en planos de marcado sectarismo, revelado en la existen---cia de los diferentes fueros.

La Revolución Francesa, inspirada en su contenido filosófico-jurídico por las doctrinas políticas de Rousseau y del jusnaturalismo, principalmente, constituyó -el origen de la consagración jurídica de la igualdad humana como garantía individual o prerrogativa del hombre oponible a las autoridades estatales. Ante la ley y para el Estado desaparecieron todos aquellos factores que integraban la desigualdad entre los diversos gobernados.

Efectivamente, la Revolución Francesa y su conse---



cuencia jurídica, la "Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano", hicieron posible el hecho de que se plasmara en forma concreta en el Derecho Positivo de los pueblos que en ellas se inspiraron, la garantía individual de la igualdad como un derecho subjetivo público, cuyo titular, el hombre, lo puede hacer valer frente al Estado y sus gobernantes.

Sin embargo, existen autores que, y esa parece ser la realidad, consideran que los antecedentes más remotos de la proclamación de la igualdad de los hombres ante la ley, se encuentran en las Constituciones de Inglaterra, como la "Carta Magna" arrancada por los Barones al Rey Juan Sin Tierra en el año de 1215, así como también, las Constituciones que paulatinamente se fueron dando las colonias inglesas en América. Los filósofos antiguos de Grecia y Roma, y aún de épocas anteriores, trataron de buscar una ecuación que permitiera la coexistencia de la autoridad y de la libertad. Las formas de gobierno de Aristóteles, Platón, Cicerón y Polibio demuestran ese mismo anhelo. La llamada voluntad popular no es más que un intento para limitar la -

omnipotencia de los reyes de origen divino.

Las monarquías estamentarias -como Inglaterra, Francia y España- organizaron el poder con el fin de conseguir la intervención de los distintos estamentos, de manera que la voluntad estatal fuera la resultante de sus diversos intereses.

Sin embargo, solamente en Inglaterra observamos una evolución política que permitió una intervención cada vez mayor de los ciudadanos, limitando la voluntad real. Por el contrario, en Francia y España se llegó al tipo de la monarquía absoluta.

La magna Carta (1215) el Acta de Habeas Corpus (recurso de amparo, de 1679) y principalmente el Bill of Rights, de 1689, son los documentos jurídicos ingleses que nos demuestran la existencia de un Rey con poderes limitados, y de derechos individuales reglamentados y reconocidos en forma efectiva.

Más tarde, las colonias de Norteamérica, herederas del espíritu político inglés e influenciadas por las doctrinas de los filósofos Locke, Rousseau y Montesquieu,

redactaron la Declaración de la Independencia, de 4 de julio de 1776, que se basa en las teorías del Derecho natural, al reconocer que: "todos los hombres nacen iguales, que a todos les confiere su creador ciertos derechos inalienables, entre los cuales están la vida, la libertad y la busca de la felicidad.....

La culminación jurídica de las teorías individualistas la encontramos en las Declaraciones de Derechos de algunos Estados norteamericanos, principalmente las de Virginia (12 de junio de 1776) Pennsylvania ( 28 de septiembre de 1776), Maryland (11 de noviembre de 1776) y Massachusetts ( 2 de marzo de 1780).

El artículo 10. de la Declaración de Derechos de la Constitución de Virginia, sostenía que "Todos los - hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes, y tienen ciertos derechos inherentes de los -- cuales, cuando entran en sociedad, no pueden, por virtud de ningún contrato, privar o despojar a sus descendientes, especialmente son el goce de la vida y de la - libertad, con los medios de adquirir y de poseer la propiedad y perseguir y obtener la felicidad y la seguridad.

El Preámbulo de la Constitución de Massachusetts, disponía: "La finalidad de sustituir, mantener y administrar el Gobierno, es asegurar la existencia del cuerpo político, así como asegurar a los individuos que lo forman la posibilidad de disfrutar tranquila y seguramente sus derechos naturales y sus vidas.

La Constitución de Pennsylvania, artículo 5º, decía que " el Gobierno es o debe ser instituido para beneficio común y para la protección y seguridad del pueblo, nación o comunidad, y no para la utilidad o ventaja de un hombre, familia o grupo en particular, pues éstos solamente forman parte de la comunidad.

El contenido y precisión de estas declaraciones influyó notablemente en la famosa "Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano", que redactaron los Constituyentes franceses en 1789.

Mucho se ha discutido sobre la originalidad de esta Declaración, cuyo texto ha pasado a ser clásico. Los autores franceses niegan haberla tomado de las declaraciones norteamericanas; sin embargo, los profesores Bur

deau, Hauricu y Laferrière, reconocen la influencia norteamericana, agregando que también existen antecedentes ingleses y franceses en su redacción, principalmente -- por la influencia de Locke, Rousseau y Montesquieu.

En efecto, la Declaración no tiene por única finalidad la de reconocer los derechos de los hombres, pues contiene las bases principales de la Constitución francesa, que, sin duda alguna, eran de origen inglés, de Locke, y divulgadas por Montesquieu, como ya se ha estudiado.

En todo caso, esta Declaración tiene el mérito de ser más general y más abstracta que sus modelos de los Estados Unidos. Es tan doctrinaria que algunos autores le han negado el valor de ley positiva para considerarla como una simple declaración de principios. En verdad es una ley constitucional, cuyo valor reconoce la actual Constitución francesa, al remitirse expresamente a ella, adicionándola con nuevos derechos de acuerdo con las actuales teorías políticas.-

Sea como sea, lo cierto es que la garantía de i--

igualdad ante la ley, nació a la vida jurídica en el siglo XVIII, como uno de los derechos fundamentales del hombre, primero, como una limitación al poder absoluto del monarca, luego, como una limitación a toda actividad estatal que intente vulnerar tal garantía, y por último como una nivelación abstracta de la dignidad de la persona humana frente al Derecho.

Digo nivelación abstracta porque, en la forma concreta y sobre todo en los Estados totalitarios, esta nivelación, esta igualdad jurídica es burlada por la realidad.

Como ejemplo de lo que acabamos de afirmar, tenemos, aunque ya pertenece al pasado, el régimen nacional socialista en la Alemania de Adolfo Hitler, durante el cual, no sólo se desconoció la igualdad de los hombres ante la ley, sino que se llegó hasta el grado de institucionalizar el más horrendo de los delitos, el genocidio, con el casi logrado exterminio total de la raza judía por la única razón, de ser la raza judía.

Si bien es cierto que el régimen nazi sucumbió al sufrir la más humillante derrota al final de la Se--

gunda Guerra Mundial, no por ello dejaron de existir los regímenes totalitarios, unos de carácter político, otros de carácter económico, pero ambos hacen causa común en cuanto al desconocimiento del principio de la igualdad humana.

Sin embargo, la lucha ha continuado por lograr la aspiración de todos los tiempos, la prevalencia de los Derechos del hombre como la máxima conquista jurídica y la mayor exaltación de la dignidad de la persona humana.

Para finalizar el presente capítulo, quiero referirme brevemente a la subdivisión que hacen los autores en lo que se refiere al principio de la igualdad ante la ley.

Ellos lo subdividen en: igualdad ante la justicia, que entre todos es el que más nos interesa para los efectos de este trabajo, igualdad ante la opción de los cargos públicos, siempre que los optantes llenaran los re-quisitos exigidos por la ley, y por último, la igualdad ante las cargas públicas, las cuales pueden ser de naturaleza real, como el pago de los impuestos, o de índole personal, como es la obligación de prestar el servicio

militar obligatorio o de acudir a la defensa de la patria en cualquiera de las formas siempre que se encuentre amenazada.

La igualdad ante la justicia se proclamó a virtud de una rebelión popular a efecto de hacer desaparecer los tribunales especiales existentes en la Edad medieval los cuales se encargaban de impartir justicia a la clase privilegiada, cuyos miembros tenían el privilegio de ser juzgados por individuos pertenecientes a su misma clase, a sus propios pares, dando lugar con ello a que los negros delitos muchas veces quedaran en la impunidad por virtud de estos privilegios personales, de los que ya no quedan ni señales, aunque sí se mantienen los privilegios o fueron reales o de causa o funcionales, de los cuales nos ocuparemos en los próximos capítulos.

Como consecuencia de lo anteriormente dicho, se estableció la igualdad ante la ley penal, la cual le permite a toda persona el derecho de ser tratada, cuando se le juzga a través de un proceso penal, en la misma forma y con iguales oportunidades con que sería tratada



en iguales circunstancias cualquiera otra persona de la especie humana, teniendo por base su menor o mayor penalidad, en el caso de salir condenado, únicamente el grado de su participación en la acción delictiva y las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

C A P I T U L O    I I

F U E R O    C O M U N

- a) Generalidades;
- b) Excepciones: inmunidad, inviolabilidad, privilegios;
- c) Ante-juicio.

Fuero Común:    a) Generalidades:

La palabra "fuero" ha tenido y tiene aún muy variadas acepciones. En épocas pasadas, y especialmente -- en la terminología medieval, se denominaron "fueros" a -- las compilaciones o códigos generales de leyes, como el Fuero Juzgo, a los usos y costumbres, que consagrados -- per una observancia general, llegaron a adquirir con el transcurso del tiempo la fuerza de ley no escrita; a -- las cartas de privilegios o instrumentos de exención -- de gabelas; concesiones de gracia; mercedes; franqu---

cias y libertades, a las cartas pueblas o los contratos de población, en que el dueño del terreno pactaba con los pobladores o colonos las condiciones bajo las cuales habían de cultivarlo y disfrutarlo; a los instrumentos o escrituras de donación otorgadas por algún señor o propietario a favor de particulares, a las declaraciones hechas por los magistrados sobre los términos y costes de los consejos, sobre las penas y multas en que debían incurrir los que las quebrantasen; a las cartas expedidas por los reyes o por los señores, en virtud de -- privilegio dimanado de la soberanía, en que se contenían constituciones, ordenanzas y leyes civiles y criminales, dirigidas a establecer los comunes de villas y ciudades, erigirlas en municipalidades y asegurar en ellas un gobierno adecuado; al lugar del juicio, la jurisdicción y potestad de juzgar, al tribunal del juez a cuya jurisdicción está sujeto el acusado o demandado, al distrito o territorio dentro del cual puede ejercer cada juez, su jurisdicción; y, más modernamente, a los privilegios acordados por las Constituciones Políticas a favor de -- los legisladores y en general, a todos los funcionarios públicos de alta jerarquía, sujetos a causas de responsa

bilidad. La palabra fuero deriva de foro, y ésta de forum, que es tribunal, jurisdicción o lugar en sentido legal, extensivamente se aplica a quienes actúan ante un tribunal o jurisdicción y para referirse a la materia o clase de jurisdicción.

Los fueros que constituyeron verdaderos privilegios otorgados a determinadas personas para ser juzgadas por una jurisdicción especial compuesta por individuos de su misma clase, llamados pares o iguales, son los que más se opusieron al principio de igualdad ante la ley, porque con ello perdían la oportunidad de que al ser juzgados por personas que ya no eran de su misma clase, muchos delitos ya no quedarían en la impunidad. Al establecerse el principio de la igualdad ante la ley, nace el fuero ordinario aplicable a todos los individuos de la especie humana sin ninguna distinción de carácter personal, y a éste se le llamó fuero común, esto no quita la existencia de fueros especiales, también llamados reales o de causa, los cuales no constituyen privilegios personales, sino que su fundamento y razón son otros, como la garantía e independencia de la función y por ende de la salvaguarda de la persona que ejerce tal función.

b) EXCEPCIONES: De acuerdo con la opinión de muchos autores, y esa es la realidad, los llamados casos de excepción que consisten en la inviolabilidad, la inmunidad y el privilegio procesal de antejuicio, no desvirtúan el principio de igualdad ante la ley penal porque a final de cuentas, es el fuero común el que juzga y castiga a los funcionarios delincuentes, después de haber agotado las prerrogativas de que están revestidos, por lo que dichos autores les llaman a estos casos de excepción, substracción temporaria de la aplicación de la ley penal. La única excepción verdadera que encontramos es la llamada jurisdicción militar, pero tampoco es personal sino que material, pues conoce únicamente de los delitos puramente militares; es decir, se basa en la naturaleza militar de la infracción y no en la calidad de militar del infractor, tanto es así, que cuando un militar comete un delito del orden común, lo juzga y castiga - la jurisdicción común.

