

Universidad de El Salvador

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y
CIENCIAS SOCIALES



APLICACION DE LA LEY PENAL EN EL ESPACIO Y EL TIEMPO

Tesis Presentada por:
MANUEL PAZ CANALES

para optar al Grado de:

LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS

JULIO 1991



SAN SALVADOR,

EL SALVADOR,

CENTRO AMERICA

T
345.7284
P348a

Ej. 2

Autoridades Universitarias

Rector: Dr. Fabio Castillo Figueroa.
Secretario General: Lic. Miguel Angel Azucena.

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales

Decano: Dr. Jorge Alberto Gómez Arias

Secretario: Lic. Juan Joel Hernández Rivera

Asesores de Tesis:

Lic. Felipe Cándido Romero
Lic. Stella Pineda de Rodriguez

Tribunal Calificador:

Presidente: Lic. Abelino Chicas Alfaro
Primer vocal: Lic. Luis Antonio Villeda Figueroa
Segundo Vocal: Lic. William Calderon Alferez

DEDICATORIA A:

DIOS TODOPODEROSO:

Por haberme dado fuerzas e inspiración para alcanzar esta meta; a pesar de los inconvenientes que encontré en el camino de mi preparación profesional.

A MIS PADRES:

Amorosa mamá María Canales. Por estar al pendiente de mí.

A MIS HERMANOS:

Amorosa mamá Angela Catalina, Ana Ernestina, Lucina Concepción, Oscar Hernán, Carlos Giovanni, Angel Mario, Jorge Adair, Héctor Javier y Edwin Arturo; por el apoyo y confianza que siempre tuvieron durante mi carrera universitaria.

A MIS SOBRINOS:

Por que ellos también fueron fuente de inspiración para salir adelante.

AMIGOS Y PERSONAS ESPECIALES:

Que de una u otra forma me proporcionaron aliento y apoyo moral.



INDICE

pág.

INTRODUCCION 1

CAPITULO I

1.1.- Delimitación del tema	1
1.2.- Importancia del tema	2
1.3.- Metodología	4
1.4.- Marco teórico	5
1.5.- Evolución histórica del derecho penal	6
1.5.1.- Característica de la ley penal	7
1.5.2.- Aplicación de la ley penal en el espacio	7
1.5.3.- Aplicación de la ley penal en el tiempo	8
1.6.- Marco hipotético	9
1.7.- Comprobación de hipótesis	9
1.8.- Metodología	11

CAPITULO II

2.1.- Evolución histórica del derecho penal	13
2.1.1.- Derecho Oriental y Griego	15
a) Código de Hammurabi	16
b) Leyes Mosaicas	17
c) Código de Manu	17
d) Derecho Griego	18
2.1.2.- Derecho Penal Romano	19
2.1.3.- Derecho Penal Canonico	21
2.1.4.- Derecho Penal Germanico	22
2.1.5.- Edad Media	23
2.1.6.- Modernización humanista de Derecho Penal	24
2.1.7.- Derecho Español	26
2.2.- Comentario a la evolución histórica del Derecho Penal y a la Ley Penal en particular	27
2.3.- Fuentes del Derecho Penal	29
a) La Costumbre	30
b) La Jurisprudencia	31
c) La Doctrina	32

CAPITULO III

3.1.- La Ley Penal ...	33
3.2.- Características de la Ley Penal	
3.2.1.- Es exclusiva ..	36
3.2.2.- Es obligatoria ..	38
3.2.3.- Es ineludible..	38
3.2.4.- Constitucional.	40
3.2.5.- Igualitaria ...	42
ii) Excepciones a la igualdad de la ley ..	44

CAPITULO IV

4.1.- Principios de la territorialidad y extraterritorialidad	51
4.1.1.- P. de Territorialidad	
i) Fundamentos ...	60
4.1.2.- P. de Extraterritorialidad	
i) P. Real o de Defensa ..	64
ii) P. Personalidad ...	68
a) Extradición ...	71
a.1) Requisitos de fondo de la Extradición ...	78
4.1.3.- P. Universal o de Justicia Mundial ...	82

CAPITULO IV

5.1.- Delitos de Trascendencia internacional ...	85
5.1.1.- Delitos de Carácter Internacional ...	86
A) Piratería ...	86
B) Trata de Esclavos... ..	94
C) Trata de Mujeres y Niños ...	96
D) Daños a cables submarinos ...	98
E) Tráfico de estupefaciente ...	100
5.2.- Cumplimiento de Sentencias Extranjeras ...	106

CAPITULO VI

6.1.- Vigencia de la Ley Penal.	112
6.2.- Irrectroactividad de la ley penal	116
6.3.- Retroactividad de la Ley...	123
6.4.- Leyes temporales y transitorias	128

CAPITULO VII

7.1.- Conclusiones y Recomendaciones	132
--------------------------------------	-----	-----	-----	-----

BIBLIOGRAFIA	140
--------------	-----	-----	-----	-----	-----	-----

A manera de introducción, se puede decir que la ley penal está constituida por el conjunto de normas que regulan la potestad que tiene el Estado de castigar aquellos hechos o actos que son establecidos previamente por la ley como delitos y faltas, y sujetos a una sanción penal.

El Estado como ente soberano, ejercita su Derecho subjetivo público que equivale a esa facultad de castigar, ya que es el único que puede reconocer y tipificar válidamente las conductas de los hombres el carácter de delitos, y de ahí aplicar la pena correspondiente a través de un procedimiento preestablecido, el cual es realizado por los Organos correspondientes.

Se puede decir también que la ley penal, involucra la expresión de un estado de cultura por medio del cual se recoge una serie de hechos considerados como antisociales, para contenerlos en tipos delictivos. A las leyes penales les podemos encontrar diferencias en su contenido dependiendo el espacio en que las situemos, pero ello es entendible si se toma en cuenta, que las leyes son producto de los hombres y que por lo tanto conciben al mundo de muy diversas maneras. En tal sentido se encuentran legislaciones diferentes en su contenido, lo que da lugar a que los distintos estados tengan diferencias en sus organización política y jurídica.

El estado es la autoridad máxima que actúa por sobre los demás, y para el cumplimiento de su tarea de controlador y

regulador lo hace apoyandose en un ordenamiento juridico que el mismo ha creado. En tal sentido el Estado dicta su propio Derecho penal, con el objeto de mantener la paz y tranquilidad social, y por ello todos aquellos actos producidos por individuos que atentan contra el orden y tranquilidad social, son castigados, o al menos en esa direccion va encaminada la funcion punitiva del Estado. con ello tambien el Estado se protege a si mismo de aquellas acciones humanas que esten encaminadas a perjudicar la existencia y bienes juridicos de los miembros que lo componen.

PARTE UNA

EVOLUCION HISTORICA DEL DERECHO PENAL

CAPITULO I

Inicialmente se incluyen las partes más importantes del anteproyecto, con el objetivo de conocer con mayor precisión, los alcances y limitaciones de este trabajo.

1.1.-DELIMITACION DEL TEMA

Tomando en cuenta que el tema "APLICACION DE LA LEY PENAL EN EL TIEMPO Y EL ESPACIO", es sumamente amplio en su contenido, por ello es necesario encontrar un punto central para su estudio y de esa manera, poder enfocar en mejor forma, el desarrollo propuesto para lograr un resultado más aproximado del trabajo, que es lo que se espera en última instancia.

En consideración a lo anterior, el desarrollo del tema en referencia, debe ser enmarcado dentro de los límites siguientes: En primer lugar, su desarrollo debe estar expresado dentro de lo que es el espacio de El salvador. Para conocer cual es el espacio salvadoreño, se tendrá que analizar que es lo que se considera como su territorio, para que, a partir de ahí se conozca hasta donde la ley salvadoreña podrá aplicarse a hechos ocurridos en un momento determinado, tanto dentro de sus fronteras como fuera de ellas.

En segundo lugar, el estudio se desarrollará en aplicación al ordenamiento legal vigente y el cual sea pertinente al tema objeto de estudio.

Como se puede observar, la limitación del tema está dado en lo que es la "Ley vigente", la cual se aplicará o se debe aplicar por el Estado, cuando las circunstancias así lo exijan.

También es bueno hacer notar, que la doctrina existente será un punto fundamental para el desarrollo del presente trabajo, puesto que hay distintos tratadistas que le han dedicado un tiempo especial en su vida para analizar los distintos tópicos sobre el tema que nos ocupa, y por lo que hacer mención de sus puntos de vista, será un aporte de gran significación.

En relación al período o tiempo que pudiera comprender el trabajo, es bueno expresar que en este aspecto, es un tanto difícil de hacerlo, pero sin embargo, se ha dicho que se trabajará en relación a la "Ley vigente"; al decir lo anterior, se tiene que comprender que no sólo es un Código del que se va hacer mención, sino que son varios cuerpos de leyes que están vigentes desde fechas distintas.

De tal manera que se debe tomar en cuenta ese detalle, para efecto de limitar el período que comprendera dicho estudio.

1.2.- IMPORTANCIA DEL TEMA

Se considera que el análisis y estudio del tema, es de suma importancia, puesto que el contiene relación directa con diferentes áreas del Derecho, llámese Derecho Nacional o Derecho Internacional.

Cuando se refiere a la Ley Penal en el tiempo, se va a referir especialmente a aquella norma jurídica que se encuentra vigente en un momento determinado y que será la que dará la pauta para poder comenzar a conocer hasta donde esa norma puede ser aplicada a situaciones reales o concretas.

Con ello se quiere decir, que una misma norma jurídica como es lógico, no siempre estará vigente, porque en un momento determinado será reformada o será derogada por una nueva ley o también podrá no suceder eso, sino que se puede dar el caso en que se decreta un estado de excepción, como ocurre frecuentemente en nuestra patria, en lo que los procedimientos ordinarios son sustituidos por procedimientos especiales; entonces, en este sentido se podrán dar muchas situaciones contradictorias, que solo con un estudio y análisis detenido, se podrá clarificar en gran parte esas dudas que pudieran tener al respecto.

El otro caso es cuando se refiere a la Ley Penal en el espacio, en este punto, reviste también gran importancia, dado que en esta situación, ya se tendría que enfocar hasta donde el Estado pudiera tener competencia para conocer de ciertos hechos que por sus características, serán distintos a los hechos ordinarios y que la competencia del Estado no se discute.

Con lo expuesto anteriormente, se quiere significar que en un momento determinado se pueden dar hechos, los cuales sean dirigidos contra el Estado como ente soberano, en otros casos puede ocurrir que se den delitos en embajadas o en consulados, en

aeronaves, etc. Entonces, se verán en este caso, los efectos extraterritoriales de la Ley Penal y cuales son sus incidencias. También es de mucha importancia, determinar aquellos delitos que se consideran de trascendencia internacional, que comprende los delitos contra la paz internacional y delitos de carácter internacional que no solo afectan el ordenamiento jurídico en un Estado, sino el de dos o mas.

Por todo lo expuesto y el no existir en este momento un trabajo actualizado en relación con todo el ordenamiento legal vigente, se considera importante que este tema sea objeto de estudio.

1.3.-JUSTIFICACIONES

Se ha expresado cual es la importancia del tema, objeto de estudio, para ser expresado en un trabajo de tesis, por lo que se justifica que éste sea visto con gran interés.

Es importante hacer notar, que la doctrina por medio de ilustres tratadistas, le han dedicado un espacio muy especial de su vida para expresar sus puntos de vista sobre los alcances que el mismo pudiera contener, y como es lógico pensar, hay opiniones encontradas al respecto, de ahí que algunos justifican ciertos hechos basándose en ciertos postulados y otros los rechazan con otros argumentos no menos importantes.

Como ejemplo se puede mencionar, en relación a la irretroactividad o retroactividad de la Ley; para algunos la Ley

es irretroactiva sin discusión alguna y sustentan sus posiciones; para otros, la ley puede ser retroactiva y también la defienden con argumentos, dando explicaciones del porqué de sus afirmaciones.

En ese sentido, se puede decir que el tema objeto de estudio, tiene muchos aspectos bien importantes de conocer y de esa manera, clarificar lo más que se pueda de las dudas existentes. Por todo lo expuesto, se justifica la necesidad de conocer y profundizar en el estudio y análisis de la problemática que encierra el presente tema, y que solo de esa manera, se despejarán las incógnitas vistas desde fuera.