Las excepciones que protegen la función y la persona del funcionario, son conocidas con los nombres de inmunidad, inviolabilidad y el privilegio.

La inviolabilidad es de rancio abolengo, puesto que desde la época antigua protegía al monarca: rey, empera--

dor, príncipe y aún al regente. Su naturaleza y sobre todo su excesiva amplitud ha sido muy discutida por los autores, pues el monarca era totalmente irresponsable, cualidad que le venía como consecuencia de su origen divino, -- encontrando más tarde, asidero legal por medio de uno de los preceptos del Digesto que decía: " Princep legibus solutus est".

A partir del aparecimiento de las doctrinas que le negaron su origen divino a la monarquía, la cual dejó de ser absoluta, y sobre todo con el aparecimiento del sistema constitucionalista y la institucionalización de los gobiernos republicanos, democráticos y representativos, aunque las prerrogativas que venimos estudiando subsistieron, y subsisten aún, pero situadas en el lugar que les corresponde y atendiendo a una razón y naturaleza diferente.

Hoy pertenecen al Derecho Público constitucional y al Derecho Internacional Público, dando lugar al nacimiento del fuero constitucional y al fuero diplomático, para proteger y garantizar la función pública y la persona del que desempeña tal función. Existe también el fuero militar pero con características propias y obedeciendo a razones específicas cuales son: el mantenimiento del orden, la -

disciplina y la seguridad de las instituciones militares, -  
con el objeto de que su principal misión, la de mantener  
ilesa la soberanía y la integridad del territorio, así co-  
mo el mantenimiento del orden y seguridad interna del Es--  
tado y el fiel cumplimiento de sus leyes, no sufran menos-  
cabo alguno.

INMUNIDAD: La inmunidad protege a determinadas  
personas con el objeto de que no puedan ser perseguidas  
penalmente durante el tiempo que dura su cargo, ya sea  
desempeñando una función política interna, o una función -  
política externa o diplomática.

INVIOLABILIDAD: La inviolabilidad no permi--  
te sufrir ninguna clase de pena a la persona que la goza;  
pero no hay que confundir el hecho de no aplicarse la pena  
con el hecho de estar fuera de la ley penal, legibus solu-  
tus, porque esto último iría contra el principio de la i--  
gualdad ante la ley penal o estar por encima de las leyes,  
lo cual en la época moderna y sobre todo en los Estados de-  
mocráticos es inconcebible.

PRIVILEGIO: El privilegio o prerrogativa, -  
pues en suma todos los privilegios, se refiere a que cier-

tas personas que desempeñan funciones públicas, políticas de cierto grado de jerarquía, gozan de las garantías de un antejuicio o de un procedimiento especial y en ciertos casos, son juzgados ya en el juicio propiamente dicho por un tribunal de mayor jerarquía

c) ANTE-JUICIO: El antejuicio, como ya se dijo anteriormente, es una prerrogativa que consiste en un previo pronunciamiento que efectúa el Organo Legislativo o Judicial, según los casos, en el que declara si hay o no lugar a formación de causa en contra del funcionario denunciado o acusado; todo con el objeto de examinar la robustez de la prueba y la gravedad del delito, a fin de evitar denuncias o acusaciones que sólo tengan por objeto perjudicar a la persona del denunciado a través del odio, la venganza o las diferencias de política partidarista, entorpeciendo de esta manera la función del encausado. Para determinada categoría de funcionarios, en nuestro medio, es imprescindible el antejuicio ya se trate de delitos oficiales o comunes, mientras que para otros, dicho antejuicio sólo tiene lugar tratándose de delitos oficiales.

A este respecto cabe advertir que, entre nosotros, y de acuerdo siempre con la categoría de los fun



cionarios, el antejuicio puede desarrollarse en la Asamblea Legislativa cuando estuviere reunida, si se tratare de los casos contemplados en los artículos 211, 212 y el inciso 1o. del Art. 45 de nuestra Constitución Política. Si no estuviere reunida, dicho antejuicio lo tramitará y resolverá la Comisión Permanente de la Asamblea, "excepto cuando se trate de los Presidentes de los Poderes Públicos", de conformidad con la atribución 4ª del Art. 49 de nuestra Constitución Política. También puede promoverse y resolverse el antejuicio en la Corte Suprema de Justicia, cuando se trata de los funcionarios que especifica el Art. 213 de la Constitución nuestra, pero únicamente cuando se trate de delitos oficiales, éstos mismos funcionarios estarán sujetos a los procedimientos ordinarios por los delitos y faltas comunes que cometan, de acuerdo con la parte final del Art. 213, de nuestra Constitución Política.

El antejuicio tiene por misión el conciliar la aparente violación al principio de Igualdad ante la Ley, y la garantía de libertad e independencia de los Poderes Públicos. Tal conciliación la realiza en esta forma: Al hacer uso el Organo correspondiente de la facultad de examinar la veracidad de los hechos inclinados a los funciona--

rios públicos, la calidad de las pruebas, el móvil de la acusación o denuncia y la buena o mala fé del acusador o denunciante, dicho Organo queda capacitado para emitir una resolución que puede revestir una de las dos formas: declarando que hay lugar a formación de causa y sometiendo al funcionario culpable a la jurisdicción del Tribunal competente, si descubre que los hechos imputados son ciertos, que la prueba no está viciada, que el móvil de la denuncia no es el odio, la venganza, o cualquier otro motivo personal o político, y que el denunciante ha obrado de buena fé, con lo cual estará reafirmando el principio de Igualdad ante la Ley, o, declarando que no hay lugar a formación de causa y ordenando que se archiven las diligencias, al descubrir que la denuncia no persigue otro fin que el de acarrearle perjuicios a la persona del funcionario y por ende a la función que éste desempeña, echando mano de motivos innobles, en este caso se estaría garantizando la libertad e independencia de las que debe gozar el funcionario en el ejercicio de su función. Interpretando así el privilegio o prerrogativa del antejuicio, se ve claro que éste, por una parte, reafirma el principio de la Igualdad ante la Ley, y por la otra, resguarda la garantía de la libertad e independencia con que deben actuar los funcionarios públicos -

evitando la invasión de un Poder en la esfera de otro Poder, o la malicia de los particulares desafectos al gobierno. De esta manera se desvanece el aparente conflicto entre ambas garantías.

Precisamente por ser el antejuicio una condición sine qua non para ejercitar la acción criminal contra las -- personas que gozan de fuero constitucional, es motivo para -- que algunos tratadistas consideren que tal prerrogativa pertenece al Derecho Procesal Penal, lo cual es un error, porque el Derecho Procesal Penal es el instrumento de que se vale la función jurisdiccional para juzgar las distintas conductas antijurídicas, cuyo resultado es una sentencia absoluta o condenatoria, pero en el antejuicio la Asamblea Legislativa o la Corte Suprema de Justicia, en su caso, no está juzgando conductas, sino examinando los fundamentos de la denuncia o acusación contra las altas autoridades de los tres Poderes, con el objeto de precaver el buen o mal uso de la -- acción criminal que se pretende ejercitar. Por eso es que la declaratoria con que finaliza el antejuicio no tiene el valor de una sentencia, porque como no se ha estado juzgando, no se puede absolver ni condenar, no es un acto jurisdiccional, y tal declaratoria no causa estado, no recibe autoridad de cosa juzgada. Más bien pareciera y que en verdad lo es, un --

presupuesto de la acción, pero no por eso debemos afirmar - que pertenece al Derecho Procesal Penal; para mi, sigue siendo una garantía constitucional que protege, según los casos, el principio de Igualdad ante la Ley y el principio de libertad e independencia de los funcionarios públicos en el ejercicio de su función.

El título XII de nuestra Constitución Política vigente, al hablar "De la responsabilidad de los funcionarios públicos, fija en su Art. 210, la base para exigir dicha responsabilidad; pero esta disposición se refiere a los delitos oficiales cometidos por dichos funcionarios con motivo o con ocasión del desempeño de la función.-

El Art. 210 C.P. citado dice así: "Art. 210. Todo funcionario civil o militar, antes de tomar posesión de su cargo, protestará bajo su palabra de honor, ser fiel a la -- República, cumplir y hacer cumplir la Constitución, ateniéndose a su texto, cualquiera que fueren las leyes, decretos, órdenes o resoluciones que lo contraríen, prometiendo, además, el exacto cumplimiento de los deberes que el cargo le imponga, por cuya infracción será responsable conforme a las leyes".



Como dije antes, la disposición transcrita, es el fundamento para exigir la responsabilidad de los funcionarios públicos, pero que tal responsabilidad es la proveniente de la comisión de los delitos y faltas oficiales.

Pero el antejuicio que es donde se examinan los fundamentos de un posible enjuiciamiento, no se refiere sólo a los delitos oficiales a que alude el Art. 210 C.P., sino que va más allá y se extiende hasta los delitos comunes, cuya responsabilidad la determinan y la exigen las leyes penales comunes. La razón de la equiparación de los delitos oficiales y comunes, para los efectos del antejuicio, es idéntico en ambos casos, de acuerdo con el Art. 211 C.P y salvo los casos expresamente determinados. Como en el Derecho Constitucional Salvadoreño no existe el llamado "juicio político" por medio del cual, en los sistemas donde se dá, en tratándose de determinados funcionarios y de determinados delitos oficiales, finaliza dicho juicio político por una sentencia, que cuando es condenatoria, las penas a que condena se reducen a la destitución del funcionario y a la inhabilitación para desempeñar cualquier otro cargo público, pero no a sufrir una pena corporal, salvo los casos expresa

mente exceptuados. Tal sucede en México en donde existe el sistema bicameral y su Constitución hace distinción entre los delitos cometidos por sus funcionarios públicos, en oficiales y comunes, dándoles un tratamiento distinto en cuanto a la aplicación del Fuero Constitucional, según sea la naturaleza de tales delitos.

En México, para los delitos oficiales está establecido el juicio político, en el cual, la Cámara de diputados funciona como órgano acusador, y la Cámara de senadores funciona como tribunal de instrucción y de sentencia, condenando a la destitución del funcionario y la inhabilitación para aceptar cualquier otro cargo público, salvo que la infracción tenga otra pena señalada en las leyes, en cuyo caso, el funcionario destituido es puesto a la orden del juez de lo común. En cambio, si el delito cometido por el funcionario es del orden común, únicamente conoce en el antejuicio la Cámara de diputados, para los efectos de desaferrarlo y someterlo a la jurisdicción común, quedando en suspenso sus funciones hasta que se pronuncie fallo judicial, que en el caso de ser absolutorio, tiene derecho el funcionario suspendido a reasumir su función; excepto si se trata de Presidente de la República, quien siempre será juzgado por el Senado como si se tratara de un delito oficial y además, goza

de verdadera inviolabilidad en ciertos delitos.

Luego entonces, al no existir el juicio político - para el delito oficial en El Salvador, la función y la persona del titular de la misma, tiene que protegerse por medio del antejuicio en ambas clases de delitos. Sin embargo hay sus casos de excepción como los establecidos en la parte final del Art. 213 de nuestra Constitución Política.

Hay un caso raro en nuestra Constitución, que es el reverso de todo lo que antes hemos expuesto, y es el contemplado en su Art. 45.

Dice así: "Art. 45. Los Diputados no podrán ser juzgados por delitos graves que cometan desde el día de su elección hasta el fin del período para que fueron elegidos, sin que la Asamblea Legislativa declare previamente que hay lugar a formación de causa. En este caso deberá destituir al culpable y someterlo a los tribunales comunes".

O sea pues que en este caso sí hay destitución, pero no se da por sentencia pronunciada en juicio político, ---- sino que se da por un Acuerdo Legislativo como consecuencia de la declaratoria hecha en el antejuicio de haber lugar a formación de causa.

*A elegido Diputado Junio 13 -  
comete delito Junio 14*

En cambio si se trata de un delito oficial, el -- Art. 212 C.P., dice que se aplicará el artículo anterior, o sea el Art. 211 C.P., el cual dice: "Art. 211 El Presidente y el Vice-Presidente de la República, los Designados a la Presidencia, los Ministros y Sub-secretarios de Estado, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y de las Cámaras de Segunda Instancia, El Presidente y los Magistrados -- de la Corte de Cuentas de la República, el Fiscal General de la República, el Procurador General de Pobres, los miembros del Consejo Central de Elecciones y del Consejo Superior de Salud Pública, y los representantes diplomáticos, responderán ante la Asamblea Legislativa por los delitos oficiales y comunes que cometan".