1.4.-OBJETIVOS

- a) Realizar un estudio de la aplicación de la Ley Penal en el tiempo y el espacio, enmarcándolo dentro del territorio de El Salvador y con su ordenamiento legal vigente.
- b) Expresar en las conclusiones, cuales son los puntos de mayor coincidencia de los tratadistas y cuales pudieran ser donde tienen diferencias en relación al tema en estudio.
- c) Proporcionar a los estudiantes de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, una fuente de consulta sobre el tema.
- d) Realizar un estudio con mayor detenimiento en el caso de la retroactividad de la Ley o la irretroactividad de la Ley y la Jurisdicción del Estado, en razón del territorio.

e) Tener al final del trabajo, un panorama mucho mas amplio sobre el tema, como para poder recomendar o sugerir, corregir alguna deficiencia que pueda existir en nuestro ordenamiento legal, a fin de ir mejorando poco a poco, la aplicación de justicia en nuestra patria.

1.5.-MARCO TEORICO Y CONCEPTUAL

En el presente trabajo se ha considerado tratar los siguientes puntos que a continuación se describirán, y para lo cual, se deberá utilizar la bibliografía y cuerpo de Leyes que se mencionarán al final de cada parte que se enuncie; ello no impedira que se incluya nuevo material a la hora de la recopilación de la información final, de acuerdo al cronograma propuesto; en tal sentido, se pasa a la descripción del contenido:

1.5.1.- EVOLUCION HISTORICA DEL DERECHO PENAL

En esta parte, se tratará sobre las formas primitivas, sobre el Derecho Oriental y Griego, en los cuales se tocará sobre el Código de Hammurabi, las Leyes Mosaicas, el Código de Manù, por otra parte; también se desarrollará lo concerniente al Derecho Penal Romano; también se tratará lo que es el Derecho Penal Canónico, El derecho Penal Germánico, y por último, se tocará lo concerniente al periodo de la Edad Media.

Entre las características de la Ley Penal, se enfocarán entre otras, las siguientes: a) La Ley Penal es exclusiva; b) es obligatoria; c) la Ley Penal es ineludible; d) es constitucional; b) es igualitaria, etc. ... En cada una de ellas se tocarán los aspectos más importantes que las identifican como tales.

Para desarrollar lo referente a la evolución histórica del Derecho Penal, se consultará el Tratado de Derecho Penal de Don Luis Jiménez de Asúa, así como el Derecho Penal Argentino, del autor Sebastián Soler.

Una vez concluido el desarrollo de los puntos tratados en los numerales 1.5.1 y 1.5.2 se pasará al enfoque del tema propiamente dicho.

1.5.3.- APLICACION DE LA LEY PENAL EN EL ESPACIO

Aquí comenzaremos desarrollando los Principios Generales de la Ley Penal en el Espacio; entre los cuales se pueden enunciar de la siguiente manera: A) el principio de territorialidad, tanto como elemento real y como elemento ficticio; B) el de Extraterritorialidad que se conforma de; a) Real o defensa; b) el de personalidad. C) el de la universalidad.

Se considera necesario también, desarrollar en un capítulo especial, cuáles son aquellos delitos considerados como de trascendencia internacional, los que abarcan los delitos de carácter internacional, entre estos últimos se pueden mencionar:

La piratería, trata de esclavos, trata de mujeres y niños, organizaciones internacionales, destrucción de cables submarinos.

Se tocará como tema aparte el tráfico de estupefacientes aún cuando no está considerado dentro de los delitos de carácter internacional en una forma específica, ya que solamente aparece en el delito denominado " Organizaciones internacionales delictivas. Art. 494 del Código Penal".

Para el desarrollo de lo expuesto en la parte 1.5.3., se consultará a los dos autores mencionados anteriormente, así como la tesis doctoral de Jaime Alberto Solórzano, y para lo expuesto en la parte final, en lo que se refiere a los delitos de carácter internacional, nos ocuparemos especialmente de nuestra Ley, la Constitución de El Salvador, la cual nos rige a los salvadoreños a partir del año 1983, fecha en la que entró en vigencia.

1.5.4.- APLICACION DE LA LEY PENAL EN EL TIEMPO

En esta parte se desarrollará lo siguiente: a) Principios de la Ley Penal en el tiempo; b) cuáles son las teorías que se refieren a la irretroactividad de la ley; c) cuáles son las teorías que se refieren a la retroactividad de la Ley; d) cuál es la Ley más favorable; e) la Ley intermedia y la Ley temporaria; f) la vigencia de la Ley Penal. Para el desarrollo de lo que es la retroactividad y la irretroactividad de la Ley nos apoyaremos principalmente en el trabajo desarrollado sobre la irretroactividad de la Ley por el autor salvadoreño Alejandro Dagoberto Marroquín y de igual manera, otros autores que se refieren a ese punto.

1.6.-MARCO HIPOTETICO

- a) Quanto mayor sea el grado de convulsión social existente en el país, menor será la oportunidad que tenga el Órgano Jurisdiccional de aplicar en una forma justa la Ley.
- b) A mayor capacidad intelectual que tenga el profesional del Derecho en nuestra patria, mayor será el beneficio en asesoría legal que tengan los individuos interesados en ella.
- c) Cuanta mayor conciencia tengan los estudiantes de nuestra Facultad, en la necesidad de ayuda a cientos de reos en las cárceles de nuestro país, mayor será la cantidad de reclusos que salgan libres en un menor tiempo, a incorporarse a la sociedad.
- d) A mayores acciones delictivas cometidas en el extranjero contra bienes o intereses salvadoreños, mayor será la necesidad de aplicar tratados o convenios internacionales celebrados entre El Salvador y otros países

1.7.-COMPROBACION DE HIPOTESIS

A medida que se desarrolle el trabajo, se irán tocando los puntos contenidos en el marco hipotético, y en tal sentido, se conocerá si las hipótesis son válidas o son rechazadas.

Como ejemplo a lo expuesto, vamos a tratar de operacionalizar las primeras dos hipótesis. Se tiene para la hipótesis número uno, en las unidades de análisis: La convulsión social y por otra parte, el Órgano Jurisdiccional.

En las variables: Aplicar en forma justa, la Ley; y en los términos lógicos tenemos: "cuando mayor sea", "menor será". Entonces se tendrá que determinar si en realidad la convulsión social que pueda existir en un momento determinado, es motivo para que el Órgano Jurisdiccional no aplique en una forma justa la Ley, y de ahí que no se cumpla verdaderamente con este mandato institucional.

Para la hipótesis número dos, se pueden ubicar para las unidades de análisis: Capacidad intelectual profesional del Derecho.

En las variables tendremos: Asesoría, legal, individuos interesados; y en los términos lógicos "a mayor", "mayor será". En este caso se podrá determinar si es cierto que el nivel intelectual que pueda tener el profesional del Derecho es de beneficio para los individuos que requieran de sus servicios.

En la hipótesis número tres, encontramos en las unidades de análisis, la conciencia, estudiantes. En las variables, la necesidad de ayuda a reos, guardando prisión. En los términos lógicos tenemos: "cuanto mayor conciencia", "menor será la cantidad". Como se puede observar, se determinará si es cierto que el tener mayor conciencia del estudiantado estudioso de las Ciencias Jurídicas, ayuda a toda una comunidad reclusa a obtener su libertad en el menor tiempo posible.

Por último, tenemos la hipótesis número cuatro, en la que encontramos en las Unidades de Análisis: Acciones delictivas, bienes o intereses salvadoreños.

En las variables: Aplicar, tratados o convenios internacionales.

En los terminos lógicos "a mayores acciones", "mayor será".

En esta hipótesis, conoceremos en que momento el Estado salvadoreño va a tener que hechar mano de los convenios o tratados que haya suscrito con otros Estados, para lograr contrarrestar el efecto de una acción que se haya cometido en jurisdicción extranjera de tal manera que aquí será importante conocer la aplicación de la Ley Penal en el espacio.

1.8.- METODOLOGÍA

Dado que el presente trabajo es una investigación de tipo bibliografico, se utilizarán las técnicas de investigación bibliografica y de campo. En primer termino se va analizar, criticar y cuestionar toda la información que se recopile en los diferentes tratados de Derecho Penal, principalmente a los que se refiere la bibliografía del presente proyecto de tesis, así como el material bibliográfico de otras ramas del Derecho que tengan relación con el tema; este material se consultará principalmente en las siguientes bibliotecas : La Biblioteca de nuestra facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, la Biblioteca Central de la Universidad de EL Salvador, la Biblioteca Nacional de El Salvador.

En segundo término, se tomará muy en cuenta toda la información que se obtenga de la realización de entrevistas a distintas personalidades conocedoras de la rama del Derecho, en el que está comprendido el tema objeto de estudio. Considero que ese

aporte será muy valioso, principalmente en aquellos puntos específicos que se considere investigar:

Entre las clases de personalidades que se entrevistarán, se puede mencionar a Jueces de Primera Instancia, Registrados de la Corte Suprema de Justicia, así como a Catedráticos de nuestra Facultad.

Con toda la información referencial que se elaborará nuestro trabajo para ser presentado a los señores asesores; para recoger esta información, se utilizará una guía de entrevista estructurada.

CAPITULO II

2.1.-EVOLUCION HISTORICA DEL DERECHO PENAL

El propósito es describir inicialmente la evolución histórica del Derecho penal en nuestro trabajo específico de la "Aplicación de la Ley Penal", es con el fin principal de tener un panorama aunque sea limitado, de cuales han sido los rasgos más sobresalientes, tomando en cuenta que es la Ley, la fuente por excelencia del Derecho Penal; es por ello, que a continuación se entrará a conocer en forma breve, dicha evolución histórica.

Es la ciencia a través de la etnología y la sociología, que ha tratado de explicarse cuales fueron las formas o comportamientos sociales del hombre primitivo; en tal sentido, Sebastián Soler dice: "La mente del hombre primitivo no se regía por una lógica enteramente construida como la nuestra, sobre los principios de identidad, contradicción y razón suficiente. La idea de causalidad, tan incluyente en todas nuestras actividades, se muestra totalmente rudimentaria y gran parte de los fenómenos no son explicados por esa Ley sino por principios mágicos." (1)

Por su parte, el tratadista español Luis Jiménez de Asúa, dice en relación a este punto, lo siguiente: "la retribución y la magia de una parte y la psicología colectiva de otra, configuran la cosmovisión del alma primitiva." (2)

Se puede decir entonces, que en este momento el hombre primitivo no actúa con voluntad propia, no realiza sus actividades consciente de lo que hace y porque lo hace, si no que es guiado

(1) Sebastián Soler, Tratado de Derecho Penal., pag 49

(2) Luis Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal., pag 205

por fuerzas misteriosas que el desconoce y que es por ello, que su actividad es la de simple ejecutor.

Las características del hombre primitivo son dadas por el grupo a que pertenece, el cual puede ser Clan o Tribu y de ahí que si uno de ellos ejecuta un hecho determinado, esta no se considera en forma individual, sino colectiva del grupo. Así también, si ese hecho produce una reacción, esa reacción no cae únicamente contra el individuo, sino que involucra a todo el grupo a que pertenece. Se observa entonces que la responsabilidad en este momento no es individual sino colectiva, responde el grupo en su totalidad.

Hasta este momento no podemos hablar del aparecimiento del Derecho Penal como tal; sin embargo, si podemos decir que aparecen cierto tipo de prohibiciones las cuales se les conoce como "prohibiciones tabù", de las que se puede decir que tienen un carácter fundamentalmente religioso, pero que también desempeñan una función civil.

Las prohibiciones tabù están integradas por una larga serie de acciones, en donde la sanción está impregnada de un sentido sobrenatural y religioso; es decir, que el cumplimiento de una determinada sanción se encuentra fuera de control de la persona.

Es decir que el surgimiento del Derecho Penal se debe relacionar inicialmente con la idea de lo prohibido en grado supremo. En los pueblos primitivos, se dan distintos tipos o formas de penalidad, entre los cuales se pueden mencionar: a) la venganza; b) el sistema talional; c) la expulsión de la paz y

d) el sistema compositivo.

a) La venganza

Se encuentra en el derecho protohistórico y también en el histórico, esta forma de retribución del delito esencialmente es una forma de venganza colectiva como ya apuntamos.(3)

Dependiendo del tipo de delito, la venganza podía ser como forma de indemnización impuesta por la fuerza, pero en otro tipo de delito, la venganza podía ser de sangre, por ejemplo, si el hecho era homicidio, la venganza era de sangre y no de indemnización. La venganza es una obligación religiosa y sagrada.

b) Sistema Talional.