"La Asamblea, oyendo a un fiscal de su seno y al in duciado, o a un defensor especial, en su caso, declarará si hay o no hay lugar a formación de causa. En el primer caso, se pasarán las diligencias a la Cámara de Segunda Instancia que determine la ley, para que conozca en primera instancia y, en el segundo caso, se archivarán. De las resoluciones que pronuncie la Cámara mencionada conocerá en segunda instancia una de las Salas de la Corte Suprema de Justicia, y del recurso de casación, la Corte en pleno.



Cualquiera persona tiene derecho de denunciar los delitos de que trata este artículo y de mostrarse parte, si para ello tuviere las cualidades requeridas por la Ley".

Luego dice el Art. 212 C.P., Art. 212. El Artículo anterior se aplicará a los Diputados de las Asambleas Legislativa y Constituyente por los delitos oficiales que cometen, y en cuanto a los comunes se estará a lo dispuesto en el Art. 45. de esta Constitución".

Y más adelante el artículo 214 de la Constitución dice así: "Art. 214. Desde que se declare por la Asamblea -- Legislativa o por la Corte Suprema de Justicia, que hay lugar o formación de causa, el indiciado quedará suspenso en el ejercicio de sus funciones, y por ningún motivo podrá - continuar en su cargo. En caso contrario se hará culpable del delito de prolongación de funciones. Si la sentencia fuere condenatoria, por el mismo hecho quedará depuesto del cargo. Si fuere absolutoria, volverá al ejercicio de sus funciones, si el cargo fuere de aquellos que se confieren por tiempo determinado y no hubiere expirado el período de la elección o del nombramiento".

Ahora bien, todas estas disposiciones constitucionales más la contenida en el Art. 213 C.P., son las que es-

tablecen el antejuicio y que constituyen el Fuero Constitucional en el Derecho Público Salvadoreño; pero lo que a mí me intriga es el problema planteado anteriormente con relación a los diputados que cometen delitos comunes los cuales son destituidos y no suspendidos, y sometidos a la jurisdicción de un juez de Primera Instancia, continuándose el juicio por los trámites ordinarios, estableciendo con ello una verdadera desigualdad en relación al tratamiento recibido por los funcionarios enumerados en el Art. 211 C. P. en su inciso primero, y para quienes se establece un tribunal especial en cuanto a su jerarquía tanto para que conozca en primera instancia, como en segunda, y del recurso de casación. Y si a esto agregamos que el Art. 214 C.P. no ordena que estos funcionarios sean destituidos sino que queden en suspenso en el ejercicio de sus funciones hasta que recaiga sentencia, la cual, si fuere condenatoria, quedará depuesto el funcionario, pero si es absolutoria, éste vuelve al ejercicio de su cargo, cualquiera que se la naturaleza del delito por el que se le juzgó, la desigualdad se agrava más y se vuelve más notoria.

Por más que he tratado de encontrar la razón del fundamento jurídico de este tratamiento desigual para los diputados y para los otros funcionarios que gozan de fuero

constitucional, cuando unos u otros cometen delitos comunes, no me ha sido posible encontrarlo. Con tal propósito ----- he consultado "Los Documentos Históricos de la Constitución Política Salvadoreña de 1950 y la obra denominada "Las Constituciones de El Salvador" del doctor Ricardo Gallardo, pero todo ha sido en vano, pues en ninguna de dichas obras, - aparece la explicación de dicha desigualdad.

Hay quienes creen que se debe a que los Diputados - que integran la Asamblea, forman un grupo muy numeroso, y - que al ser destituido uno de ellos, no se entorpece u obs--taculiza la función legislativa de dicha Asamblea, además, agregan, puede ser llamado inmediatamente el suplente para que llene la vacante dejada por el Diputado destituido. --- Considero que los que así opinan, han olvidado que este --- tratamiento desigual no se da cuando el Diputado, en vez -- de ser común, es oficial el delito que ha cometido, y en -- este segundo caso, las circunstancias de ser numeroso el - grupo que integra la Asamblea, y de que puede ser llamado el suplente para que llene la vacante, no han variado, lo - que ha variado es la naturaleza del delito, pero a mi mo---do de pensar, ésta sólo circunstancia no justifica tamaño - desequilibrio. Es cierto que los Diputados gozan de otros - privilegios que los demás funcionarios no tienen pero es-

to tampoco justifica la desigualdad apuntada.

A mi entender, los constituyentes no repararon en este error, y, no obstante el haber proclamado el principio de igualdad ante la Ley, o sea: a situación igual, --tratamiento igual, en el problema anteriormente planteado instituyeron una verdadera desigualdad ante la ley.

Considero oportuno llamar la atención sobre este --problema, a efecto de que, en caso de reformas o abrogación de la actual Constitución, sea subsanado este defecto.

Pasaremos ahora a tratar de explicar a grandes rasgos el antejuicio que se desarrolla en el seno de la Corte Suprema de Justicia, advirtiendo también, que en este antejuicio vuelve a tropezarse con el problema antes expuesto, pues, este antejuicio, que también constituye fuero constitucional, protege la función y la persona de los funcionarios a que se refiere el Art. 213 de la Constitución Política, pero únicamente cuando se trate de delitos oficiales, en cuanto a los comunes estarán sujetos a los procedimientos ordinarios a temor de lo prescrito por el referido artículo 213 C.P. que dice: "Los Jueces de Primera Instancia los Gobernadores Departamentales, los Jueces de Paz y los demás funcionarios que determine la ley, serán juzgados,

por los delitos oficiales que cometan, por los Tribunales comunes, previa declaratoria de que hay lugar a formación de causa, hecha por la Corte Suprema de Justicia, Los antedichos funcionarios estarán sujetos a los procedimientos ordinarios por los delitos y faltas comunes que cometan".

Ahora bien, este artículo de la Constitución Política, cuando dice: "Y los demás funcionarios que determine la ley", es complementado por el Art. 379 del Código de Instrucción Criminal que dice: "Art. 379. En los casos en que la infracción constituya delito, la Corte Suprema de Justicia es el Tribunal competente para exigir la responsabilidad al Juez General de Hacienda, a los Jueces de Primera Instancia y de Paz, los ejecutores de autos de exhibición, los árbitros, los arbitradores, los secretarios de todos estos funcionarios, los fiscales generales y los procuradores de pobres, los asesores y los auditores de guerra por los delitos oficiales que se les imputen; lo mismo que contra los Administradores de Rentas y los Alcaldes Municipales, por los delitos que se les atribuyan en el ejercicio de sus funciones judiciales que las leyes les confieren.

"En tales casos la Corte Plena declarará que hay lugar a formación de causa y conocerá en primera instancia,

la Cámara de Segunda Instancia de lo Criminal de la Segunda Sección del Centro, y en Segunda Instancia, la -- Cámara de Tercera Instancia de lo Criminal, en la forma que va a prescribirse".

Este artículo del Código de Instrucción Criminal, hay que aceptarlo mutatis mutandi, porque contiene ciertas contradicciones con relación a las disposiciones constitucionales que tratan sobre este mismo asunto; porque el Fiscal General de la República y el Procurador General de Pobres ya no responden ante la Corte Suprema de Justicia, sino que ante la Asamblea Legislativa, por una parte, y por otra, la Tercera Instancia ya desapareció con la -- nueva estructura del Poder Judicial.-

Por otro lado, el artículo 213 de la Constitución Política, fue mal concebido por los Constituyentes de 1950 al decir: "y los demás funcionarios que determine la Ley", porque siendo un caso de excepción el fuero constitucional, es la Constitución Política la llamada a otorgarlo a los funcionarios expresamente determinados en ella misma, y no en la ley secundaria y sobre todo si ésta es de carácter - adjetiva.

Resumiendo podemos decir que, la llamada inviolabi

lidad sólo tiene lugar para ciertos jefes de Estado, sobre todo donde todavía impera la monarquía, para quienes la ley penal no les es aplicable, considerándose por algunos tratadistas, como irresponsables penalmente, aunque esto es dicutible. Luego la inmunidad establecida para los legisladores y para los agentes diplomáticos, aún que en apariencia por diferente razón, y la cual en algunos países se hace extensiva al Presidente de la República, no permite que los referidos funcionarios sean perseguidos penalmente mientras dure el cargo que desempeñan. El antejuicio o privilegio procesal que autoriza un examen previo del fundamento en que se apoya la acusación a fin de ver si ha llegado el caso de entrar en el debate judicial solemnemente, o si procede imponer silencio al querellante osado, llenando así la necesidad de salvar al que ejerce elevadas funciones públicas, de las vejaciones morales y materiales inherentes a todo juicio criminal.

Sólo nos falta agregar que tanto en el caso de que opere la inmunidad, como cuando en el antejuicio se declara que no hay lugar a formación de causa, la prescripción de la acción criminal se interrumpe, ya que el ejercicio de dicha acción está suspendida; pero cesa tal suspensión cuando el funcionario deja de ejercer sus funciones por

haber terminado su mandato o por cualquiera otra causa, siendo el término de la prescripción, para los delitos oficiales, el de dos años después de haber cesado en sus funciones, y para los delitos comunes, rigen las reglas ordinarias sobre la prescripción.



C A P I T U L O     I I I

FUERO    CONSTITUCIONAL

- a) Privilegios penales del Presidente de la República y otros Funcionarios de Estado.
- b) Privilegios penales de los Diputados: inviolabilidad de palabra, inmunidad procesal y garantías procesales.
- c) Privilegios procesales de la función judicial.
- d) Otros privilegios menores de orden procesal.

Fuero Constitucional: Este fuero es el instituido - por las disposiciones constitucionales transcritas y comentadas en el Capítulo anterior, y está constituido por los casos de excepción al principio de Igualdad ante la Ley como son los privilegios penales del Presidente de la República y otros Funcionarios de Estado; los privilegios penales de los Diputados como son la inviolabilidad de palabra, inmunidad procesal y garantías procesales de los -- mismos, los privilegios procesales de la función judicial; y otros privilegios menores de orden procesal. Todos e--

llos emanan del Derecho Público Interno, y se reducen a ciertos casos; a la prerrogativa del antejuicio y a la aparente inviolabilidad de palabra y de la emisión del voto de los diputados, que en el mejor de los casos, únicamente constituye especie de inmunidad.-

a) Privilegios penales del Presidente de la República y otros Funcionarios del Estado:

Ante todo debo advertir que en nuestro medio la responsabilidad tanto política, como penal del Presidente de la República, es plena; pues únicamente goza de la prerrogativa del antejuicio que le instruye la Asamblea Legislativa, a fin de declarar si hay o no hay lugar a formarle causa por los delitos oficiales o comunes que comete durante su período constitucional; la de ser juzgado en primera instancia por la Cámara Primera de Segunda Instancia de lo Penal de la Primera Sección del Centro y de que conozca en apelación una de las Salas de la Corte Suprema de Justicia, y del recurso de casación, la Corte en Pleno y a una verdadera inmunidad mientras dure el ejercicio de sus funciones, en lo relativo a las faltas oficiales y comunes que cometa, a tenor de lo prescrito por el inciso 2o. del Art. 23 del Código de Instrucción Criminal que a -

la letra dice: "Las faltas oficiales y comunes cometidas por las personas a que se refiere el inciso primero de este Artículo se resolverán en juicio sumario por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia; pero el juzgamiento de dichas personas por faltas, no podrá verificarse -- sino cuando hayan cesado en el ejercicio de sus funciones, quedando mientras tanto suspensa la prescripción de la -- acción penal".

Esta sería, como dije antes, una verdadera inmunidad, siendo una lástima que únicamente se encuentre establecida para las faltas y no para los delitos menos graves sean oficiales o comunes, tal como está establecida con respecto a estos últimos en favor de los Diputados de conformidad con el inciso 2o. del Art. 45 de la Constitución Política vigente.