En este sistema, la venganza se limita a una cantidad exactamente equivalente al daño sufrido por el ofendido, de ahí la enunciación de la Ley Mosaica: "Ojo por ojo, diente por diente".(4)

Este sistema, se encuentra regulado en el Código de Hammurabi, en donde se contempla que la responsabilidad no siempre es soportada por el autor, sino que podía extenderse a miembros de su familia hasta representar una compensación perfecta. Para el caso, si una casa se caía y aplastaba al dueño, el constructor debía ser muerto; pero si aplastaba al dueño y al hijo, debían morir el constructor y su hijo.

c) La expulsión de la paz

Consistió principalmente en la separación de un sujeto del conjunto social a que pertenecía, era algo semejante a lo que hoy

(3) Sebastian Soler. Opus Cit., pag 54,55

(4) Sebastian Soler. Opus Cit., pag 55'

llamaríamos deslinde.

d) Sistema compositivo, consistía en compensar las ofensas delictivas mediante un sistema de pagos. (5)

Las formas de reacciones penales que se han expuesto no son rígidas para todos los pueblos, sino que se considera que, dependiendo del lugar, pudieran ser aplicadas con alguna variante, es decir, que lo planteado son esquemas generales y no como normas a cumplir en todos los pueblos.

Advertido lo anterior, a continuación se va hacer una breve reseña de los principales sistemas jurídicos que se han dado a través del tiempo.

2.1.1.- DERECHO ORIENTAL Y GRIEGO

a).- CODIGO DE HAMMURABI

El Código de Hammurabi es el considerado y que se conoce como mas antiguo (1950 a. de J. C.), en el cual se encuentra el carácter público del Derecho Penal firmemente establecido, pues la protección del rey sobre los súbditos, se extiende minuciosamente a todos los bienes. Su característica más destacada es la gran cantidad de disposiciones de naturaleza talional, como expresión de **adversus** considerable. Encuétrase una distinción entre los hechos intencionales, de **adversus** **adversus** Dios. La ley de la del rey mismo, tienen un sentido firmemente protector de la víctima de la injusticia. (6)

Es bueno agregar en relación con la "Ley del talión", que apesar

(5) Sebastian Soler. Opus Cit., pag 55.56

(6) Sebastian Soler. Opus Cit., pag 57

de la existencia en su gran parte de este tipo de normas en el Código de Hammurabi, "también rigió dicha Ley en la China por más de veinte siglos a. de C., también se menciona en el AVESTA, libro sagrado de los Persas y en el antiguo testamento de los hebreos. (7)

b).- LEYES MOSAICAS

El derecho del pueblo israelita se encuentra en el Pentateuco, conjunto de los cinco primeros libros del Antiguo Testamento, atribuidos a Moisés. Contrariamente a lo que sucede en la legislación de Hammurabi, en el Pentateuco, el derecho tiene un marcado carácter religioso, la pena está dotada de un sentido expiatorio y es impuesto por mandato de la divinidad. Las formas de expresión talional son muy frecuentes, y aún encontramos formas de venganza privada para el homicidio doloso; pero el mismo procedimiento no se sigue para el homicida imprudente, el cual era juzgado y confinado, y solo quebrantado ese confinamiento podía ser muerto por el pariente de su víctima. (8)

c).- CODIGO DE MANU

El antiguo derecho Indú, se conoce con lo que es el Código de Manú, talvez el mas completo y ordenado de todo el derecho oriental. Distinguese en el diversas formas del elemento subjetivo, contiene sanciones variables según la casta a la que el transgresor pertenezca.

Sin embargo, en este derecho, lo mismo que en el restante

(7) Luis Cousiño Mac Iver. Derecho Penal Chileno., pag 60

(8) Sebastian Soler. Opus Cit., pag 53'

derecho oriental, no es posible buscar formas de verdadera individualización de la responsabilidad y la pena.

El hombre como individuo, está lejos de ser libre y las cuatro castas forman un todo natural y casi petrificado. El cumplimiento de ese paso, para los pueblos de Occidente, debía ser la obra del pueblo griego. (9)

d).- DERECHO GRIEGO

Tiene también en sus orígenes, una estrecha relación con las fuerzas divinas y fatales que gobiernan a los hombres, y tanto el crimen como la venganza se nos presentan en las antiguas leyendas y tragedias, con la violencia y la necesidad de las fuerzas naturales; son más obra directa de los dioses que de los hombres. (10)

Como conclusión a lo desarrollado en la parte anterior, es decir, en el Derecho Oriental y Griego, se puede decir en términos generales, que no existe aún formas de individualización en cuanto a responsabilidad penal. Por otra parte, existen algunas diferencias entre ellos, para el caso en el Código de Hammurabi, lo característico son las disposiciones de carácter talional y en las leyes Mosaicas (Pentateuco); el derecho tiene un sentido religioso; es decir, que las penalidades son dadas por acción divina, de igual manera se puede decir del Derecho Griego.

(9) Sebastian Soler. Opus Cit., pag 58,59

(10) Ibidem.

2.1.2.-DERECHO PENAL ROMANO

De acuerdo a Sebastián Soler, en los orígenes del Derecho Penal Romano, se encuentran las instituciones que se han señalado como las características de las formas penales primitivas, es decir, que el derecho tiene un marcado carácter religioso y existen las expiaciones de carácter tabú (carácter sacral de la pena).

Este periodo tiene especial importancia a decir del autor citado, por la autoridad incontrastable del pater, el cual tenía el derecho de castigar hasta con la muerte a los que estaban sujetos a su potestad, o sea, que el origen de la asociación romana tiene ya un sentido autoritario destacado.

En el Derecho Penal Romano ya se conoce la venganza, la confiscación del Patrimonio y la expulsión de la paz, esta última que era dada especialmente a ofensas inferidas a una comunidad distinta a la del delincuente.

"El Derecho Penal Romano, desde sus inicios, se observa dirigido a un Derecho Público, distinguiéndose lo anterior por el carácter de sus penas: es decir, se tenía una pena pública y que consistía en la ejecución del culpable (supplicium) y por otra parte, existía un pago obligatorio en dinero (damnum). Así se ve claramente un sistema compositivo".(11)

Se dice que cuando el pago en dinero se hacía para recompensar el delito de lesiones se llamaba "pena", voz que luego se fue

(11) Sebastián Soler. Opus Cit., pag 61.

generalizando para toda sanción punitiva.

Por otra parte, durante el periodo conocido como de la República, el pater y el rey eran los que poseían la máxima autoridad, aunque se considera que este poder pudo ser arbitrario.

En este periodo, el condenado a muerte por el magistrado, según Sebastián Soler, podía ejercer la provocatio ad populum, es decir, que la sentencia era sometida a juicio del pueblo, momento en el cual el magistrado debía de hacer las argumentaciones del caso, a fin de que se conociera cual era su base para tal decisión. Se advierte entonces, que sólo cuando se daba condena a muerte, se sometía la sanción a conocimiento del pueblo, o sea que eso era una situación extrema.

Posteriormente a la República, surge lo que se conoce como el Imperio, y a juicio del autor citado, los rasgos más importantes de la evolución de este derecho son:

- a) La afirmación del carácter público y social del Derecho penal, no obstante la diferencia siempre mantenida entre delitos privados y públicos pues la ilicitud privada no se igualaba a una acción civil, y no daba lugar a un mero resarcimiento, sino a una verdadera pena.
- b) El amplio desarrollo alcanzado por la doctrina de la imputabilidad, de la culpabilidad y de las causas que la excluyen, especialmente el error.
- c) El elemento subjetivo se encuentra claramente diferenciado, aún por la clase de pena que correspondía al dolo y a la

culpa, pues mientras el hecho doloso seguía el poenitio, al culposo se aplicaba el castigatio que tenía un fin sobre todo intimidante, y con tal objeto, será aplicable incluso a los menores y a las personas colectivas. (12)

2.1.3.- DERECHO PENAL CANONICO

Este derecho comienza con el Imperio Romano, y adquiere plenitud de poder y desarrollo durante los papados de Gregorio VII, Alejandro III e Inocencio III, en los años 1073 a 1216.

La jurisdicción eclesiástica de la Iglesia fue evolucionando, para lo cual es conveniente distinguir las razones por las cuales la Iglesia fue aumentando su jurisdicción.

La jurisdicción de la Iglesia surgía por dos motivos a saber:

a) Por razones de fuero personal con algunas vicisitudes se fue afirmando el principio según el cual, el clerico era juzgado por el Tribunal Eclesiástico, cualquiera fuera el delito cometido. Al comienzo, ese fuero fue reconocido (bajo Constantino) solamente para los obispos; los demás eclesiásticos estaban sometidos al tribunal laico por sus crímenes comunes; pero ya Diotario reconoció lo que hoy llamaríamos privilegio de foro; los sacerdotes y diáconos eran juzgados por el tribunal secular pero podían ser condenados por éste sino eran dispuestos por el tribunal eclesiástico.

(12) Sebastián Soler. Opus Cit., pág 14

b) Por razón de la materia. Los delitos de competencia de los tribunales eclesiásticos fueron en aumento, dando motivo a esa jurisdicción la materia, ello es, la naturaleza del delito, aún cuando este fuese cometido por un laico. Se formaron así dos categorías de hechos: aquellos en que se ofendía directamente a la religión, en los cuales la jurisdicción llegó a ser indiscutida, llamados delicta mere eclesiástica, y por otra parte, los delicta mixta (adulterio, incesto, concubinato, sodomia, sacrilegio, blasfemia, perjurio y usura), los cuales dieron lugar a conflictos de competencia, sosteniendo la Iglesia con variada fortuna su jurisdicción. (13)

2.1.4.- DERECHO PENAL GERMANICO

En los pueblos germanos, se dieron costumbres jurídicas diferentes de las que existían en Roma en la época de las invasiones. En estos pueblos se encuentran instituciones típicas como las siguientes:

- a) La venganza de la sangre, que se dice es donde influyó más el derecho canónico, contra el principio talional.
- b) la venganza se extiende a toda la estirpe del transgresor.
- c) Hay una estrecha relación entre las prohibiciones penales y religiosas.
- d) Se encuentra también el Sistema Composicional, que consistía en un sistema de pagos, por los cuales se satisfacía no solo

(13) Sebastián Soler. Opus Cit., pág 67

el daño sino que se pagaba un exceso de carácter retributivo.

e) El Derecho Penal Germánico se caracteriza por su objetividad.

Hay una apreciación objetiva por los hechos causados por el hombre y su distinción o su confusión con respecto al concepto de ilicitud. Lo que importaba era el daño causado. (14)

En relación al Derecho Germánico, Luis Cousiño Mac Iver dice: "existía la costumbre de expulsar a los miembros de la Sippe que se habían hecho indignos de pertenecer a ella, por alterar su paz, y se les perseguía como enemigos aunque el peor castigo para ellos era su exclusión de la comunidad". Para los infractores de otras Sippe, dice que regia la venganza de la sangre, y en una etapa más avanzada se admitió la composición. (15)

2.1.5.- EDAD MEDIA

La edad media es un largo periodo para el Derecho Penal, durante el cual se opera la fusión de los llamados tres aportes jurídicos: El Derecho Romano, El Canónico Y el Bárbaro, que en el transcurso del tiempo vino a dar como resultado el reconocimiento del primero, o sea, del Derecho Romano, el cual se produce en el Código de Carlos V, llamado la Carolina en el año 1532.

Merece atención durante este periodo, el desenvolvimiento que tuvo en Italia, especialmente el estudio del Derecho Romano en la fuente justiniana. El Derecho Romano fue objeto de minuciosas investigaciones y se designa con el nombre de glosadores y post-glosadores a una serie de juristas (de 1100 a 1250 y a 1450), en los cuales, junto al conocimiento de los derechos locales:

(14) Sebastian Soler. Opus Cit., pag 57

(15) Luis Cousiño Mac Iver. Opus Cit., pag 50

encontramos el comentario del Derecho Romano, muchas veces derivadas del Derecho Canónico o del local. Pero ello son los que prepararán el camino del reconocimiento del Derecho Romano y el de recepción, pues los juristas que hubieran de legislar después para Alemania, aprendieron en Italia el Derecho Romano de los post-glosadores.

Se dice que la influencia del Derecho Italiano se extendió hasta Alemania. dándose la recepción del Derecho Romano, primero en la Bambergensis y después en la Carolina.

La carolina es un Código Penal, de procedimiento penal y una ley de organización de tribunales. No está construido con un verdadero método, tiene largas reglamentaciones sobre pruebas legales, sobre los indicios y las cuestiones (torturas); admite la interpretación analógica, prodiga la pena de muerte cuya agravación en diversas formas admite, mostrando claramente que el objeto principal de la pena es la intimidación; prevé detenidamente diversas formas de legítima defensa, especialmente para el homicidio; la aberratio ictus tiene también su norma correspondiente. (16)

2.1.6.- MODERNIZACION HUMANISTA DEL DERECHO PENAL

La modernización humanista se da en un largo periodo de tiempo, pero se puede decir que ello ocurre principalmente en el siglo XVIII. En Francia surgen nuevas enseñanzas, las que vienen a cambiar profundamente la historia de las instituciones políticas y

(16) Sebastián Soler. Opus Cit., págs 71,71

como consecuencia a dar el derecho un sentido totalmente nuevo, le dan lo que se conoce como la humanización del Derecho.

Las enseñanzas a que se hace referencia, surgen de las obras de Montesquie y Rosseau, con lo cual se cambian las constituciones de los Estados, y por otra parte César Beccaria se da una nueva concepción a la actividad represiva.

El último autor citado, con su libro *Dei delitti e delle pene*, le da una gran influencia a la humanización del Derecho, a la demostración de la naturaleza social y no divina o religiosa de la autoridad penal, de la cual surgen consecuencias importantes y determinante para la justicia. En relación a lo antes expuesto se considera conveniente exponer lo que afirma Beccaria en forma de teorema, que toda pena "debe ser esencialmente pública, pronta, necesaria, la menos de las posibles dadas las circunstancias, proporcionada a los delitos y dictada por las leyes". (17)

Es importante el aporte de Beccaria, ya que sus ideas fueron expresadas inicialmente en la doctrina y posteriormente fueron incorporadas en la legislación así como en la práctica.

La revolución francesa fue el hecho que vino a cambiar toda la codificación Europea, principalmente en la Declaración de los Derechos del Hombre dada en el año de 1789. También el Código Napoleónico de 1810, le da nuevas directrices a toda la legislación Europea.

(17) C. Beccaria. *Dei delitti e delle pene*, pag 26, citado por Luis Cossío Mac Iver., pag 63

2.1.7.- DERECHO ESPAÑOL

Se considera importante también referirse en forma breve a lo que es el Derecho Español, ya que esas leyes fueron aplicables en nuestros pueblos con motivo del descubrimiento, aplicación que se dió aun después de nuestra independencia.

En este derecho se dió el Visigodo, el cual sostiene que se encuentran en la práctica de instituciones características del derecho germánico, como la venganza, las ordalias, la expulsión de la paz, a pesar del contenido del código llamado de Fuero Juzgo.

El Fuero Juzgo surge como el primer cuerpo de leyes que niega la venganza y que se aparta claramente del rudo objetivismo, al diferenciar el homicidio por su grado y no por ocasión. Se dice que la pena se da como retribución talional; pero en forma especial para los delitos de judaísmo y de herejía.

Aparte de lo que es el derecho Visigodo, encontramos la legislación Foral, que a decir de Sebastian Soler, en la legislación Foral se encuentran las formas germánicas más típicas en Derecho Penal, aquí reaparece la venganza de la sangre y esta no se circunscribe al autor, sino que puede afectar a terceros, reconoce también la expulsión de la colectividad, de manera que el expulsado podía ser muerto por cualquiera, la responsabilidad vuelve a tener la forma objetiva de responsabilidad por el evento, con la cual pierden la consideración del elemento subjetivo tan apreciado en el Fuero Juzgo (*Liber Judiciorum*).

En algunos fueros aparece el Sistema Compositivo y en el

campo Procesal en forma de Ordalías. La legislación perduró hasta el siglo XIII, destacándose en este aspecto el Fuero Real y las Leyes del Estilo, en las que se encuentra acentuado el predominio germánico.

Después de lo que se conoce como legislación Foral se encuentra "Las Partidas", en donde se demuestra el carácter público de la actividad represiva.

En relación a las Partidas se le censura la extraordinaria severidad de las penas en aquellos delitos de herejía, que tenían el carácter de mere eclesiástica, conforme a la tesis Canónica, en la cual su influencia se manifiesta.

Para terminar lo referente al Derecho Español, es bueno decir que si bien el Derecho en los países hispanoamericanos tomó su origen en la legislación española, no por ello se debe confundir el origen histórico con el influjo doctrinario experimentado por el derecho moderno, el cual está vinculado a legislaciones de distinto origen.

2.- COMENTARIO A LA EVOLUCION HISTORICA DEL DERECHO PENAL, Y LA LEY PENAL EN PARTICULAR.

Es importante tener en cuenta que el periodo primitivo se caracteriza por los hechizos y las ideas demoníacas, en relación con el delito y su represión. El castigo del culpable se hace principalmente para calmar a los dioses y así evitar que arrojen su ira sobre la tribu.

Se puede observar en el desarrollo de los sistemas normativos, que inicialmente no existe una ley penal que se aplique propiamente, para castigar la ejecución de un determinado delito, sino que la conducta del hombre estaba inspirada en sentimientos como ya se dijo, en formas o tipos religiosos o mágicos. La ley penal aparece como tal, en el Derecho Oriental y Griego, aproximadamente unos 1750 años antes de Jesucristo, y específicamente con el surgimiento del Código de Hammurabi, el cual contiene lo que se conoce como "Ley del Taliòn", que consiste principalmente en castigar al culpable con una acción equivalente al daño sufrido por el ofendido, de ahí la famosa enunciación: ojo por ojo, diente por diente, sangre por sangre. Las leyes contenidas en el Código de Hammurabi fueron retomadas por otros sistemas normativos, por ejemplo en la China, también se le dio aplicación.

De igual manera en la ley mosaica se pueden ver que tiene leyes de este tipo, por ejemplo en el Libro Exodo en el capítulo 21, del versículo 12 al 25 aparecen las "leyes sobre actos de violencia", de las cuales se mencionarán algunos: Exodo 21-12 dice: "El que hiriere a alguno, haciéndolo así morir, el morirá, mas adelante en Exodo 21-22: "Si algunos riñeren, e hirieren a mujer embarazada, y esta abortare, pero sin haber muerte, serán penados conforme a lo que les imponiere el marido de la mujer y juzgaren los jueces. 23: "Mas si hubiere muerte, entonces pagarás vida por vida, 24: "ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie".25: "Quemadura por quemadura, herida por herida, golpe por golpe."

Este tipo de leyes también tuvo influencias en nuestro medio, ya que al observar los Decretos dictados por el líder indio Anastasio Aquino, más conocido por el "Rey de los Nonualcos", nos damos cuenta que contenían disposiciones de tipo talional.

Por otra parte, es con el Derecho penal Romano, que la ley ya tiene una aplicación de carácter público, es decir, se va dividiendo lo que es una sanción penal (Pena) y lo que es una sanción civil (pago obligatorio en dinero) lo que es bien importante distinguir en la evolución penal.

También es importante mencionar, que el Derecho Penal y por ende la ley penal, tiene un cambio significativo con la evolución humanista del Derecho Penal, siendo la Revolución Francesa la que viene a darle ese giro en la aplicación de la ley penal al delincuente, siendo precisamente en la Declaración de los Derechos del Hombre del año de 1789, que quedan establecidas dichas disposiciones. A dicha declaración se debe en gran medida que al imputado se le aplique en un momento determinado la ley más favorable, como se verá más adelante.

3.-FUENTES DEL DERECHO PENAL

La mayoría de autores son de opinión que la fuente única de donde surge el Derecho Penal, es la Ley, así lo dejó establecido Beccaria al decir al respecto "Sólo las leyes pueden decretar penas para los delitos y esta autoridad no puede residir más que en el legislador. (18)

(18) Luis Cousiño Mac Iver. Opus Cit., pág 82

Por su parte Luis Jimenez de Asua dice que cuando el legislador toma la expresión "fuente", para llenarla de contenido, le puede atribuir un significado doble: "Fuente de Producción y fuente de conocimiento: La primera se refiere a la voluntad que dicta las normas jurídicas; la otra, a la manifestación misma de esa voluntad, a la forma que el Derecho asume en la vida Social". (19)

Se puede apreciar que ambas posiciones le dan a la ley el privilegio de ser la fuente exclusiva del Derecho Penal, le dan también al legislador la Competencia de producir el ordenamiento penal que es de vital importancia en la convivencia social de un determinado conglomerado. Cuando se afirma que la ley es la única fuente productora de la norma punitiva, lógicamente tienen que existir razones de peso para sostener tal situación y es por ello que a continuación se tratará de dar a conocer esas bases de apoyo.

a).- LA COSTUMBRE

Ciertos autores consideran que la costumbre es fuente del Derecho para el caso "Costa", de la Escuela histórica que existió en España sostiene: "que la costumbre debía ser fuente del derecho con tanto imperio como la ley misma. y Dorado Montero defendió su validez afirmando que es la más popular de todas las fuentes en que el derecho se origina. (20)

A pesar de la tendencia de ciertos autores que se enmarcan en el pensamiento antes expuesto, otros critican esas afirmaciones

(19) Luis Jimenez de Asua, La ley y el Delito., pag 93

(20) Luis Jimenez de Asua, Obras Cit., pag 94

expresando que tomando en cuenta, que el Derecho Penal es el más científico, el más independiente del pasado, requiere que el instrumento en que se plasme sea de la más fina estructura. Por lo cual la costumbre, no por ser la más popular de las fuentes, no por ello debe tener eficacia en el Derecho Punitivo.

En tal sentido se considera que efectivamente la costumbre puede ser fuente del Derecho, pero no por ello, va a ser fuente del Derecho Penal, porque como ya se dijo, este es algo independiente de lo que pudo existir en un tiempo pasado.

b).- LA JURISPRUDENCIA

Entendiendo a la Jurisprudencia como toda decisión emanada de jueces o tribunales, se puede decir que esta no es fuente independiente ni productora del Derecho Penal, ya que como dice Luis Jiménez de Asúa: "Todos los tribunales pueden apartarse, al resolver casos concretos, de lo que hasta entonces hizo la práctica. Y, además y sobre todo, no existe una sanción contra los jueces que deciden sin tener en cuenta los fallos que precedieron a sus decisiones, aún cuando aquellos emanaran del más alto tribunal de la nación. (21)

Se considera que lo citado anteriormente, tiene vigencia en nuestro Derecho, es decir, que cada instancia es independiente en la aplicación de la ley y por lo tanto un Juez tiene la capacidad discrecional para aplicar la ley dentro de ciertos parámetros que ella misma le da y que por lo tanto no va a sujetarse a lo que

(21) Luis Jiménez de Asúa. Opus Cit., pag 95

otro tribunal pudo haber resuelto con anterioridad en un caso distinto.

En relacion a lo expuesto, Jiménez de Asúa dice, que si fuera cierto que el juez, al individualizar la norma crea Derecho, también lo crearia el funcionario de prisiones. Lo cual desde todo punto de vista es inaceptable de ahí que en términos generales se sostenga que la Jurisprudencia no es fuente del Derecho Penal, opinión que se comparte por considerarla muy atinada.

c).- LA DOCTRINA

En cuanto a la doctrina científica se sostiene que no es fuente productora de Derecho, ni lo es de Derecho alguno, a pesar de ser de gran importancia en la creación de un nuevo derecho.

Dice Jiménez de Asúa: "Los legisladores, cuando componen un nuevo Código Penal, tienen en cuenta lo que la doctrina de los autores ha dicho, de los defectos del que se abroga y las necesidades penales del futuro". (22) La posición del actor citado es valedera, puesto que, el hecho de que el legislador ocupe como apoyo la doctrina, no por ello significará que se le de valor de fuente productora de Derecho.

En conclusion se puede afirmar, después de haber desarrollado en forma breve, la parte concerniente a las fuentes del Derecho Penal, que la fuente por excelencia como se dijo al principio es la ley, tomando en cuenta que las otras posibles fuentes no cumplen con las condiciones necesarias para que puedan ser fuentes

(22) Luis Jiménez de Asúa. Opus Cit., pag 99

del Derecho Penal. Por ello, a continuación de nuestro trabajo, vamos a desarrollar lo que se va a entender por ley, así como por "Ley Penal", de igual manera sus características más importantes.

CAPITULO III

3.1.- LA LEY PENAL

Como el desarrollo del presente trabajo consiste principalmente en la Aplicación de la Ley Penal en el Espacio y el Tiempo, se considera necesario que se tenga una idea clara de lo que es la Ley y por ende la Ley Penal, por ello, inicialmente del desarrollo de este capítulo, se va a enfocar lo expuesto para luego entrar a hablar lo que son las características de la ley penal.

LEY: "Se entiende por ley en un sentido amplio, toda norma jurídica que regula los actos y las relaciones humanas, aplicables en determinado tiempo y lugar. Dentro de la idea expuesta, se podría decir, que ley es todo precepto dictado por autoridad competente mandando o prohibiendo una cosa en consonancia con la justicia y para el bien de los gobernados". (23)

La ley, en la moderna teoría general del Derecho, puede ser tomada en dos aspectos: El primero como aspecto formal, el cual se refiere a aquella que ha sido dictada por el Órgano Legislativo según los procedimientos específicamente preestablecidos, y por otra parte tenemos el aspecto material, el cual alude a toda aquella norma jurídica cuyo contenido regula una multiplicidad de casos, haya sido o no dictada por el Órgano Legislativo.

(23) Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales de Manuel Osorio., Pág 424

Por otra parte, se considera que la ley nace de una determinada serie de hechos y por ello se puede decir que tiene una base fáctica, también la ley supone un estado de cultura que la norma encauza y dirige, ello es lo que constituye la base axiológica.