Estos son los privilegios penales de que goza el Presidente de la República en el Derecho Público Salvadoreño, los cuales se hacen extensivos a otros funcionarios, de Estado, los cuales se encuentran enumerados en el Artículo 211 de la Constitución Política, como el Vice- Presidente de la República, los Designados a la Presidencia, los Ministros y Sub-Secretarios de Estado, los Magistrados --

de la Corte Suprema de Justicia y de las Cámaras de --- Segunda Instancia, el Presidente y los Magistrados de la Corte de Cuentas de la República, el Fiscal General de -- la República, el Procurador General de Pobres, los miembros del Consejo Central de Elecciones y del Consejo Superior de Salud Pública, los Representantes Diplomáticos y los Diputados a la Asamblea Legislativa o Constituyente; pero estos últimos sólo respecto de los delitos oficiales, a tenor de lo dispuesto por el Art. 212 C.P., ya que respecto de los delitos comunes, se aplica lo dispuesto en el Art. 45 C.P.

b) Privilegios penales de los Diputados: inviolabilidad de palabra, inmunidad procesal y garantías procesales.

Además de la prerrogativa de antejuicio de que gozan los Diputados por los delitos, oficiales que cometan desde el día de su elección hasta el fin del período para -- que han sido elegidos, de acuerdo con lo prescrito por los artículos 211, 212 y 45 de la Constitución Política vigente, tales Diputados gozan también otros privilegios entre ellos el contemplado en la parte final del Art. 44 de la Constitución Política que a la letra dice: "Son inviola--

bles y no tendrán responsabilidad en tiempo alguno por las opiniones o votos que emitan". Este párrafo transcrito se refiere, desde luego, a los Diputados, no importando el hecho de que se trate de los Diputados a una Asamblea Legislativa o a Asamblea Constituyente.

Este privilegio penal de los Diputados se conoce con el nombre de inviolabilidad de palabra; también se le conoce con el nombre de inviolabilidad parlamentaria, porque históricamente nació de las luchas sostenidas por los Parlamentos, sobre todo el inglés, contra el poder arbitrario de las monarquías, teniendo papel descollante también el Parlamento Francés quien luchó denodadamente por obtener para los Parlamentarios una inviolabilidad casi absoluta, por exigirlo así los momentos revolucionarios que se estaban viviendo en esa época, siendo esto último el origen del vocablo inviolabilidad ya que en aquel entonces se hacía necesario declarar la irresponsabilidad absoluta de los Parlamentarios y no obstante que tal garantía únicamente protegía la función, se hacía necesario también proteger la persona y bienes de los parlamentarios, sin llegar a constituir un privilegio personal.

Esta inviolabilidad de palabra convierte al Diputa

do en irresponsable por las opiniones y votos que emita, y aunque la disposición constitucional no lo diga expresamente, se sobreentiende que tales opiniones deben ser emitidas por el Diputado en el ejercicio de su función legislativa.

Este privilegio de inviolabilidad de palabra de que gozan los diputados, ha sido mal interpretado por publicistas y penalistas de renombre; a grado tal que algunos de esos publicistas han considerado tal inviolabilidad en grado absoluto, convirtiendo al Diputado en una persona - intocable; igual error es en el que han incurrido ciertos penalistas, quienes han suscitado una verdadera contra--versia al tratar de desentrañar la naturaleza jurídica de este privilegio, el cual para algunos es un caso de exclusión personal de pena, y para otros se trata de una causa de justificación: el Diputado obra haciendo uso del derecho que le asiste como representante del pueblo. Los que sostienen la primera de las Tesis expuestas consideran - que toda norma penal se compone de dos partes: el precepto o sea la conducta antijurídica descrita por la norma, y la sanción que debe imponerse a la persona como conse--cuencia de haber incurrido en el precepto, y razonan en - esta forma; el Diputado incurre en el precepto o sea que

es sujeto activo de determinada conducta antijurídica, - pero no se le aplica la sanción porque ello le está vedado al Poder Judicial (exclusión personal de pena). Los - que así opinan consideran que la conducta observada por el Diputado que lesiona bienes jurídicamente protegidos haciendo uso de la tribuna, es antijurídica, y siendo así, cabe la retorsión y la legítima defensa, puesto que la inviolabilidad en este caso dejaría subsistente la ilicitud del acto, siendo, además, responsable el copartícipe.-

El sostenedor de la Segunda tesis, o sea la de considerar tal privilegio como una causa de justificación, razona así: con la justificante se daría un caso de eliminación de lo injusto; luego, nos encontraríamos con -- que la conducta observada por el Diputado sería perfectamente jurídica, un acto conforme al Derecho y entonces ya no cabría la retorsión ni la legítima defensa, y tampoco incurriría en responsabilidad el copartícipe porque lo sería de un acto lícito reconocido por el Derecho.

El sostenedor de esta Teoría es el famoso profesor - de Derecho Penal don Luis Jiménez de Asúa (1)

---

(1) Tratado de Derecho Penal, Tomo II, pág. 1070

quien va más allá todavía y en uno de los párrafos de su obra citada, se lee lo siguiente: "A nuestro juicio es una causa de justificación amparada en el ejercicio de un derecho; el de representante del pueblo, no sólo para legislar sino para hacer la fiscalización de los actos del Poder Ejecutivo, menester preponderante en los regímenes parlamentarios. Contra su abuso se han escrito páginas no siempre justas. Mas con nuestra Tesis, al contrario - de lo que se cree, su limitación es más fácil, ya que sólo funcionaría en la estricta esfera del estado de necesidad. Este sería el ideal de una perfecta democracia. - Más aún: en el futuro podría prescindirse de que los diputados tuviesen esa prerrogativa y se ampararán tan sólo en el juego común del derecho preponderante de las expresiones de apariencia injuriosa, cuando se prefiriesen para defender un derecho superior (el de la comunidad) , que en última instancia no es otra cosa que la justificante de estado necesario por la colisión de deberes, resulta en favor del más imperioso: el de velar por el bien común, incluso sacrificando el deber de respetar la reputación de un individuo. Es obvio que así el asunto sale del privilegio personal, pero asume su verdadera catego--



ría en la dogmática de nuestra disciplina".

"Una prueba, a nuestro juicio harto concluyente, de que se trata de un caso de eliminación de lo injusto, es que no se extingue cuando el diputado cesa en su cargo, ni cuando se ha concedido el "supplicatorio" pero otro hecho por un delito común o político, por ejemplo -a causa del cual el juez pidió permiso al Congreso para procesar al parlamentario. Si fuese un mero privilegio funcional, de índole política y sólo para la mayor libertad del poder legislativo, al terminar en mandato podría perseguirle judicialmente, cuando aquellas opiniones y votos emitidos en el ejercicio de su cargo configuraban una acción punible.

Nos parece muy sugestiva la tesis sustentada por don Luis Jiménez de Asúa, sin embargo, hay otros autores como el penalista argentino Ricardo C. Núñez, que se le rebaten, y nosotros trataremos, en la medida de lo posible de rebatir a ambos, basados en las disposiciones pertinentes de nuestra Constitución Política, y en nuestra práctica judicial.

Veamos primero la forma de razonar al respecto de -

Ricardo C. Núñez al tratar de rebatir la tesis del profesor Jiménez de Asúa.

Primeramente Ricardo C. Núñez, (1) sostiene en uno de sus párrafos el siguiente postulado: "Nuestro Derecho admite sin embargo, la posibilidad de que ciertas personas, autores de hechos calificados como delitos en el ámbito territorial del país no sean perseguidos penalmente a pesar de que a su respecto concurren todas las condiciones que la ley establece para la punibilidad del hecho. Esa inmunidad obedece a una razón de Derecho Público interno, la cual en resguardo de la función que desempeñan ciertas personas aconseja ponerlas al margen del imperio de la ley penal".

"Luego, en la página 185 de su misma obra, Núñez -- sostiene lo siguiente: "Nuestro Derecho Público interno reconoce un solo caso de inmunidad frente a la Ley Penal. Esa inmunidad corresponde a los legisladores (diputados y senadores) por las opiniones o discursos que emitan desempeñando su mandato (Constitución Argentina, Art. 60)".

---

(1) Derecho Penal Argentino - página 183.

Según el artículo 60 de la Constitución: "Ninguno de los miembros del Congreso puede ser acusado, interrogado judicialmente, ni molestado por las opiniones o discursos que emita desempeñando su mandato de legislador". La inmunidad tiene un doble sentido. Por un lado, protege los actos del legislador contra los de las autoridades y particulares por vía judicial o extrajudicial, y, por otro lado, protege la responsabilidad del legislador por sus propios actos. La primera, la protección pasiva, se realiza mediante la sanción de los hechos de atentado y desacato contra la autoridad y de los de violación de los privilegios parlamentarios. La segunda, la activa se cumple por medio de la exención de responsabilidad jurídica del legislador. Aquí sólo nos ocuparemos de esta última inmunidad, pero limitadamente a la responsabilidad penal. Los actos del legislador únicamente son fuente de responsabilidad disciplinaria y el único juez de ésta es la Cámara respectiva.

"El bien jurídico protegido, de manera directa, por la inmunidad no es la persona del legislador en sí misma o en su libertad, sino sus opiniones o discursos como le-

gislador. "No se trata precisamente de que un privilegio personal haga impune el acto, sino que es el carácter del acto el que hace impune a la persona" (Soler) (1). Se trata de una verdadera exclusión de tales opiniones o discursos del ámbito represivo. Es, en verdad, una dispensa general de la ley penal por todos los actos que el legislador cumple en el ejercicio de su función (Esmein (2) ob. cit. t. II, p. 148). La inmunidad comprende bajo el título de "opiniones o discursos", los votos y manifestaciones del legislador expresados no sólo verbalmente o por escrito, sino también por actitudes en las sesiones y comisiones del cuerpo, y en toda actividad que signifique hacer aquello a que está obligado o autorizado por la finalidad de su mandato, como, por ejemplo, en una investigación --parlamentaria. Pero no en una gira de cortesía o ilustración, aunque lo haga en atención a su calidad de legislador, en la actividad desplegada como político, periodista o particular".

"La inmunidad vale en tanto el legislador obre desem

---

(1) Sebastián Soler - Derecho Penal Argentino. Tomo I - Parte General, página 221.

(2) Esmein, Tratado de Derecho Penal, Tomo II, página 148.

peñando su mandato. Es por lo tanto, la oportunidad funcional del acto, sin que los tribunales puedan entrar a considerar si las opiniones o discursos emitidos en funciones por el legislador tenían o no conexión con el objeto del acto legislativo o si ellos representan o no un cumplimiento regular del mandato en que se emite la opinión o discurso lo que determina la inmunidad. No es el contenido de esas manifestaciones el que determina o excluye el privilegio. La razón de la inmunidad activa es, precisamente la posibilidad de que el acto del legislador pueda ofender derechos o intereses protegidos civil o penalmente, lesión que en otro caso sometería al autor a la acusación o demanda que se quiere evitar. La exención supone, por consiguiente, que la opinión o discurso es susceptible de tener un carácter ilícito, o, incluso, delictuoso, salvo el caso de traición a la patria, del Art. 29 de la Constitución nacional Argentina.

"Cae bajo la inmunidad, a pesar de no ser un acto de desempeño del mandato, la publicación de las opiniones o discursos hechos por el propio legislador o por un tercero por cuenta de aquel, porque, por una parte, estando -- aquellos, en razón del sistema republicano de gobierno, -

destinados a la publicidad, la cual se efectiviza por el Diario de Sesiones de la Cámara, la exención tiene en cuenta ya la divulgación de la opinión o discurso, sin que la publicación por otra vía que la oficial le pueda conferir carácter delictuoso al hecho, porque no le agrega nada a la circunstancia del conocimiento por terceros, en el cual residiría su delictuosidad. Por otra parte, la incriminación de la publicación tendría por consecuencia someter a la revisión judicial lo que en sí mismo está libre de ello".

"Con arreglo a su finalidad, la inmunidad es, por un lado, permanente, y, por otro lado, irrenunciable por el legislador. Si la exención fuera temporal y hubiera -- de cesar con la terminación del mandato, no lograría su finalidad de asegurar la libertad de los legisladores para expresar, en el desempeño de sus funciones, sus ideas y juicios, sin temor a ninguna responsabilidad que pueda menoscabar su independencia, y, así, la libertad e independencia del Poder Legislativo, ya que, aunque prerrogada, la amenaza de responsabilidad subsistiría. Si la -- inmunidad fuera renunciable por el legislador, la Cámara perdería su privilegio de ser el único juez de su integridad por inconducta de sus miembros".

En la página 189 de su obra citada, Ricardo C. Núñez disiente de la tesis de la justificante sustentada por don Luis Jiménez de Asúa, así como también, de la tesis de la causa personal de la exclusión de la pena, sostenida por Soler (1) y otros, y al efecto se expresa en estos términos:

"La naturaleza de la inmunidad no es la de una causa de justificación del hecho, ni la de una simple causa personal de exclusión de la pena. La exención de pena -- de la manifestación parlamentaria lesionadora de derechos protegidos por la ley penal no se funda en que el acto, -- en sí mismo, resulte beneficioso jurídicamente, porque la lesión inferida involucre la defensa de un interés jurídico preponderante, que es el criterio que explica las causas de justificación. Tampoco se funda en que determinadas circunstancias personales del autor del hecho aconsejen la impunidad, según sucede respecto de las causas personales de la exclusión de la pena. La pena queda excluida, en nuestro caso, por "altos fines políticos" que no miran la criminalidad de un acto determinado en sí mismo, como sucede en relación a las causas de justificación y de la pena reguladas por la legislación ordinaria, sino --

---

(1) Sebastián Soler - Ob. cit.

la libertad del ejercicio de la función legislativa considerada genéricamente, lo que conduce a la inaplicabilidad de la ley penal, cosa que no ocurre respecto de aquellas causas, las cuales suponen esa aplicación, aunque en sentido negativo mediante el ejercicio de la jurisdicción de los tribunales de justicia, jurisdicción que no prece- de frente a la inmunidad del Art. 60 de la Constitución, pues los jueces carecen de ella para conocer de causas de esta índole".

"No siendo justificada la manifestación en sí misma, procede la legítima defensa y la retorsión del Tercero -- ofendido, y cabe la participación delictuosa (por ejemplo, instigación) de otras personas".

Los citados autores Jiménez de Asúa (1) y Ricardo C. Núñez (2) están de acuerdo en que la llamada inviolabilidad de palabras no es tan inviolabilidad, pues no es un privilegio absoluto, cuya denominación se justifica por sus orígenes histórico-revolucionarios, pero que en estricto sentido se trata de una inmunidad.

---

(1) Jiménez de Asúa - ob - cit.

(2) Ricardo C. Núñez - ob. cit.



En lo que no concuerdan los citados autores es en la naturaleza jurídica de tal exención.

Ricardo C. Núñez tiene razón al sostener, en contra de don Luis Jiménez de Asúa, que tal inmunidad no se funda en ninguna de las causas excluyentes de la responsabilidad penal, causas de justificación, causas de inimputabilidad, etc., y tienen razón, también en contra de Jiménez de Asúa, al sostener que no se trata de un caso de eliminación de lo injusto, dejando por lo tanto, vigente lo ilícito del acto y lo antijurídico de la conducta, y en consecuencia, cabe la legítima defensa, la retorsión y la participación de terceros. Siendo cierto lo afirmado por Núñez que el fundamento de dicha inmunidad obedece a "altos fines políticos" como son el garantizar el libre ejercicio por parte del legislador de la función legislativa, poniéndola a salvo de cualquier intromisión en su esfera de acción por parte de los Poderes - Ejecutivo o Judicial. Porque si le damos valor a la Tesis sostenida por Jiménez de Asúa en cuanto a considerarla como causa de justificación, o a la sostenida por los otros que la consideran como causa personal de exclusión de la pena, por ejemplo el caso de incapacidad penal o inimputabilidad, Qué objeto tendría el hecho de ser pro-

clamados en la ley fundamental si ya se encuentran reguladas en la ley secundaria? La inclusión en la Constitución de tal exención es ya un indicio revelador de que no se trata simplemente de una de las causas que excluyen la responsabilidad, porque para ello, bastaba con recurrir a la parte general del Código Penal, sino que la máxima autoridad de la fuente formal de la ley, nos está indicando que la exclusión del ámbito, penal, que aunque no es absoluta, de las opiniones y votos emitidos por los legisladores, persigue fines más elevados.

Digo que no es absoluta tal inmunidad, al menos en nuestro Derecho Público, porque, a contrario de como ---- piensan muchos, incluso abogados que pertenecieron a la Asamblea Constituyente de 1950, el legislador, en el uso de la palabra se puede extralimitar y dañar el honor y buena fama de otras personas, naturales o jurídicas, penetrando de este modo, a la esfera de acción del derecho penal, por la comisión de cualquiera de los delitos contra el honor; calumnias, injurias o difamación, en cuyos casos no opera la inmunidad porque la tribuna no debe ser medio para cometer delitos ni asilo de delincuentes, siendo procedentes en nuestro medio, la aplicación del ar---

tículo 45 de nuestra Constitución Política.

El artículo 45 de nuestra Constitución Política establece la prerrogativa de antejuicio a favor de los Diputados por los delitos graves que cometan durante el período comprendido desde el día de su elección, hasta el fin del período para el que fueron elegidos, desde luego, la disposición citada se refiere a los delitos comunes, porque si se tratara de delitos oficiales, se aplicaría lo dispuesto en el artículo 211 de la misma Constitución. -- Lo novedoso de la disposición contenida en el Art. 45 C. P., es el hecho de que la prerrogativa que establece no sólo opera durante el período de su mandato, o en el desempeño de su función legislativa, como lo establecen las Constituciones de otros países, sino que va más allá, pues tal prerrogativa comienza a operar desde que el Diputado sale electo, aunque por disposiciones constitucionales y de la Ley Electoral, no entre inmediatamente a desempeño de su función legislativa, sino que hasta mucho tiempo -- después. Esta anticipación en el goce del fuero constitucional, es propia de los Diputados, no siendo extensiva a los otros funcionarios de Estado de elección popular.

### Inmunidad Procesal y Garantías Procesales

Además de la prerrogativa de antejuicio de que gozan los Diputados que cometen delitos comunes graves, gozan también de la inmunidad procesal contemplada en el inciso 2o. del Art. 45 de la Constitución Salvadoreña, y de la garantía procesal consignada en el inciso final de dicho artículo. En virtud de esa inmunidad procesal, los Diputados pueden ser juzgados por los delitos menos graves y -- las faltas, por el Juez Competente; pero no podrán ser -- detenidos o presos, ni llamados a declarar, sino después de concluido el período de su elección.

En acatamiento a la garantía procesal contenida en el inciso final del artículo 45 de la Constitución, "Si un Diputado fuere sorprendido en flagrante delito, dentro del período de su elección, podrá ser detenido por cualquier persona o autoridad, quien estará obligado a ponerlo inmediatamente a disposición de la Asamblea, si estuviere reunida, o a disposición de la Comisión Permanente si aquella estuviere en receso".

Esta última garantía tiene aplicación sin importar el hecho de que se trate de delitos graves o menos graves.

c) Privilegios procesales de la función judicial.

La función judicial también merece ampararse mediante el establecimiento de privilegios procesales acordados en favor de las personas que la ejercen, en obsequio a la libertad e independencia con que deben actuar, para garantizar una buena administración de justicia, cuyos encargados de hacerla efectiva no pueden quedar abandonados a -- las acusaciones de los que resultan condenados o de los -- que se crean, sin motivo, desposeídos de un derecho, ni a las presiones que puede ejercer el Poder Ejecutivo, el que haciendo alarde de fuerza, puede llegar hasta arrancar -- una resolución judicial injusta o contra derecho, dando -- lugar de esta manera a que se realice una torcida administración de justicia.

Por ello, además del privilegio de antejuicio ante -- la Asamblea Legislativa establecido en el artículo 211 de la Constitución Política en favor de los Magistrados de -- la Corte Suprema de Justicia y de las Cámaras de Segunda Instancia, por los delitos oficiales que cometan, también se protege a los Jueces de Primera Instancia y de Paz, y en general, todos aquellos funcionarios que de alguna ma-

nera desarrollan actividades judiciales que las leyes les confieren, por medio del antejuicio que tiene lugar ante la Corte Suprema de Justicia, con la salvedad de que tal privilegio sólo opera para los delitos oficiales, no teniendo ninguna eficacia el privilegio, cuando se trata de delitos comunes; lo cual constituye otra desigualdad criticable ya que no tiene razón de ser pues, en esencia, lo que el privilegio resguarda, es la función en sí misma, - aunque para ello tenga que resguardar la persona de quien la ejerce. Este antejuicio de que conoce la Corte Suprema de Justicia, está establecido en el artículo 213 de la Constitución Política.

d) Otros privilegios menores de orden procesal:

Los únicos privilegios menores de orden procesal que en estos momentos se nos ocurre pensar, son los de jurisdicción privilegiada y de inmunidad procesal establecidos para las faltas en el artículo 23 reformado del Código de Instrucción Criminal. Dicho artículo reza de la siguiente manera: "Art. 23. Los funcionarios que determina el Art. 211 de la Constitución responderán ante la Asamblea -- Legislativa por los delitos oficiales y comunes que cometan, de conformidad con el precepto constitucional citado.

Los Diputados de las Asambleas Legislativas o Constituyentes responderán por los delitos oficiales y comunes que cometan conforme lo prevenido en los Artículos 212 y 45 de la Constitución.

"Las faltas oficiales y comunes cometidas por las personas a que se refiere el inciso primero de este Artículo se resolverán en juicio sumario por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, pero el juzgamiento de dichas personas por faltas, no podrá verificarse sino -- cuando hayan cesado en el ejercicio de sus funciones, -- quedando mientras tanto suspensa la prescripción de la acción penal.

## C A P I T U L O    I V

### FUERO    DIPLOMATICO

- a) Privilegios penales de los Jefes de Estado extranjeros en nuestro país.
- b) Privilegios de los diplomáticos y otras personas.
- c) Disposiciones del Código Bustamante.

Fuero Diplomático: este fuero está constituido por el régimen de excepciones al principio de que la aplicación de la ley penal, es de carácter absoluto dentro del territorio de cada Estado soberano, y se caracteriza, dentro del Derecho Internacional y especialmente en el Derecho Diplomático, por los privilegios de inviolabilidad e inmunidad de que gozan los Jefes de Estado extranjeros que se encuentran de visita oficial en un país distinto al suyo, y a los representantes diplomáticos acreditados por el gobierno de su propio país ante el gobierno de un país extraño.

La naturaleza de dichos privilegios estriba en la necesidad que tienen los referidos Jefes de Estado extranjeros y funcionarios diplomáticos de desempeñar su función con entera libertad e independencia desprovistos de toda



ingerencia de la autoridad local, y no en razones de reciprocidad y cortesía internacional, como lo consideran algunos autores de Derecho Internacional Público, los que sí tienen razón de fundamentar estos privilegios en la cortesía internacional, pero únicamente cuando son disfrutados por los miembros de la familia del Agente Diplomático que vivan en su compañía, y por los miembros del personal administrativo y de servidumbre, siempre que no sean nacionales del país receptor.

Dije que el fuero diplomático constituye una excepción al principio de que la aplicación de las leyes penales es de carácter territorial, porque precisamente, al no poder aplicar su ley penal al diplomático delincuente el país receptor o acreditario, la aplica el país acreditante, no obstante ser eminentemente territorial, tiene que traspasar sus propias fronteras para castigar actos delictuosos cometidos en territorio extraño, manifestándose de esta manera, el fenómeno de la extraterritorialidad de la ley penal.

Este es el verdadero principio de la extraterritorialidad, y no como falsamente se creía y aún se cree, que tal principio consiste en la ficción de considerar el te-

rreno donde está asentado el edificio de una Embajada, como parte integrante del territorio del Estado a que dicha Embajada pertenece.

En un principio universalmente aceptado el de que el Derecho debe basarse en realidades, nunca en ficciones.

- a) Privilegios penales de los Jefes de Estado extranjeros en nuestro país.

Nuestra Constitución Política no habla nada acerca -- de otorgarles privilegios a los Jefes de Estado extranjeros que visitan nuestro país; también guarda silencio con respecto a los Agentes Diplomáticos de otros Estados acreditados ante nuestro gobierno; sin embargo, es un hecho notorio que ambas categorías de funcionarios extranjeros gozan de privilegios, sobre todo penales, en nuestro país, - pero la fuente de donde nacen la encontramos en el Derecho Internacional Público, sobre todo en las Convenciones que sobre esta materia, ha suscrito y ratificado nuestro país a través de los Poderes Competentes.

Nuestra ley interna, en este caso el Código Penal salvadoreño, reconoce de manera indirecta los privilegios de los Jefes de Estado Extranjeros y de los Agentes Diplomá-

ticos acreditados ante nuestro gobierno, al castigar la violación de tales privilegios.