El hombre produce leyes como una reacción a hechos que se dan en la realidad, ello se da como una manera de enfrentarlos y regularlos, así también para valorar los distintos hechos y de ahí conocer si ellos son un mal o son una necesidad.

Reflexante a la ley, nuestro Código Civil en su artículo uno dice lo siguiente: Art. 1.- "La ley es una declaración de la voluntad soberana que manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite".

Lo antes expuesto y la disposición citada, se refieren en términos generales a lo que se entiende por ley, pero para nuestro análisis es necesario conocer también que vamos a entender por ley penal, por ello a continuación se tocará ese punto.

LEY PENAL: De acuerdo a lo contenido en el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de Manuel Osorio, la ley penal es la "que define los delitos y las faltas, determina las responsabilidades o las exenciones y especifica las penas o medidas de seguridad que a las distintas figuras delictivas o de peligro social corresponden. Por antonomasia es el Código Penal.

Por otra parte el tratadista español Luis Jiménez de Asúa dice; "que la ley penal es la manifestación de voluntad colectiva

expresada por los Organos Constitucionales, en la que se definen los delitos y se establecen las sanciones. Por otra parte agrega, la ley penal es, hoy por hoy, el supuesto necesario de los delitos y de las sanciones, mas la ley penal no es, tan solo la garantia de los que no delinquen; de ella dimanar pretenciones para el Estado y para los propios delincuentes. De la ley surge la pretención punitiva del Estado a reprimir los actos catalogados en su texto como delitos, con la pena conminada, y por eso la ley es, fuente y medida del derecho de penar. En consecuencia el Estado no puede castigar una conducta que no esté tipificada en las leyes, ni imponer penas que no estén en ellas establecidas para el delincuente, que no podrá ser penado mas que por las acciones y omisiones que la ley establezca, ni sufrir otra pena que la que esté señalada en las leyes para cada infraccion". "Finalmente las leyes aseguran también las pretenciones punitivas y reparatoras de la victima, puesto que en ellas se consagra la responsabilidad penal y civil oriunda de los hechos punibles". (24)

Como se puede apreciar según lo considerado por el autor antes citado la ley es el medio por el cual el Derecho Penal se pone en actividad, en aquellos casos en que el individuo con su acción u omisión se encuentra situado en una conducta delictiva y que por ello el Estado tendrá que castigar esa conducta que de acuerdo a la tipicidad de la ley se considera como delito, además la ley viene a ser el limite que el Estado se pone atendiendo a su potestad soberana de poder crear delitos y penas asi como medidas de seguridad.

(24) Luis Jiménez de Asúa. Opus Cit., pag 100

3.2.- CARACTERÍSTICAS DE LA LEY PENAL

3.2.1.- ES EXCLUSIVA:

Se dice que es exclusiva en el sentido de que es la única fuente del Derecho Penal de un país, pues a ella sola le compete la creación del delito, faltas y la sanción.

Según Luis Jiménez de Asúa, "para esta caracterización de la ley penal ha influido predominantemente el rasgo de estricta legalidad del Derecho Penal liberal, que constituye para quienes no infringen la norma, una garantía (NULLUM CRIMEN SINE LEGE), y para el delincuente, su carta magna (NULLA POENA SINE LEGE)".

Se dice que el famoso principio "Nullum Crimen, nulla Poena, Sine Praevia Lege", no obstante su formulación latina, no es de origen romano; sino que se remonta hacia el siglo XVIII y surge como consecuencia del liberalismo de la época, teniendo sus primeras manifestaciones en la Edad Media, en que el hombre aspiró a la "seguridad". (25)

Los autores suelen hallar el origen del postulado legalista en materia penal, en la Carta Magna Inglesa arrancada por los nobles al Rey Juan Sin Tierra por el año de 1215, en cuyo art. 39 se leía: "Ningún hombre libre será detenido, preso ni desposeído o prescripto o muerto en forma alguna; ni podrá ser condenado ni sometido a prisión, si no es por el juicio de sus iguales o por las leyes del país". Tal disposición ha sido considerada como la matriz de las libertades individuales proclamadas después en todo

(25) Luis Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, citado por Jaime Alberto Solorzano., pág 7

el mundo civilizado". (26) Sin embargo, a lo anterior expuesto, se sostiene que fue en la Declaración Francesa del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789 donde el principio en estudio adquirió universalidad, para luego ser incorporadas en las Constituciones de los años 1791 y de 1793. Esas garantías penales se reconocieron en tal declaración en la forma siguiente:

Art. 8: La ley no debe establecer mas que penas estrictas y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida con la anterioridad al delito y legalmente aplicada.

Art. 9: Todo hombre se presume inocente hasta que haya sido declarado culpable; si se juzga indispensable detenerlo, todo rigor que no sea obligado para asegurar su persona debe ser necesariamente reprimido por la ley. (27)

De las disposiciones señaladas se derivan cuatro principios, los cuales sirven de punto de apoyo a las legislaciones penales modernas, inspiradas en las mismas concepciones:

a) NULLUM CRIMEN SINE PRAEVIA LEGE: Indica que no puede considerarse como delito el hecho que no haya sido expresado y previamente declarado como tal por la ley;

b) NULLA POENA SINE PRAEVIA LEGE: Es decir, no puede aplicarse pena alguna que no esté conminada por la ley anterior e indicada en ella;

c) NEME IUDEX SINE LEGE: La ley penal solo puede aplicarse por los Organos y Jueces instituidos por la ley para tal función; y

(26) Luis Jiménez de Asua, Tratado de Derecho Penal., pag 372, citado por Jaime Alberto Solorzano., pag 7

(27) Ibides., pag 387

d) NEMO DAMNETER NISI PER LEGALE INDICIUM: En razón del cual, nadie puede ser castigado sino en virtud de un juicio legal.

3.2.2.- ES OBLIGATORIA:

Es así porque tanto el particular, como los Organos del Estado, deben obedecerla. Hay que aclarar; sin embargo, que aunque la norma obliga a todos los que habitan en el territorio sobre el que ejerce su imperio, destinatarias de la ley son únicamente las autoridades quienes deben aplicarla y no el delincuente, pues este mas bien, encausa su conducta en la ley que vulnera. Esta característica de la ley se encuentra regulado en el Art. 140 de nuestra Constitución y que dice: "Ninguna ley obliga sino en virtud de su promulgación y publicación. Para que una ley de carácter permanente sea obligatoria deberán transcurrir, por lo menos, ocho dias después de su publicación. Este plazo podrá ampliarse, pero no restringirse".

Es decir, que para que se exija el cumplimiento obligatorio de una ley permanente es indispensable, aparte de su promulgación que sea publicada en el Diario Oficial y que transcurra un mínimo de ocho dias.

2.3.- ES INELUDIBLE:

Ello quiere decir que es de aplicación permanente, puesto que su vigencia no termina con el transcurso del tiempo o su falta de uso; solamente deja de existir cuando es derogada en forma expresa

por otra ley, en razon de no ser ya conveniente a la vida de la organización social. La ley se aplica, a los individuos, incesantemente y de una manera constante.

Sin embargo, la permanencia de la ley no obsta a su "temporalidad", si se toma en cuenta que no hay leyes eternas, además, y en forma excepcional se dan leyes temporales y transitorias. En relación con este tipo de leyes, serán desarrolladas en la parte tercera de nuestro trabajo, es decir, en la parte referente a la "Aplicación de la ley penal en el tiempo", por ello solo se mencionan en esta oportunidad.

Este tipo de leyes está previsto en nuestra Constitución, lo cual se encuentra regulado en el Art. 29, el cual en el inciso primero prescribe lo siguiente: En casos de guerra, invasión del territorio, rebelión, sedición, catástrofe, epidemia u otra calamidad general, o de graves perturbaciones del orden publico, podrán suspenderse las garantías establecidas en los artículos 5, 6 inciso primero, 7 inciso primero y 24 de esta Constitución, excepto cuando se trate de reuniones o asociaciones con fines religiosos, culturales, económicos o deportivos. Tal suspensión podra afectar la totalidad o parte del territorio de la República, y se hará por medio de decreto del Organo Legislativo, en su caso. Y en el Código Penal aparece contemplado en el artículo 15, el cual se cita mas adelante en la parte correspondiente a la ley penal en el tiempo.

3.2.4.- ES CONSTITUCIONAL:

Significa que toda ley penal debe ser la expresión auténtica de los principios que se encuentran sustentados en la Carta Fundamental o Carta Magna, a grado de no ser aplicable cuando los contrarie o entre en contradicción con los mismos, así como también para su elaboración se sigan los procedimientos establecidos por la Constitución.

Por ser la Constitución de la República la norma primaria que establece los fundamentos jurídicos de una organización social como es el estado, las demás leyes secundarias deben desarrollar-- esos principios sin salirse de su marco. Tratándose de la ley penal, esta exigencia es todavía más rigurosa, ya que por su propia índole debe concretarse en tipos penales, que están constituidos por procedimientos preestablecidos que el Juez no puede dejar de lado, sin violar los postulados máximos que le sirven de substrato.

Aquí en El Salvador deciden sobre la constitucionalidad de las leyes, por una parte la Corte Suprema de Justicia, la cual conoce en forma general y por otra parte los demás Tribunales Judiciales de la República, los cuales conocen únicamente para el caso concreto. (28)

La constitucionalidad puede ser examinada desde dos puntos de vista: Intrínseco y extrínseco:

Desde el punto de vista Intrínseco, la potestad derivada de la supremacía que el Art. 246 en le atribuye a la Constitución sobre

(28) Jaime Alberto Solórzano, Tesis: Aplicación de la Ley Penal en el espacio., páo 11

las demas leyes, decretos y reglamentos, tal disposicion consigna:
"Los principios, derechos y obligaciones establecidos por esta
Constitucion no pueden ser alterados por las leyes que regulan su
ejercicio.

La constitucion prevalece sobre todas las leyes y
reglamentos.El interes publico tiene primacia sobre el interes
privado".

La atribucion enunciada compete a los Tribunales de Justicia,
cualquiera que sea su fuero y jerarquia; el examen de la ley ha de
nacerse en el caso concreto de que tengan conocimiento,
comparandola con el texto de la Constitucion, para saber si es o
no conforme con ella y absteniendose de aplicarla en caso de
discordia. Encierra esta facultad uno de los fines supremos del
Poder Judicial del Estado y la garantia que ampara los derechos
consignados en la Constitucion contra los posibles abusos de otro
Poder.

Sin embargo, esta fiscalizacion no puede ejercerse de oficio,
sino a peticion de los particulares o del Ministerio Publico. Por
lo tanto y puesto que las leyes se presumen constitucionales,
presuncion que solo cede ante una prueba contundente su oposicion
a la Carta Magna, la constitucionalidad intrinseca debe examinarse
desde el angulo de su aplicacion al caso planteado y unicamente
respecto del mismo. Desde el punto de vista Extrinseco, solo a la
Corte Suprema de Justicia compete declarar la inconstitucionalidad
de las leyes, decretos y reglamentos, de una manera general. Tal

facultad le corresponde sin necesidad de que haya juicio pendiente ante ella, y cualquier ciudadano puede impetrar la respectiva declaratoria, pues la disposición constitucional es una garantía que en todo caso puede ser invocada por quien se vea afectado por su violación. (29)

El Art. 15 de la Constitución consagra el Principio de Legalidad Formal como un derecho y una garantía individuales, al decir: "Nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate, y por los tribunales que previamente haya establecido la ley".

El Art. 183 dice también en relación a esta característica: "La Corte Suprema de Justicia por medio de la Sala de lo Constitucional será el único tribunal competente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, en su forma y contenido, de modo general y obligatorio, y podrá hacerlo a petición de cualquier ciudadano".

De lo anterior podemos decir entonces, que la ley penal tiene que ajustarse a los principios generales que señala nuestra Constitución.

3.2.5.- ES IGUALITARIA:

Las Constituciones modernas proclaman que todos los hombres son iguales ante la ley.

Antiguamente los hombres se dividían en libres y esclavos, en donde se les negaba a los segundos la calidad de personas;

(29) Jaime Alberto Solórzano. Opus Cit., pág 13

posteriormente se distinguieron en Nobles y Plebeyos, y hasta en el llamado Fuero Juzgo, se establecieron categorías: en el caso de los nobles, HOMES DE GRAN GUIZA, estaban los FRANQUEADOS y los --- SIERVOS. Tales desigualdades se proyectaban en materia penal: para los nobles había penas atenuadas, y de alguna infamantes estaban exentos. La desigualdad máxima se llegó a representar por los fueros especiales, los Tribunales de Excepción y las Comisiones Extraordinarias.