En efecto, el artículo 113 de nuestro Código Penal, - dice lo siguiente: "El homicidio del Jefe de un Estado extranjero residente en El Salvador, será castigado con doce años de presidio".

"El que violare la inmunidad personal o el domicilio del Jefe de una nación extranjera residente en El Salvador con carácter oficial, o de un representante diplomático - reconocido, será castigado con veinte meses de prisión mayor".

Este artículo en su inciso segundo, está reconociendo la existencia de los privilegios de inmunidad personal e inviolabilidad de domicilio de los Jefes de Estado extranjeros y de los representantes diplomáticos, puesto -- que los considera objeto de protección penal.

En cuanto a lo establecido por el inciso primero del artículo comentado, no se ve aflorar ningún privilegio; - por el contrario, lo que establece es una flagrante desigualdad entre la protección penal que merece tan elevado personaje, y la que se le da a una persona común y corrien

te, pues, en tanto que el homicidio cometido en esta última, nuestro Código Penal lo castiga con quince años de -- presidio, al cometido en el Jefe de un Estado extranjero -- lo castiga solamente con doce años de presidio.

El artículo en comento, ha sido heredado del viejo Có digo Penal español de 1870 y su redacción no fue muy feliz al usar términos inapropiados como el de "residente" al -- referirse al Jefe de Estado extranjero; pues como muy bien critica Eugenio Cuello Calón (1): no se concibe a un Jefe de Estado residiendo en territorio extraño; más apropiado resulta hablar de "visita".

De manera pues, que el Jefe de un Estado extranjero -- goza en nuestro país de los privilegios penales de inmunidad penal y procesal en caso de que cometa delitos comunes o políticos que atañen al Estado que visita.

En cuanto a los delitos comunes hay inmunidad porque no puede ser perseguido ni castigado por la ley penal local; pero puede ser juzgado y castigado por la ley penal -- de su propio país en virtud del principio de extraterrito-

---

(1) Eugenio Cuello Calón: Derecho Penal - Parte General --  
Tomo I - página 145.

rialidad de la ley penal, o, si se quiere, por esa rara -- teoría inventada por José Kohler llamado principio de re-- presentación.

En cuanto a los delitos políticos que afectan la personalidad del Estado que visita goza también de inmunidad y, además, de impunidad, pues por esta clase de delitos ni su propia ley penal tendría interés en castigarlo.

En cuanto a los delitos oficiales, no necesita invocar su inmunidad, pues no siendo sus actos violatorios de la ley penal local, el Estado que visita no tiene derecho a castigarlo.

Por último, el Jefe de un Estado extranjero que se encuentra de visita en nuestro país, goza de la protección penal de sus privilegios, ya que la violación de los mismos constituye delito castigado por nuestra ley penal interna.

b) Privilegios de los diplomáticos y otras personas.

Modernamente, la necesidad de mantener la armonía y -- las buenas relaciones entre los países del mundo, integrantes de la comunidad jurídica internacional, vuelve imprescindible el mantenimiento en forma permanente del llamado "derecho de legación (de legatus: representantes) en sus -

dos formas de manifestación: la activa, o derecho de un Estado a acreditar representantes ante otro Estado, y la pasiva: obligación, si es que así se le puede llamar, de recibir un Estado a los representantes que ante el acrediten los demás Estados. Desde luego que con estas manifestaciones del derecho de legación, sí juega papel descollante el principio de la reciprocidad y la costumbre internacional, por que aparte de ciertas convenciones internacionales y una que otra reglamentación de acatamiento no muy obligatoria, dictados por el Instituto de Derecho Internacional y el Instituto Americano de Derecho Internacional, no existe ninguna reglamentación jurídica ni de carácter interno ni de carácter internacional capaz de hacer efectivo en forma compulsiva, el derecho de legación.

Sin embargo, la función diplomática se remonta al pasado, pues los pueblos antiguos, sobre todo los guerreros como el romano, ya la practicaban pero con una finalidad diferente a la actual.

Roma tenía sus feciales o heraldos que ostentaban la representación del Estado Romano, pero su misión consistía en anunciar la guerra o la paz a otros Estados guerreros. Y la Historia nos enseña que estos heraldos, antecedentes

remoto de los actuales, representantes diplomáticos, se hallaban revestidos de privilegios iguales o mayores que los que hoy protegen la función diplomática moderna.

Los representantes diplomáticos gozan de los privilegios de inmunidad penal y procesal y de inviolabilidad personal frente a los actos de la autoridad local, como a los actos de los particulares; inviolabilidad que se hace extensiva al edificio de la Embajada, a sus archivos, a las valijas diplomáticas, a la residencia del Embajador y hasta los medios de transporte del mismo.

Dichos privilegios se extienden al séquito oficial del Embajador, como son los consejeros, los secretarios y los agregados militares, aéreos, navales, culturales, comerciales y de prensa, lo mismo que al séquito no oficial compuesto por la familia del diplomático, exigiéndose como requisito el hecho de que vivan en su compañía. La familia del diplomático no hay razón lógica ni jurídica que justifique el goce de privilegios, porque éstos protegen la función, la familia del diplomático no desempeña ninguna función; se explica por razones de cortesía internacional, la que hace que, a veces hasta los simples empleados de oficina y miembros de la servidumbre de la Embajada, gocen de los --

privilegios, con la única condición de que no sean nacionales del Estado acreditario o receptor.

Tal como expliqué en el apartado anterior, los Agentes Diplomáticos son los titulares de la función y por ese hecho, como por ser los representantes de un Estado soberano, es que la ley penal del Estado soberano ante el cual están acreditados, no les es aplicable, pues los antes soberanos se consideran iguales en Derecho y la ley del uno no se le puede aplicar al otro.

Ahora bien, como ya lo dije antes, los privilegios acordados en favor del Agente Diplomático, se extienden a otras personas las cuales no ejercen función ni representan soberanía alguna, y, en consecuencia, aunque los privilegios sean idénticos, los fundamentos son distintos, pues, en tanto que los privilegios disfrutados por el Agente Diplomático tienen por fundamento la protección permitiéndole desenvolverse con entera independencia y libertad, los que se extienden a otras personas ajenas a la función y a la representación, se basan en la mera cortesía internacional que con el correr de los siglos se ha convertido en una costumbre internacional, la que llegado el momento de presentarse el caso concreto, se le concede plena vigencia, puesto que, la mayor parte del Derecho Interna



cional, es de naturaleza consuetudinaria.

En cuanto a los agentes diplomáticos no existe duda - al respecto de que es la calidad de soberano del Estado - que representan la que no permita que la ley penal local les sea aplicada. Esta misma razón de soberanía es la que no permite que la autoridad suprema de un ente soberano - como lo es el Jefe de Estado extranjero, quede sometido - al imperio de la ley penal perteneciente al Estado en el que se encuentra realizando una visita oficial.

Sobre esto último es oportuno advertir que los expositores sostienen que si el hijo de un monarca efectúa -- una visita oficial a un Estado soberano cualquiera, sin - hacerse acompañar por su padre, le asisten los privilegios de que gozaría el monarca, como si él fuere el que realiza tal visita; en cambio, si en iguales circunstancias el hijo de un presidente realiza esa visita, a él no le asisten los privilegios que le asistirían a su padre.

Dicen los tratadistas que consiste esa diferencia en que, por lo que toca a los Jefes de Estado monárquicos, - la exención a su familia inmediata pudiera decirse que es de jure, ya que cada uno de sus miembros tiene derechos - eventuales a la sucesión o a la regencia, al paso que las naciones de organización republicana no es más que corte-

sía que puede limitarse. El heredero de un trono tiene de recho a esa exención cuando va oficialmente al extranjero, aunque el monarca no esté con él, y el hijo de un Presidente de República no puede pretenderla en el mismo caso. No se trata de preferencia en favor de uno o de otro régimen, sino de consideraciones nacidas estrictamente de su naturaleza política.

En ocasiones, y para evitar ceremonias oficiales o --- por otros motivos, los Jefes de Estado viajan de incógnito, lo cual consiste en que todos conozcan su carácter y su presencia y todos presuman ignorarlos. Mientras lo conservan no disfrutan de exención alguna, pero si hubieren cometido cualquiera infracción, y de ello no faltan ejemplos, se detiene toda acción intentada desde que dan a conocer sus funciones y su posición oficial. Eso indica que aún durante el incógnito tienen de hecho el privilegio a que nos venimos contrayendo.

Por mi parte considero que la situación que nos plantea el internacionalista Bustamante, es aquella en que el Jefe de un Estado acuerda viajar a otro Estado con el fin de hacerle una visita de carácter oficial, y se cruzan notas de Cancillería para hacerlo saber al Jefe del Estado que, pretende visitarse, la intención y propósito de tal

visita; pero no le hacen saber la fecha ni la hora de lle  
gada, ni que medio de transporte va a usar, todo con el -  
fin de llegar sorpresivamente y de incógnito, permaneciendo  
así hasta que en determinado momento decide anunciarse,  
llevar a cabo las ceremonias protocolarias, que se le re--  
conozca su investidura y el carácter oficial de su visita,  
comenzando para él, a partir de tal momento, la vida agitada  
de Jefe Supremo de un Estado extranjero que cumple con  
uno de sus compromisos internacionales contraídos.

Pues bien, si en el intervalo durante el cual oculta  
su verdadera calidad comete infracciones al orden jurídico  
local, no podría acogerse a los privilegios inherentes a -  
su investidura, a menos que de inmediato la de a conocer e  
inmediatamente le sea reconocida. De aquí deduzco yo que -  
para que a un Jefe de un Estado extranjero le sean recono-  
cidos y respetados sus privilegios por la autoridad local,  
y además le brinde protección contra los actos hostiles de  
los particulares, debe encontrarse en misión oficial, la -  
cual puede ser desde la simple visita de cortesía, hasta -  
la celebración de negocios de alta política. Porque de no  
ser así, ya en el campo puramente penal, al autor del homici  
dio cometido en su persona, difícilmente se le podría a-  
tribuir solo específico, es decir, la intención directamente

te encaminada a quitarle la vida a un determinado Jefe de Estado por el hecho de ser tal, salvo casos especialísimos.

Sin embargo, el Código Bustamante no hace distinciones, bastándole únicamente "que se encuentren en su territorio" pero el Código Bustamante solamente se aplica en los Estados que forman el continente americano, y la comunidad jurídica internacional traspasa las fronteras del nuevo continente. Por ejemplo el Código Bustamante, después de sentar el principio de la obligatoriedad de la ley penal con carácter marcadamente territorial, establece restrictivamente los casos de excepción a tal principio, constituido por el régimen de exenciones, pero dichas exenciones las estatuye de tal manera, que más parece que se tratara de verdaderos privilegios de impunidad, porque no establece el principio de la extraterritorialidad de la ley penal, ni el juzgamiento y castigo de los que delinquen extra fronteras pero que la jurisdicción y la aplicación de la ley penal local, no les alcanza, por estar protegidos por las exenciones, de acuerdo con el principio de representación, luego, la lógica jurídica nos está diciendo que las exenciones acordadas a favor de los Jefes de Estado extranjeros y de los representantes diplomáticos constituyen privilegios de impunidad, pero no como consecuencia de hacer va

ler un "fuero" personal que ya no existen, sino por falta de regulación jurídica.

Distinto es el caso regulado por la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas suscrita en Viena por los respectivos plenipotenciarios, el día dieciocho de abril - de mil novecientos sesenta y uno y a la cual se adhirió - nuestro Poder Ejecutivo, adhesión que ya fue ratificada -- por el Poder Legislativo.

Esta Convención, que desde su artículo 22, hasta el - artículo 47 establece un extenso catálogo de privilegios - diplomáticos, incluyendo el de inmunidad de la jurisdicción penal del Estado receptor, que es el que nos interesa, es - tablece también en el número 4 del artículo 31 que: "La - inmunidad de jurisdicción de un Agente Diplomático en el Estado receptor no le exime de la jurisdicción del Estado acreditante". Con lo establecido por esta disposición, no hay lugar a confundir un privilegio de inmunidad, como uno de impunidad, pues este último, además de ser violatorio del principio de igualdad ante la ley, daría lugar a que - se pierda la noción del valor seguridad que es uno de los valores a que aspira todo ordenamiento jurídico.