Como se puede apreciar hasta este momento existían una serie de diferencias entre una persona con otra, es decir entre un humano con otro porque como se dijo al principio, en un tiempo determinado a ciertos individuos se le consideraba como objetos o cosas.

Actualmente ha desaparecido toda distinción frente al Derecho, no encontrándose fueros penales que hagan referencia al origen, estirpe o condición de las personas. Los países democráticos han inscrito tal principio en sus leyes Fundamentales. De igual manera lo plasman las Naciones Unidas en la Convención de los Derechos del Hombre adoptada en el mes de diciembre de 1948, de la manera siguiente:

Art. 1o.: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derecho. Están dotados de razón y conciencia y deben actuar entre sí con espíritu de fraternidad";

Art. 2o.: "Todos son acreedores a todos los derechos y libertades que se establecen en la siguiente declaración, sin

distinciones de ninguna naturaleza, ya sean de raza, color, sexo, lengua, religión, opiniones políticas o de otra índole, propiedad-- u otro estado, nacimiento u origen nacional o social"; así también en el Art. 6 de la misma declaración dice: "Todo ser humano tiene derecho en cualquier parte a ser reconocido como persona ante la ley".

Por su parte nuestra Constitución, también recoge tal Principio en el Art. 3.: "Todas las personas son iguales ante la ley. Para el goce de los derechos civiles no se podrá establecer restricciones que se basen en diferencias de nacionalidad, raza, sexo o religión. No se reconocen empleos ni privilegios hereditarios".

i).- EXCEPCIONES A LA IGUALDAD DE LA LEY PENAL

El principio de Igualdad antes anotado queda en pie, desde que la igualdad ante la ley penal se impone en lo relativo a la condición de las personas. A pesar de ello, han surgido privilegios personales o de función, que algunos autores separan en dos categorías:

Unos que surgen del Derecho Público Interno, y otros del Derecho Internacional; distinción que por lo demás carece de fundamento.

Para el caso, Florian divide las excepciones a la igualdad en dos clases;

a) EXENCION TOTAL O PARCIAL de la ley penal, llamada también EXENCION de "NO PUNIBILIDAD", y b) Aplicación de la ley penal bajo

ciertas condiciones particulares, o Condiciones de--
procesabilidad. (30)

Por otra parte, George Kleinfeller, aludiendo a la naturaleza de los privilegios distingue en:

- a) PRIVILEGIO DEL SOBERANO, que se establece en consideración de la persona, y
- b) Privilegio de los Diputados, que aparece como un derecho personal del infractor y como una causa objetiva de exclusión de pena en orden al acto amparado.

Por su parte Luis Jiménez de Asúa hace una clasificación mas rigurosa de los Privilegios.

1a.) Inviolabilidad: Solo disfruta de ella el Soberano, y no afecta a la materia, sino a la acción, que está impedida.

Tal atributo fue conferido principalmente en los Estados Monárquicos, en que se dijo: "La persona del Rey es sagrada e inviolable", entendiéndose por tal, que el que goza de ella no puede ser castigado.

En Francia, cuna de la Revolución, se le negó rigorismo a tal mito, pues carece de sentido juridico y por ello, la Constitución de 1791 lo descarta en el apotegma: "No hay en Francia autoridad superior a la de la ley; el Rey no reina sino por ella y solo en nombre de la ley puede exigir obediencia". El mismo sello Constitucional con que los convencionales timbraron muchas de sus actas y como expresión de una escala de valores, decia: LA NATION, LA LOI ET LE ROI, que significa en buen

(30) Luis Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, T II, 1da. ed., pag 1310; citado por Jaime A. Solórzano, pag 18

castellano, (La patria ,La Ley y el Rey). (31)

2a.) Inmunidad: Se refiere a las manifestaciones de los Diputados en el ejercicio de su cargo, y es funcional, pero material.

La inmunidad, es la que resguarda de toda persecución criminal mientras el cargo transitorio dura; este privilegio ha sido calificado de muy diversos modos, pero, como se ha dicho, no puede ser nunca personal, sino funcional; y tiene su historia; como la mayor parte de las libertades públicas y sus garantías jurídicas, remonta su origen a las costumbres británicas.

3a.) Extraterritorialidad del diplomático: Este es también una excepción al Principio de igualdad Penal, que se deriva del Derecho Internacional Público.

Aunque el termino es controvertible, expresa claramente la "inmunidad" del Embajador o Ministro Extranjero ante las leyes del país donde está acreditado; desde luego, ello no equivale a exclusión de la competencia penal, pues se le debe juzgar en su patria, por un verdadero "Derecho Penal de representación".

Precisa distinguir si se trata de Jefes de Estado Extranjeros, de Embajadores y Agentes Diplomáticos o de Consules:

a) Jefes de Estados Extranjeros: Gozán de esta prerrogativa cuando se encuentran en territorio ajeno a su estado. Las sanciones penales no le serán aplicables; y por cortesía internacional, se extienden la inmunidad a su familia y séquito.

Se dice que el fundamento es meramente político y se basa en que el Jefe de Estado Extranjero representa a su país; por ello no

(31) Obra Citado por Jaime Alberto Eslorcano, pag 16

debe estar sometido a una ley extranjera.

b) Embajadores y Agentes Diplomáticos: Es la más importante de las inmunidades derivadas del Derecho Internacional, reconociéndose, desde tiempos pasados, ya que en Roma los Feciales se amparaban en ella. Los Internacionalistas han exagerado al extender ese privilegio al personal de la Misión, siempre que tenga ciudadanía extranjera, así como las familias de los diplomáticos que viven en su compañía, llevando la mal llamada "extraterritorialidad", hasta el local que ocupa la Representación Diplomática. (32)

c) Agentes Consulares: Se considera que no hay motivo suficiente, para otorgar la inmunidad analizada a los Cónsules y Vice-cónsules, puesto que no tienen funciones representativas del país a que pertenecen. Este privilegio existió anteriormente respecto de los pueblos sometidos a Régimenes Capitulaciones. Entonces si no goza de este beneficio el Cónsul mucho menos lo va a gozar un agregado o agente comerciales. (33)

La clasificación que hace Luis Jiménez de Asúa, es mucho más amplia que la de los otros autores citados, sin embargo, las tres tienen coincidencias.

Nuestro ordenamiento legal, contempla las excepciones a la igualdad de la ley penal, en forma parecida a la clasificación dada por Jiménez de Asúa, lo cual viene a demostrar que nuestro ordenamiento legal se enmarca en gran medida, dentro de los principios generales del Derecho Penal. En atención a lo expuesto, se mencionará en primer lugar el Art. 17 del Código Penal, que se

(32) Obra citada por Jaime Alberto Solorzano, pag 23,24

(33) Obra citada por Jaime Alberto Solorzano, pag 26

refiere a los privilegios personales.

Art. 17: "No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, no se aplicará la ley salvadoreña:

1o.) A los Jefes de Estado extranjero que se encuentren en territorio nacional; y

2o.) A los representantes diplomáticos acreditados en el país y demás personas que gocen de inmunidad según las convenciones y tratados internacionales vigentes en El Salvador".

Por otra parte el Código de Bustamante también se refiere a los privilegios, y en tal sentido el Art. 297 dice: "Están exentos de las leyes penales de cada Estado contratante los Jefes de los otros Estados que se encuentren en su territorio".

Así También el Art. 298 dice: "Gozan de igual exención los representantes 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".

En síntesis, se puede decir, que nuestro país reconoce dichos privilegios a todo personal de una Misión Diplomática siempre que ellos ostentén nacionalidad extranjera, tal como lo expresan las disposiciones citadas anteriormente. En consideración a lo que dice nuestra ley así como los tratados reconocidos, tales como el Código de Bustamante y la Convención de Viena, se considera que los agentes consulares también los protege nuestra legislación, por lo que no se está de acuerdo con lo expuesto por Jiménez de Asúa, en la clasificación señalada, en relación a los agentes consulares.

En cuanto a los privilegios funcionales se contemplan en el Art. 18 del Código Penal que dice: "Tampoco se aplicará la ley penal a los diputados en cuanto a las opiniones o votos que emitan en el ejercicio de su cargo". La disposición anterior, tiene relación con el Art. 125 de la Constitución: "Los diputados representan al pueblo entero y no están ligados por ningún mandato imperativo. Son inviolables y no tendrán responsabilidad en tiempo alguno por las opiniones o votos que emitan".

El comentario que se puede hacer a los privilegios funcionales contenidos en el Art. 18 del Código Penal ya mencionados, es en relación a la no aplicabilidad de la ley penal a los Diputados por las opiniones o votos que emitan en el ejercicio de su cargo. Pues dichos privilegios los protegen para ese tipo de acciones.

Estas excepciones se aplican en consideración a la función o al cargo que desempeñan en un momento determinado, de tal manera que ellos no están en la igualdad de condiciones a que se refiere el artículo 7 del Código Procesal Penal que dice: "La igualdad ante la ley establecida por la Constitución implica procesalmente un mismo tratamiento para todas las personas sujetas a la legislación penal, siempre que se encuentren en iguales circunstancias y condiciones".

Además de lo dicho antes, es bueno tomar en cuenta que la igualdad como regla general está en el art. 3 de la Constitución, disposición citada antes; a esa igualdad la viene a limitar en cierto modo el art. 16 del Código Penal que señala: "Este código

se aplicara a todas las personas sujetas a la jurisdicción salvadoreña que en el momento del hecho tuviere mas de 16 años.

Quienes no hubieren cumplido la edad expresada, quedarán sujetos a la aplicación de las leyes sobre menores".

De tal manera que la edad también es importante determinaria para efectos de aplicabilidad de la ley penal en este tipo de casos.

PARTE DOS

APLICACION DE LA LEY PENAL EN EL
ESPACIO

CAPITULO IV

4.1.-PRINCIPIOS DE LA TERRITORIALIDAD Y EXTRATERRITORIALIDAD

Se entiende por AMBITO ESPACIAL de la ley penal la extensión territorial de su aplicación, o sea, la validez o ejecutoriedad que esta tenga, ya sea en la tierra, en el mar o en el aire.

El tratadista chileno Luis Cousiño Mac Iver dice en relación a la aplicación de la ley penal en el espacio: "al respecto, gobiernan dos principios antagonicos, igualmente válidos, el de la territorialidad y el de la extraterritorialidad de la ley penal; sin embargo el primero como hipótesis dominante, rige en el carácter de regla general, mientras que el segundo, se comporta en calidad de excepción". (34)

En relación a lo último expuesto, no se está de acuerdo con el tratadista citado, puesto que para nuestra legislación penal y específicamente para el Código Penal cada uno de los principios tiene su propia autonomía y de ahí que uno de ellos no se puede considerar como excepción del otro.

En términos generales conforme al principio de la territorialidad, las leyes penales tienen su aplicación dentro del territorio del Estado en donde dichas leyes se promulgan, lo que viene a ser una consecuencia de su poder político y de su soberanía. O sea que cada Estado promulga su ordenamiento legal en base a su capacidad que tiene como ente soberano.

En atención a este principio, la obligatoriedad en cumplirlo es general e indiscriminado, es decir que su cumplimiento debe ser

(34) Luis Cousiño Mac Iver. Opus Cit., pág 163

observado tanto por nacionales o extranjeros, residentes o personas que se encuentran en tránsito.

En cuanto al principio de la EXTRATERRITORIALIDAD se funda en la pretensión de cada estado de dar vigor a sus leyes penales, en casos especiales, juzgar hechos delictivos que se cometan en el extranjero.

Según Cousiño Mac Iver, "en general, son tres los postulados que determinan la aplicación de la ley penal, ellos son: 1) El principio real o de defensa, en virtud del cual la jurisdicción nacional se extiende, en defensa de ciertos derechos vitales del estado para juzgar delitos realizados fuera de sus fronteras, si los efectos han de producirse dentro del territorio; 2) El principio de la personalidad que sostiene que, para determinados efectos, la ley debe seguir a los nacionales que se hallen en el extranjero, y 3) El principio universal, que proclama la necesidad de que cada Estado juzgue y castigue a los delincuentes que se han hecho reos de delitos que hieren bienes jurídicos comunes a todos los países, como son: los de piratería, trata de blancas, etc.." (35)

En lo particular estamos de acuerdo con la clasificación que hace el autor citado, puesto que nuestra ley penal también incluye dentro del principio de la extraterritorialidad los tres postulados señalados, por lo cual está en concordancia con nuestro ordenamiento legal, de esa manera serán desarrollados en forma separada cada uno de dichos principios.