Siguiendo con la función diplomática y sus agentes, podríamos afirmar, pueden delinquir en tres formas al in-

igual que los Jefes de Estado extranjeros, las cuales ya --  
expliqué en el apartado a) del presente Capítulo; sin em--  
bargo, no encuentro razón para no volver a explicarlos --  
tratando de encontrar la manera de ampliar el punto en ---  
cuestión.

En efecto, los agentes diplomáticos pueden cometer --  
delitos comunes y delitos políticos contra el propio Esta--  
do ante el cual se encuentran acreditados; estos dos tipos  
de delitos quedan a cubierto por el fuero diplomático, en  
virtud del cual, los diplomáticos delincuentes están exen  
tos de las leyes penales del Estado receptor.

También pueden cometer delitos oficiales por mal de--  
sempeño de su función, pero esta clase de delitos no le in--  
teresan al Estado receptor porque el llamado a exigirles -  
responsabilidad por esta clase de delitos es el Estado acre  
ditante, pero no la puede exigir de inmediato porque el a--  
gente diplomático responsable de delitos, si bien es cier--  
to que no goza de fuero diplomático, pero si, goza de fue--  
ro constitucional, al menos en nuestro medio, de conformi--  
dad con lo establecido por el artículo 211 de nuestra Cons  
titución Política, que si bien no les otorga los privile--  
gios de inviolabilidad e inmunidad, sí les otorga los pri--  
vilegios de antejuicio y de jurisdicción privilegiada por

razón de jerarquía.

Decía también que los delitos políticos cuyo sujeto pasivo es el Estado ante el cual están acreditados los diplomáticos delincuentes, no sólo quedan cubiertos por la inmunidad de que gozan sus autores, sino que quedan en la impunidad ya que tales infracciones tendrían que ser penadas por la ley del Estado acreditante y éste mal haría al castigar a sus pseudo agentes diplomáticos, que debería -- llamárseles agentes de la subversión o del espionaje.

En cuanto a la obligación o mejor dicho potestad que tiene el Estado acreditante de juzgar y castigar los delitos cometidos por sus agentes diplomáticos en territorio del Estado receptor, se considera como un deber ineludible consagrado por la costumbre internacional y por los tratados y convenciones internacionales; y el procedimiento, más o menos es el siguiente: "Al tener conocimiento por cualquier medio el Jefe del Estado receptor o la Cancillería, de la comisión de un hecho punible perteneciente al orden común, por uno o más agentes diplomáticos de determinado país, el Jefe del Estado receptor los declara no gratos, les devuelve las Cartas Credenciales, les fija un plazo fatal para abandonar el país y le exige a través de la Cancillería, al Estado acreditante, que juzgue y castigue

a los diplomáticos delincuentes, haciendo uso del principio del Derecho de Representación o del principio de la extraterritorialidad de la ley penal, que vendría a ser - el género.

Fué José Kohler, quien a decir de Jiménez de Asúa, - designó este sistema con el título de Derecho penal por - representación y el que ha sido definido por G.F. von Cleric de la siguiente manera: "Existe Derecho penal por representación, cuando un Estado, que no es el titular del ius puniendi, exige responsabilidad criminal al autor en nombre de otro Estado que se lo pide, y al que pertenece en el acto el ius puniendi, por existir en concreto un - obstáculo para la extradición" (José Kohler, "Derecho Penal Internacional", citado por Luis Jiménez de Asúa en - su "Tratado de Derecho Penal ", Tomo II, página 661).

Nótese si en la anterior definición no se advierte - que se trata de un caso de aplicación extra fronteras de la ley penal, no obstante ser de índole territorial, por un Estado a quien no pertenece el ius puniendi (derecho de castigar) a pedimento de otro Estado a quien si le pertenece la facultad de penar pero que no lo hace por existir en concreto un obstáculo que no le permite extraditar



al autor del crimen; me imagino que el criminal, ha de ser súbdito del Estado al cual le ha pedido este otro Estado - que lo castigue, porque a él se le hace imposible extraditarlo, ya que es principio universalmente aceptado el de - que ningún Estado está obligado a conceder la extradición de sus propios súbditos o nacionales, por delitos cometidos en territorio ajeno, pero pueden comprometerse a castigar a sus dichos súbditos por un delito cometido fuera de su propio territorio, es decir, en territorio de un Estado del cual no es súbdito el criminal, quien al lograr - que no lo capturaran, optó por refugiarse en su país de -- origen.

Este es, como ya le he dicho, el fenómeno de la extraterritorialidad de la ley penal, en virtud del cual la ley penal territorial en determinados casos, como que saltara sus fronteras para castigar hechos delictuosos que no se han cometido dentro de su circunscripción territorial, sino en territorio totalmente extraño.

El hecho de que un Estado castigue a uno de sus súbditos, atendiendo los ruegos de otro Estado, quien se ve - imposibilitado para castigarlo por una u otra razón, no -- nos permite ver claro el fenómeno de la representación, -- tal como la teoría civilista lo concibe. Para mí el Estado que

está castigando a uno de sus súbditos en tales condiciones, está aplicando el principio de la extraterritorialidad de su ley penal, sin que tenga relevancia alguna, el hecho de que se lo pida otro Estado ni mucho menos que se dé el fenómeno de la representación, ni legal ni contractual, no pudiendo ni siquiera llamársele cuasi contrato de agencia oficiosa, ya que estos operan en la esfera del Derecho privado, en tanto que el castigo de los delincuentes pertenece al Derecho Penal, que es eminentemente público. ¿Qué ganaría el Estado representante, si es que se le puede llamar así, con negarse a conceder la extradición si después, con sólo el pedimento del Estado representado, se podría ver -- obligado hasta condenarlo a muerte?. El Estado representante es soberano y dentro de sus límites territoriales puede ejercer cuantos actos de soberanía le venga en gana, y si se negó a conceder la extradición en ejercicio de su soberanía, por qué no puede hacer otro tanto para no castigarlo?

c) Disposiciones del Código Bustamante.

Las disposiciones del Código Bustamante contenidas en su LIBRO TERCERO, DERECHO PENAL INTERNACIONAL, CAPITULO I, - DE LAS LEYES PENALES, sientan la regla general de la obliga

toriedad de la ley penal dentro de sus límites territoriales, para luego reconocer la existencia de excepciones a tal principio de obligatoriedad, con la salvedad que solamente tiene por tales las establecidas en el Capítulo I de su Libro Tercero.

En efecto el artículo 296 del Código Bustamante, reza así: "Art. 296. Las leyes penales obligan a todos los que residen en el territorio, sin más excepciones que las establecidas en este capítulo"

Luego, el artículo 297 de ese mismo Código establece - la no aplicabilidad de las leyes penales de cada Estado -- contratante a los Jefes de los otros Estados, que se encuentren en su territorio (inmunidad penal de los Jefes de Estado extranjeros). La frase " de cada Estado contratante " se justifica porque este Código, por ser de Derecho Internacional, tiene como fuente formal la vía contractual; na---ció a la vida jurídica como producto de la Sexta Conferen--cia Internacional Americana, celebrada en la Habana, Cuba, el día veinte de febrero de mil novecientos veintiocho, --- con el nombre de Convención sobre Derecho Internacional --- Privado, más conocido como "Código Bustamante" en honor a uno de los internacionalistas de mayor renombre en América, el doctor Antonio Sánchez de Bustamante y Sirvén, quien se

interesó sobremanera porque se celebrara la Conferencia, cuyos frutos cristalizaron en lo que hoy se conoce como el "Código Bustamante".

El referido artículo 297 de dicho Código, prescribe -- lo siguiente: "Art. 297.- Están exentos de las leyes penales de cada Estado Contratante los Jefes de los otros Estados, que se encuentren en su territorio".

Lo único que yo le critico a esta disposición es el no exigir que los Jefes de los otros Estados, se encuentren en su territorio, pero en su calidad de tales y con carácter oficial; porque tal como está redactada, la disposición comentada da igual que el Jefe de Estado se encuentre desempeñando una misión oficial o simplemente veraneando en Acaapulco.

El siguiente artículo, o sea el 298 del mismo cuerpo legal, hace extensiva la exención contemplada en artículo anterior, a los Representantes Diplomáticos de los Estados contratantes en cada uno de los demás, así como sus empleados extranjeros, y las personas de la familia de los primeros, que vivan en su compañía (Fuero Diplomático).

El artículo que comentamos dice así: "Art. 298. Gozan de igual exención los Representantes Diplomáticos de los -

Estados contratantes en cada uno de los demás, así como -  
sus empleados extranjeros, y las personas de la familia -  
de los primeros, que vivan en su compañía.

La parte final de este artículo vino a ser la consa-  
gración legislativa de lo que antes fuera una costumbre -  
internacional fundada en la cortesía.

C A P I T L O     V

FUERO MILITAR

- a) Regulación especial.
- b) Fuero atractivo.

Fuero Militar: Con este nombre se designa a la jurisdicción especial a que están sometidas las personas militares, y, en ciertas ocasiones, también las personas particulares, los primeros por la comisión de delitos esencialmente militares, y los segundos, por mandato constitucional, pero únicamente para los delitos de traición, espionaje, rebelión y sedición, y los delitos contra la paz o la independencia del Estado y contra el Derecho de Gentes; siempre que por casos de guerra, invasión del territorio, rebelión, sedición, catástrofe, epidemia u otra calamidad general, o de graves perturbaciones del orden público, se encuentren suspendidas determinadas garantías constitucionales.

La jurisdicción militar está instituída para el juzgamiento de los militares por delitos puramente militares tipificados en un código especial y por medio de procedimientos especiales.

El fuero militar antiguamente constituía un privilegio de clase, la clase militar, y en tal virtud los militares eran juzgados por tribunales militares cualquiera -- que fuera el orden a que perteneciese el delito cometido, el cual, como podría ser un delito puramente militar, también lo podría ser del orden común, y hasta en materias de Derecho Privado: Civil o Mercantil, los militares siempre gozaban del fuero militar, o sea pues, que éste era un verdadero fuero personal.-

Actualmente, gracias a la evolución que ha experimentado el Derecho, el fuero militar subsiste, pero se le ha colocado en su justo sitio y se ha delimitado su campo de aplicación; se ha desentrañado su verdadera naturaleza jurídica y se ha demostrado la razón de su supervivencia.

Hoy se sabe que el fuero militar no es de índole personal, sino que es un fuero real o de causa y que se mantiene vivo por la necesidad de mantener la cohesión de las instituciones armadas mediante la implantación de una férrea disciplina y una obediencia ciega, las cuales solamente se logran bajo la amenaza de un castigo severo puesto en manos de un juez implacable.

Aunque el Derecho Penal Militar se creó para los hom

bres de uniforme, la aplicación del Código de Justicia Militar no toma en cuenta la condición de militar del sujeto como única razón; la razón valedera se encuentra en la naturaleza militar del acto delictuoso; de ahí que, si só lo los militares pueden cometer delitos militares, no todos los delitos son militares por el hecho de cometerlos un militar. Por esta razón, cuando un militar comete un delito del orden común, el que opera es el fuero común, nunca el fuero militar.

Uno se pregunta: ¿Cuál será la razón de la regulación especial del fuero militar? La razón de la regulación especial del fuero militar se basa en los mismos argumentos que lo hacen supervivir. El Derecho Penal Común con la benignidad de sus penas y sus lentos procedimientos lo lograría imponer disciplina y obediencia tan admirables, y por ende, no conseguiría mantener la cohesión de los Cuerpos Armados, tan necesaria, sobre todo, en el momento del combate. Por otra parte, el Código de Justicia Militar tipifica conductas a las que les da una relevancia extraordinaria y por eso las castiga con penas severas, conductas que a la luz del Código Penal Común resultarían demasiado triviales para ocuparse de ellas. Tal será el caso del centinela que se duerme.



Para el Código Penal Común, el hecho de que un centinela se duerme es algo intrascendente; no encuentra el Derecho Penal Común lo antijurídico de tal conducta, y -- sin embargo, para el Derecho Penal Militar es un delito -- grave, sobre todo en tiempo de guerra, porque con semejante hecho de no vigilar (omisión), ha puesto en peligro el grueso de las fuerzas militares acantonadas o encuarteladas, y por consiguiente a puesto en peligro la integridad del territorio y la soberanía nacional.

a) Regulación Especial:

La regulación especial del fuero militar se ha efectuado en acatamiento de un mandato constitucional.

En efecto, el Artículo 93 de nuestra Constitución Política, dispone: "Gozan de fuero militar los miembros de la Fuerza Armada en servicio activo, por los delitos puramente militares. Se prohíbe el fuero atractivo".