(35) Cousiño Mac Iver. Opus Cit., pág 167,168

desarrollar principio de
 erirse en prime
 entido se
 entocara a d
 herencia. Por os t es necesario
 egrar el concepto jur to de territorio los distintos
 subos, los cuales se ionalan desarrollarán enseguida:
 endo como "territorio
 al o del ado, t de tierra, su
 sometido a la soberanía del Estado. Se puede dividir en :
 onal y
 acio per

a) El territorio real o geográfico es aquel que está compuesto
 ur toda la tierra, lacos, rares, bahías,
 golfos, istmos, estrechos y demás

accidentes geográficos comprendidos dentro del límite de la
 nación, las cuales generalmente, han sido celebrados tratados con
 los países vecinos." (36)

b) El mar Jurisdiccional es aquel que esta contiguo a las costas
 de un país (mar costero), para determinar su extensión, no han
 existido criterios suficientes. La solución tradicional fue la de
 extenderlo hasta el punto donde llegaba a un cañón, pero
 dado el avance en la artillería pesada en nuestro tiempo, da lugar
 a problemas difíciles de resolver, para el caso los países
 europeos se encuentran estrechamente vinculados geográficamente.

(36) Consejo Nacional de la Cultura y de la Educación

c) El Espacio Aereo, ha adquirido especial importancia para el derecho unicamente en el siglo actual, con motivo de la aviación y su utilización durante la primera y segunda guerra mundial. En los primeros tiempos se le definio como la columna de aire que se encuentra sobre la tierra y el mar jurisdiccional, aunque no se pudo determinar cual seria la altura especifica, lo cual es de importancia para la seguridad de los paises.

Esta inclusión del espacio aéreo dentro del territorio real o del Estado, fue resuelto en la Convención Internacional que se celebró en Paris en el mes de Octubre de 1919, y el cual se concretó en un protocolo, de fecha 13 del mismo mes. (37)

En el Protocolo citado anteriormente, se reconoce que todas las potencias tienen la Soberanía Plena y exclusiva sobre sus aguas territoriales, lo que no implica la facultad de excluir los aeromóviles extranjeros. También se reconoce el derecho de cada estado de imponer su propia jurisdicción en el aire existente sobre su territorio así como en sus aguas territoriales.

2) TERRITORIO FICTO: Se le conoce a aquel territorio situado fuera del territorio real, pero sobre el cual también se ejerce soberanía por un estado determinado, en virtud a principios del derecho internacional generalmente reconocidos. En relación al territorio ficto se puede mencionar la clasificación siguiente:

a) el territorio flotante, b) el territorio aeronautico, y c) las sedes diplomáticas .

Como se puede apreciar cada una de las señaladas tiene

(37) Cousiño Mac Iver. Opus Cit., pag 169,170

especial importancia. por ello, se hablara un poco de cada una de ellas.

a) territorio flotante es aquel que está compuesto por toda clase de embarcaciones capaces de mantenerse a flote o surcar por las aguas, sea que se encuentren inmóviles o que se desplacen, o bien que sean impulsados por fuerzas naturales como el viento y las corrientes.

En el pasado no muy lejano se clasificaban las naves, en naves de guerra y naves mercantes, ello para determinar su condición jurídica. En la actualidad, se habla mas de naves públicas, que además de los buques de guerra, se incluyen los hospitales, los barcos del Estado, en misión científica, cultural y diplomática, en las naves privadas, se encuentran además de los buques mercantes, los navios exploradores o en misiones científicas particulares y a los yates de recreo.

Se sostiene que mientras la embarcación se encuentre dentro de las aguas Jurisdiccionales del país de su bandera no hay problema de ninguna índole, puesto que las aguas Jurisdiccionales forman parte del territorio real.

b) territorio aeronáutico está formado por todo género de aeronaves que se mantienen inmóviles o se desplazan por el aire, ya sea que utilicen fuerzas mecánicas o naturales. También el derecho internacional clasifica las aeronaves en públicas y privadas y las somete a las mismas normas que las embarcaciones. (38)

(38) Cousiño Mac Iver. Opus Cit., pág 171

Los artículos 300 y 301 del Código de Bustamante que se transcriben en la parte correspondiente al principio de territorialidad tratan conjuntamente de los delitos que se cometen en naves y aeronaves, dando para ellos similar solución.

c) Las sedes diplomáticas o las propiedades de los Jefes de Estado extranjeros, ya no se consideran como territorios substraídos a la jurisdicción nacional.

Se sostiene actualmente según expresa Luis Cousiño Mac Iver, que por razones de cortesía internacional y de la inviolabilidad personal de los diplomáticos, los gobiernos se abstienen de realizar actos que puedan afectar a dicha inviolabilidad. En tal sentido se considera que en cuanto a la justicia nacional el conocimiento o investigación de un hecho delictuoso cometido dentro de la sede Diplomática, se puede dar sin ningún problema, tomando en cuenta que es territorio nacional, claro está, sin perjuicio del respeto de la inviolabilidad, en el caso en que un funcionario extranjero aparezca como responsable.

No obstante lo que se ha dicho anteriormente, de acuerdo a la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, parece abrir una interrogante acerca de la inviolabilidad de las sedes diplomáticas, aunque con ello reafirma al mismo tiempo de que trata del territorio nacional del estado receptor. En tal sentido el Art. 22 dice: "Los locales de la misión son inviolables. Los agentes del estado receptor no podrán penetrar en ellas sin consentimiento del jefe de la misión". De lo anterior se puede

interpretar, que los jueces nacionales si tienen competencia para conocer de algun delito cometido dentro de la Sede Diplomatica, lo que pasa es que no podrian entrar asi por asi, atendiendo a la razon de inviolabilidad.

Además, el articulo 31 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, es aún más explicito, pues dice lo siguiente: "los locales Consulares gozarán de la inviolabilidad que les concede este articulo", y agrega: "Las autoridades del Estado receptor no podran penetrar en la parte de los locales consulares que se utilice exclusivamente para el trabajo de la Oficina Consular, salvo con el consentimiento del Jefe de dicha Oficina, o de una persona que el designe, o del Jefe de la Mision Diplomática del Estado que envia. Sin embargo, el consentimiento del Jefe de la Oficina Consular, se presumirá en caso de incendio y otra calamidad que requiera la adopción inmediata de medidas de protección".(39)

En cuanto a la delimitación del territorio según nuestro ordenamiento legal, el articulo 84 de la Constitución se refiere a ello y dice lo siguiente:

Art. 84 cn.: El territorio de la República sobre el cual El Salvador ejerce jurisdicción y soberania es irreductible y además de la parte continental, comprende:

El territorio insular integrado por las islas, islotes y cayos que enumera la Sentencia de la Corte de Justicia Centroamericana, pronunciada el 9 de marzo de 1917 y que además le

(39) Cousins Mac Iver, Opus Cit., pag 177

corresponden, conforme a otras fuentes del Derecho Internacional.

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

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

Los límites del territorio nacional son los siguientes:

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

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

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

Como se puede apreciar, el territorio en el cual El Salvador ejerce jurisdicción, aún no está delimitado totalmente, y ello es producto de la existencia de un juicio pendiente en donde El Salvador y la República de Honduras se han sometido a la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia con sede en La Haya, Holanda, para que dirima el conflicto y dicte sentencia de acuerdo con las pruebas que las partes aportarán.

De acuerdo a la información aportada por personeros de la Cancillería salvadoreña como hondureña, el proceso se encuentra ya en su fase final, es decir, que cada una de las partes tiene que presentar las argumentaciones necesarias para que la Corte falle y será hasta entonces que se determinará la delimitación total del territorio salvadoreño y por ende en la que ejercerá soberanía.

Se considera que, de acuerdo a lo desarrollado en relación al territorio la doctrina da suficientes elementos importantes para comprender cuales son los alcances del concepto de territorio, sin embargo, el autor citado lo enmarca propiamente dentro de la realidad chilena, lo cual para nuestro medio no encaja en cierto modo, tomando en cuenta la diferente ubicación geográfica en que se encuentra nuestro país, de ahí que el art. 84 cn. es el que da los alcances en donde El Salvador tiene jurisdicción, por supuesto que con las limitaciones dichas hace un momento.

En relación a la distancia mar adentro en donde El Salvador ejerce jurisdicción se considera importante mencionar lo expuesto en tal sentido por el Código Civil en el art. 574.

Art. 574 c. "El mar adyacente, hasta la distancia de una legua marina medida desde la línea de más baja marea, es mar territorial y de dominio nacional, pero el derecho de policía, para objetos concernientes a la seguridad del país y a la observancia de las leyes fiscales, se extiende hasta la distancia de cuatro leguas marinas medidas de la misma manera".

Inicialmente se observa que hay contradicción entre ambas disposiciones citadas, sin embargo, es la disposición de la constitución la que predomina en este caso, es decir, que es hasta una distancia de 200 millas marinas contadas desde la línea de más baja marea en donde El Salvador ejerce jurisdicción, y no como lo expresa el Código Civil.

4.1.1.- PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD

La jurisdicción penal atingente al principio del territorio está simbolizada en Francia por la "Enciclopedia", la legislación revolucionaria y la época de Napoleón. Su predominio significa una reacción contra el sistema imperante de la personalidad.

En razón del sistema territorial, la ley penal se aplica a todos los delitos y faltas cometidas dentro del territorio del Estado, prescindiendo de la nacionalidad del autor, así como del titular del bien atacado, en tal sentido la ley del país rige para todos los que en él se encuentren.

Es de mucha importancia para la aplicación de este principio: el lugar de la comisión del hecho punible, que define la

aplicación de la ley penal, y el concepto jurídico de territorio, que determina el ámbito de validez de la misma. (40)

Se sostiene que la justificación del postulado es que: el Estado no tiene interés en reprimir hechos perpetrados fuera de su territorio, pues habiendo simultáneamente otros que hacen lo mismo, las fronteras de la punición penal están fácilmente delimitadas.

i).- FUNDAMENTOS DEL PRINCIPIO DE LA TERRITORIALIDAD

En relación a los fundamentos del principio se sostiene, que la soberanía estatal por una parte y el carácter público de las leyes penales por otra, son los principios determinantes de la potestad punitiva del Estado que ejerza indiscriminadamente sobre todas las personas que se encuentren en su territorio. Así también, se sostiene que completan el principio, la igualdad e independencia de los Estados, que en forma recíproca se han reconocido internacionalmente tales atributos.

En cuanto al carácter público de las leyes, ha sido puesta en duda en cierto modo, tomando en consideración las Federaciones y presencia de ejércitos extranjeros en otros territorios, aún a título de ayuda interestatal, sin embargo, se sostiene que esta argumentación carece de valor puesto que la territorialidad son impuestas por las legislaciones de cada Estado. (41)

Suponiendo que todos los Estados tuvieran la seguridad que en los otros países se protegen sus intereses, castigando los delitos

(40) Luis Jiménez de Asua. Citado por Jaime Alberto Solorzano. *Opus Cit.*, pag 130

(41) Obra citada por Jaime Alberto Solorzano., pags 104,105

que sean cometidos, cualquiera que fueren los bienes lesionados, ya sean nacionales o extranjeros, en ese sentido, bastaría el Principio de la Territorialidad para determinar la aplicación de la ley penal en el espacio, ya que con solo ello existiría la seguridad de que el delito no quedará impune, sin embargo, como lo expuesto no es posible por los distintos tipos de culturas de los pueblos, expresadas en las distintas legislaciones, es que se hace necesario complementario con los otros principios mencionados anteriormente, los cuales serán desarrollados adelante.

En el Código Penal en su Art. 6 se encuentra desarrollado el Principio de Territorialidad, el cual dice lo siguiente: "La ley penal salvadoreña se aplicará a los hechos punibles cometidos en el territorio del Estado y demás lugares sometidos a su jurisdicción.

Se aplicará asimismo a los delitos cometidos a bordo de naves o aeronaves salvadoreñas, mercantes o privadas, que se encontraren en país extranjero cuando en este no sean juzgados".

Respecto al contenido de la disposición señalada, es bueno hacer notar, que la ley penal salvadoreña se va aplicar en primer lugar a aquellos delitos que sean cometidos dentro del territorio real propiamente dicho. En relación a lo que es territorio ya fue desarrollado ese punto anteriormente, y en donde el Art. 24 de nuestra Constitución señala el alcance a dicho concepto.

Cuando el Art. 6 Pn. se refiere "demás lugares sometidos a su jurisdicción", debemos entender como tales a "las naves o

aeronaves de guerra, los locales de las embajadas o los Consulados salvadoreños y aquella jurisdicción que puede ejercerse en los "Condominios" como es el caso del Golfo de Fonseca. (42) Considerado territorio ficticio, según la clasificación al principio señalada.

En relación con el Condominio en el Golfo de Fonseca, se considera que será importante conocer la sentencia que dicte la Corte Internacional de Justicia en el juicio que ese máximo tribunal conoce, tomando en cuenta que algunas Islas e Islotes que están dentro del referido golfo, son reclamadas por algunos países como parte de su territorio.