Luego veremos en qué consiste el fuero atractivo. Por de pronto lo que nos interesa es recalcar el rango constitucional que se le dió al fuero militar; su aplicación restringida a los miembros de la Fuerza Armada en servicio activo, y únicamente para los delitos puramente militares.

A efecto de desarrollar el precepto constitucional contenido en el Art. 93 C.P., se promulgó el vigente Código de Justicia Militar por Decreto Legislativo No. 562, de fecha 5 de mayo de 1964, publicado en el Diario Oficial No. 97 - Tomo No. 203, del día 29 de mayo de 1964, y el cual entró en vigencia treinta días después de su publicación en el Diario Oficial, quedando desde esa fecha totalmente derogado el Código Penal Militar y de Procedimientos Militares promulgado el veinte de agosto de mil novecientos veintitres, así como todas sus reformas posteriores.

El actual Código de Justicia Militar consta de cuatro Libros, de los cuales, los tres primeros se refieren al Derecho Substantivo, y el Libro IV trata de Derecho Procesal.

En lo tocante a la material substantiva trae el referido Código, lo que podría llamarse Parte General, Parte Especial y un Tratado de las Faltas.

En la Parte General permite la aplicación coetánea - unas veces, supletoria en otras, del Código Penal Común; se remite a éste último en cuanto a las causas excluyentes de la responsabilidad penal y a las circunstancias -

modificativas de la misma, en cuanto le permita su naturaleza y no se opongan a sus propias prescripciones especiales. Deroga la causa de inculpabilidad del miedo insuperable, quizá por razones de honor militar. Establece la escala de penas principales y accesorias, tomando en cuenta en cuanto a estas últimas, las penas accesorias establecidas en el Código Penal Común.

Establece la institución de la condena indeterminada, concediéndole a los jueces el arbitrio de poderes -- mover entre el mínimo y el máximo partiendo del punto medio de cada pena, tomando en cuenta la concurrencia de agravantes o atenuantes y la menor o mayor peligrosidad del delincuente. Establece, asimismo, la remisión condicional de la pena y la libertad condicional, así como la prescripción de la acción penal y de la pena, las que se rigen por el Código Penal Común, excepto en los delitos de traición y de espionaje, en cuyos casos la acción penal se extingue a los veinte años y la pena impuesta a los treinta años.

La que pudiéramos llamar parte Especial trata de los delitos militares en especie, comenzando por el delito de traición, el cual, al igual que en el Código Penal Común, se divide en una larga serie de subtipos; pero en todos -

ellos los polos son los mismos: acto de favorecer al enemigo causándole grave daño a las fuerzas militares, quebrantando de esta manera el deber de lealtad a la Patria.

Continúa con el delito de espionaje; delitos contra el Derecho de Gentes, de devastación, de saqueo, sabotaje, rebelión y sedición; delitos contra centinelas, salvaguardias, Fuerza Armada, Bandera, Escudo e Himno Nacional.

Delitos contra la disciplina militar: insubordinación y desobediencia; delitos contra el honor militar; - delitos contra el servicio militar: abandono de servicio, de destino o de residencia; desertión; infracciones de los deberes de centinela y violación de consigna; exacción; delitos contra la administración y los intereses de la Fuerza Armada: robos y hurtos militares; defraudación y malversación; omisiones en los suministros militares y falsedades en asuntos militares.

A continuación, el Código de Justicia Militar trata las Faltas Militares, notando en la disposición que las define, la existencia de un arbitrio amplio atribuido al superior para crear faltas en su juicio, es decir conductas punibles, aunque de poca relevancia, pero carentes -



del elemento tipicidad.

En la parte procesal, el Código de Justicia Militar - establece la Jurisdicción Militar y la organización de --- los tribunales militares, así como también, los procedimientos militares en tiempo de paz y tiempo de guerra; la com-- petencia de los funcionarios y de los tribunales que ejer-- cen jurisdicción militar, y la responsabilidad de los fun-- cionarios judiciales militares.

El Capítulo Primero, Título Segundo del Libro Cuarto al hablar de la Jurisdicción Militar y de la organización de los tribunales militares, y quiénes ejercen la juris-- dicción militar, dispone lo siguiente en su Art. 183. "La jurisdicción militar para delitos, en tiempo de paz, será ejercida por:

- 1o.- Los Jueces Militares de Instrucción;
- 2o.- Los Jueces de Primera Instancia Militar;
- 3o.- Las Cortes Marciales;
- 4o.- Las Cámaras de Segunda Instancia;
- 5o.- El Comandante General de la Fuerza Armada; y
- 6o.- La Corte Suprema de Justicia.

Luego, el Art. 184 del Código de Justicia Militar es-

establece el ejercicio de la jurisdicción Militar en tiempo de guerra al disponer lo siguiente: "En tiempo de guerra funcionarán los tribunales permanentes de tiempo de paz - en cuanto fuere posible y lo permitan las necesidades de la guerra, pero con sujeción al procedimiento especial -- establecido por este Código para tiempo de guerra".

"En las unidades que se encuentren en servicio de campaña, la jurisdicción militar se ejerce:

- 1o.- Por el Comandante General de la Fuerza Armada;
- 2o.- Por las Cortes Marciales de Urgencia;
- 3o.- Por los Jefes de Operaciones de Campaña;
- 4o.- Por los Jefes de Unidades, buques, o aeronaves, cuando operen independientemente o se encuentren incomunicados".

Después, el Art. 191 de este mismo Código establece -- que: "De las resoluciones dictadas en Primera Instancia por los Jueces de Primera Instancia Militar, conocerán en Segunda Instancia, las Cámaras de Segunda Instancia de lo Penal respectivas".

A continuación el referido Código dispone en su Art. - 192. "Las Cortes Marciales serán de tres clases:

- 1a.- Corte Marcial Ordinaria;
- 2a.- Corte Marcial Extraordinaria; y
- 3a.- Corte Marcial de Urgencia.

"La Corte Marcial Ordinaria tendrá competencia para conocer en Primera Instancia, de los delitos militares sancionados en este Código con una pena superior a diez años de reclusión, que fueren cometidos por Oficiales comprendidos en los numerales 2o. y 3o. del Art. 44".

"La Corte Marcial Extraordinaria conocerá en Primera Instancia de los delitos especificados en el Art. 177 de la Constitución Política, cualquiera que sea la pena; así como también de los delitos cometidos por los militares indicados en el numeral 1o. del Art. 44".

"La Corte Marcial de Urgencia tiene competencia para conocer en Primera Instancia de todos los delitos establecidos en este Código, en los casos señalados especialmente para tiempo de guerra".

Y por último este Código establece en su Art. 193, lo siguiente: "El Comandante General de la Fuerza Armada y el Jefe de Operaciones en Campaña, conocerán en última Instancia de los recursos interpuestos contra la senten-

cia dictada por las Cortes Marciales.

Esta es la forma en que se distribuye el ejercicio -- de la jurisdicción militar entre los distintos órganos en-- cargados de juzgar y castigar, en tiempo de paz o de guerra, los diferentes delitos puramente militares.

Ahora quiero abordar el problema que se plantea en - relación a las personas particulares, ajenas a toda insti-- tución castrense y que sin embargo, el Art. 177 de nuestra Constitución Política las somete a la jurisdicción militar.

No hay que olvidar que desde que fue abolido el fue-- ro atractivo por disposición constitucional, ningún paisa-- no puede ser sujeto activo de un delito puramente castren-- ce.-

No obstante, el Art. 177 C. P., establece lo siguiente: "Declarada la suspensión de garantías constitucionales, será de la competencia de los tribunales militares, el ---- conocimiento de los delitos de traición, espionaje, rebe--- lión y sedición, y de los demás delitos contra la paz o la independencia del Estado y contra el Derecho de Gentes!"



"Los juicios que al tiempo de decretarse la suspensión de garantías estén pendientes ante las autoridades -- comunes, continuarán bajo el conocimiento de éstas".

"Restablecidas las garantías constitucionales, los tribunales militares continuarán conociendo de las causas que se encuentren pendientes ante ellos".

Desde luego, los constituyentes que estructuraron este artículo y lo elevaron al rango constitucional, han sido blanco de duras críticas; porque con él se volvió por el camino andado, ya que se sometió nuevamente a una jurisdicción severa a los particulares, jurisdicción ésta que -- si bien es necesaria para los hombres que visten uniforme, resulta demasiado drástica para los que no la visten.

Sin embargo, la suspensión de garantías se decreta, -- cuando causas en extremo alarmantes lo demandan, y si en -- esos estados excepcionales, la seguridad interna y externa del Estado se encuentra amenazada por la facilidad con que pueden cometerse, aún por los particulares, los delitos -- que atentan contra esa seguridad, el legislador no podía -- menos que buscar una medida de protección; esa medida pro-- tectora la encontró mediante la implantación de la juris-- dicción castrense para el conocimiento de tales delitos --

mientras dura la situación de emergencia.

- b) Fuero atractivo: de atracción, traer hacia mí; esta situación se daba muy a menudo antes de que apareciera la prohibición constitucional en la Constitución virtual de 1885, que es el antecedente inmediato de la que tuvo vigencia, la Constitución de 1886.

El constituyente de aquel entonces se vió obligado a prohibir el fuero atractivo que era el arrastramiento hacia la jurisdicción militar sufrida por personas particulares que tal vez habían cometido algún delito del orden común; pero que para hacerla sufrir un castigo más severo, era acusada ante la justicia militar, asegurando que el hecho cometido era de naturaleza militar, o que había sido realizado con la participación o concurso de personas que estaban sometidas al fuero militar. Mediante la institución del fuero atractivo se originaron numerosas injusticias, y esa ha sido la razón de que su prohibición fuera elevada al rango de precepto constitucional.

Dentro de lo que nos permiten nuestras modestas capacidades, hemos querido realizar este humilde trabajo de

tesis doctoral, no por lo que él en sí represente objetivamente, estamos muy lejos de tan elevadas pretensiones, sino por lo que subjetivamente representa para mí, toda una vida de luchas y desvelos.-

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

- 1.- Bettiol, Guiseppe "Derecho Penal", Cuarta - Edición, revisada y actualizada. Bogotá 1965.-
- 2.- Bernarchina González, Mario "Manual de Derecho Constitucional, Santiago de Chile.
- 3.- Bielsa, Rafael "Derecho Constitucional", tercera Edición, Buenos Aires.-
- 4.- C. Núñez, Ricardo "Derecho Penal Argentino" Primera Edición, Lavalle 13228, Buenos Aires.-
- 5.- Convención de Viena, sobre Relaciones --- Diplomáticas. Publicaciones del Ministerio de Relaciones Exteriores de El Salvador.-
- 6.- Echeverry, Alfredo "Derecho Penal". Primera Edición. Santiago de Chile 1964.-
- 7.- Gallardo, Ricardo "Las Constituciones de El Salvador". Madrid. Ediciones de Cultura Hispánica 1961.-

- 8.- Jiménez de Asúa, Luis "Tratado de Derecho Penal" II Tomo, Segunda Edición - 1950, Buenos Aires, Argentina.-
- 9.- Labatut Glens, Gustavo "Derecho Penal" Segunda -- Edición, 1954.-
- 10.- Novoa Monreal, Eduardo "Derecho Penal Chileno" -- Primera Edición 1961.- Editorial Jurídica de Chile.-
- 11.- Pérez, Luis Carlos "Derecho Penal Colombiano" Primera Edición 1956.- --- Editorial Temis, Bogotá.-
- 12.- Quintano Ripolles, -- Antonio "Curso de Derecho Penal", Tomo I, Primera Edición, 1963, Editora de Revista - de Derecho Privado Madrid.
- 13.- Soler, Sebastián "Derecho Penal Argentino" Reimpresión Tipografía -- Editorial Argentina, Buenos Aires 1951.-
- 14.- Sánchez de Bustamante y Sirven, Antonio "Derecho Internacional -- Privado", Tercera Edición, Habana, Cultural S.A.1943.

- 15.- Tena Ramírez, Felipe "Derecho Constitucional - Mexicano", Quinta Edición Revisada y aumentada, Mé- co 1961.-
- 16.- "Código Bustamante"
- 17.- "Ley Orgánica del Poder - Judicial de El Salvador".-
- 18.- "Constitución Política de El Salvador" (Vigente).-