Es importante mencionar también, que de acuerdo al art. 16 Pn., la ley penal salvadoreña se aplicará a aquellas personas que al momento de la comisión de un hecho punible tuvieren más de 16 años, de no ser así se les aplicará otro tipo de leyes, para el caso las leyes especiales sobre menores.

El Código de Bustamante también regula dicha situación en los siguientes artículos: Art. 300: "La misma exención se aplica a los delitos cometidos en aguas territoriales o en el aire nacional, a bordo de naves o aeronaves extranjeras de guerra".

Art. 301: "Lo propio sucede con los delitos cometidos en aguas territoriales o aire nacional en naves o aeronaves mercantes extranjeras, si no tienen relación alguna con el país y sus habitantes ni perturban su tranquilidad.

Lo que señalan las disposiciones, es la facultad que tiene el

(42) Manuel Arrieta Gallegos. Comentario a la parte general del Nuevo Código Penal, pag 39

Estado para conocer de todo aquel tipo de delitos que ocurren dentro del territorio salvadoreño, y en el caso de los que ocurren en el extranjero, siempre y cuando se den en lugares sometidos a su jurisdicción.

4.1.2.- PRINCIPIO DE LA EXTRATERRITORIALIDAD DE LA LEY

Como ya se dijo antes, la extraterritorialidad está determinada por tres principios, con los que se determina el alcance que este tiene en la aplicación de la ley a los delitos cometidos fuera de nuestro territorio, no así a las faltas, ya que el art. 496 numeral primero del Código Penal dice: "La ley penal del Estado sólo se aplicará a las faltas cometidas en territorio nacional", lo que nos indica entonces, que nuestros tribunales no tienen competencia para conocer de faltas producidas en el extranjero.

Los principios a que se hace referencia antes, serán desarrollados en forma separada a continuación.

i).- PRINCIPIO REAL O DE DEFENSA

"Este sistema se manifiesta en sus orígenes como una reacción penal del Estado contra los hechos que ponen en peligro su seguridad interior, aún cuando el hecho se haya realizado más allá de sus fronteras, y aún perpetrado por extranjeros." (43)

Es importante señalar en este sentido, que a pesar que el hecho sea cometido fuera de sus fronteras, en muchos de los casos,

(43) Jaime Alberto Solórzano. Aplicación de la ley penal en el Espacio, pág 98

estos tienen incidencia dentro del territorio y es ahí donde compromete el interés de un país. En tal sentido el principio real o de defensa otorga extraterritorialidad a su ley penal, para ello da jurisdicción a los tribunales nacionales y así extender el ámbito de su validez, puesto que en otra circunstancia no la tendrían.

En relación a este principio, el distinguido penalista chileno E. Florian dice que: "La ley penal del Estado debe aplicarse para todos los delitos cometidos en cualquier lugar y por cualquier persona, cuando resguardan bienes o intereses jurídicos de ese Estado o de los ciudadanos del mismo. El estado tiene el derecho y el deber de defender con la ley penal todos los bienes jurídicos internos.

El criterio que inspira este sistema, en cuanto determina la aplicación de la ley penal de un Estado, es la NACIONALIDAD DEL BIEN JURIDICO O DEL INTERES LESIONADO CON EL DELITO cometido en el extranjero: es la defensa de sus intereses". (44)

El tratadista J. Baumann se expresa en términos parecidos al anterior, quien dice que se habla de principio real, cuando el sometimiento al derecho penal interno es determinado por la lesión de importantes bienes jurídicos del Estado, sea que la acción se realiza en el interior o en el exterior, y cualquiera que sea la nacionalidad del hecho. Agrega que, un sub-caso de este principio es el llamado Personal Pasivo, que recibe aplicación cuando se somete al derecho penal interno, la acción ejecutada en contra de

(44) E. Florian, citado por Francisco Mac Iver, pag 173

su propio nacional". (45)

A pesar de lo generico que resulta el principio tratado, lo cierto es que la mayoria de legislaciones solamente le dan vigor para ciertos casos, de marcada gravedad, pues es de suponer que de aplicarlos en forma genérica, lo mas seguro es que se atente contra derechos de convivencia internacional, lo cual no sería muy atinado.

En nuestra legislación se encuentra el principio expuesto, en el art. 7 del Código Penal, el cual prescribe lo siguiente:

Art. 7: "Se aplicará la ley salvadoreña:

1o. A los delitos cometidos en el extranjero que atentaren contra la existencia y organizacion del Estado o contra la personalidad interna e internacional del mismo; y a los cometidos contra la paz publica, la economia nacional y la salud pública.

2o. A los delitos de corrupcion de funcionarios públicos cometidos en el extranjero por personas que estén al servicio del Estado salvadoreño;

3o. A los delitos cometidos en el extranjero contra salvadoreños".

Como se observa, la disposicion enunciada englobe todas aquellas acciones delictivas que se cometen en el extranjero y --- que atentan contra la seguridad interna y externa del Estado, así como contra sus ciudadanos, lo cual garantiza la seguridad de éstos en cualquier lugar donde se encuentren.

Sin embargo de la proteccion que se les pudiera dar, como se

(45) Luis Cousiño Mac Iver, *Opos Cit.*, pag 179

manifiesta anteriormente, puede darse el caso, de que un nacional o un extranjero, estando al servicio del Estado salvadoreño, incurra en cualquiera de los delitos a los que se refiere la disposición citada, en ese caso, estarían afectando en forma directa a la nación salvadoreña, ya sea su existencia o en la organización misma del Estado, o también corrompiendo a otros que representan a la nación. Es importante dejar claro, que la disposición se refiere específicamente a los funcionarios públicos que están al servicio del Estado salvadoreño. Para que quede mejor explicado lo que es un funcionario público de acuerdo a nuestra ley, se transcribiera el art. 459 numeral primero del Código Penal, que dice: "Para los efectos penales, se consideran:

1o.) Funcionarios públicos todas las personas que presten servicios, retribuidos o gratuitos, permanentes o transitorios, civil o militar en la administración pública del Estado, del municipio o de cualquier institución oficial autónoma o semi-autónoma, que se hallen investidos de la potestad legal de considerar y decidir todo lo relativo a la organización y realización de los servicios públicos".

Por otra parte, el art. 7 número 3 tiene relación con el art. 10, ambos del Código Penal. de dichas disposiciones se puede decir, que al Estado lo que más le interesa es proteger el conjunto de bienes jurídicos de sus nacionales, ya sea que estos residan en el país o se encuentren fuera de él. Entonces, si en el extranjero se atenta contra un salvadoreño, y si dicho Estado no

pone interes, en castigar el delito cometido porque es nacional de otro pais, o por cualquier otro motivo, en ese caso El Salvador se reserva el Derecho de sancionarlo, si por otra parte en el pais extranjero ya se inicio proceso penal correspondiente, en ese caso nuestro pais se abstendra de conocer y respetará el Poder Soberano y jurisdiccional de esa otra nacion.

De igual manera se pueden tener en cuenta los articulos 305 y 306 del Código de Bustamante que dicen: Art. 305: "Están sujetos en el extranjero a las leyes penales de cada Estado contratante, los que cometieren un delito contra la seguridad interna o externa del mismo o contra su crédito público, sea cual fuere la nacionalidad o el domicilio del delinciente".

Art. 306: "Todo el nacional de un Estado contratante o todo extranjero domiciliado en el, que cometa en el extranjero un delito contra la independencia de ese Estado, queda sujeto a sus leyes penales".

ii).- PRINCIPIO DE LA PERSONALIDAD

"Algunos tratadistas le llaman también al principio de la personalidad, como de la nacionalidad. Se considera como un resabio de tiempos preteritos, en que cada Estado, pretendia, en base al Ius Sanguini, que las leyes de un pais debian seguir a sus súbditos dondequiera que ellos se trasladare, al igual que la sombra acompaña a su cuerpo (leyes ossibus inhaerent)". (46)

De acuerdo a la función del papel que desempeñe el nacional

(46) Luis Cousiño Mac Iver. Opus Cit., pag 180

en territorio extranjero, es decir, si es partícipe de un hecho delictivo o al contrario si participa como víctima de lo mismo, en ese sentido, en el primer caso se hablará del PRINCIPIO DE LA PERSONALIDAD ACTIVA; y en el segundo, estaremos hablando del PRINCIPIO DE LA PERSONALIDAD PASIVA. Se hablará de cada uno en forma separada, ya que son distintos conceptos.

a) Principio de la personalidad activa:

En la aplicación estricta de este principio, no se ve la nacionalidad a la que pueda pertenecer el autor o la víctima de un determinado hecho. Por esta razón, la tesis de la personalidad, cuya consecuencia práctica es exclusión de la ley local, lleva consigo una desconfianza o duda en la justicia del país extranjero y, su afirmación provoca casi siempre fundadas susceptibilidades.

Se considera que si bien existen razones suficientes como para rechazar este principio, como tesis dominante, no puede negarse la necesidad y utilidad de que se tenga como tesis supletoria y excepcional.

b) Principio de la personalidad pasiva:

Este principio es conocido también como de la protección individual, consiste fundamentalmente, en el derecho que se arrogan los Estados para juzgar a los extranjeros que han cometido en el exterior un delito en contra de algún súbdito suyo.

Se sostiene que existe dificultad en querer fundamentar el principio de la personalidad pasiva, en la doctrina real de la protección de los bienes jurídicos nacionales, ello ha traído como

resultado que este principio adquiriera una autonomía propia, en que el rasgo más importante, de orden procesal, es dar jurisdicción a los tribunales de un país para que conozcan de hechos ocurridos en el extranjero, de los cuales es víctima un connacional.

Es de comprender que no basta para justificar la pretensión de orden procesal, ya que ello también lleva involucrado, además del problema de la competencia, el relativo a la ley extranjera que ha atentado en contra el súbdito, sino la ley de este último.

En relación con este principio, se han pronunciado en su contra, por sostener que la competencia penal basada en la nacionalidad de la víctima no tiene justificación ante el Derecho Penal internacional. En efecto la aplicación del principio de la personalidad en términos generales implica un problema, en el fondo, es darle jurisdicción a los tribunales nacionales para conocer de hechos penales cometidos en el extranjero, en que se encuentra envuelto un súbdito del Estado. La negación total del principio supondría, por vía de ejemplo, que un ciudadano francés que comete un delito en Italia y se refugia en su patria, no podría ser castigado salvo que regresara voluntariamente al lugar del hecho, pues los tribunales de Francia carecerían de competencia para juzgarlo y, conforme a una teoría muy en boga, tampoco procedería la extradición por tratarse de un nacional. Es decir, la posición negativista absoluta equivale en numerosas teorías a la impunidad. (47)

En nuestro país se encuentra regulado este principio personal

(47) Luis Cousiño Mac Iver, *Opus Cit.*, pág 164,165

o de nacionalidad en el Art. 8 del Código Penal, el cual dice:

Art. 8 Pn.: "También se aplicará la ley salvadoreña:

1o.) A los delitos cometidos por salvadoreños en el extranjero cuando solicitada su extradición por otro Estado para juzgarlos, se hubiere denegado por razón de nacionalidad;

2o.) A los delitos cometidos en el extranjero por persona al servicio del Estado, cuando no hubiere sido procesada en el lugar de la comisión por razón de los privilegios inherentes a su cargo".

La disposición citada contiene dos situaciones bien importantes, una de ellas es cuando un Estado extranjero solicita extraditar a un nacional, para que sea juzgado por el hecho cometido en el exterior, y que esa solicitud sea denegada por razón de la nacionalidad; pudiera ser que se niegue extraditarlo-- considerando que no existe acuerdo de extradición entre ellos, o porque considera de justicia que sea juzgado en su propio país.

Para ampliar lo relacionado a lo que es la Extradición, se enfocará a continuación:

a).-EXTRADICION

Llámase extradición el acto por el cual un Estado entrega un individuo a otro Estado que lo reclama, con el objeto de someterlo a un juicio penal o a la ejecución de una pena. (48)

Frank Von Litz, dice que la extradición es -objetivamente- una forma de cooperación penal internacional, una inteligencia de

(48) Sebastián Soler, Opus Cit., pág 192

los Estados en lucha contra el delito. Es también la muestra de un orden jurídico universal, promesa de una futura justicia mundial, como los tribunales internacionales de presas o de límites.

Von Litz, agrega que la extradición aparece antes que en la práctica política internacional, en la teoría científica de los internacionalistas. Grocio, Cocejo, Budero, sostienen que el Estado se hace cómplice del criminal, negándole.

Por otra parte según Garraud citado por Cousiño Mac Iver, la extradición está fundada, en el interés recíproco de las naciones, el cual modernamente se traduce en la doble utilidad de que un criminal no se sustraiga a la condigna sanción y de que no atente en contra de la nación en la cual a buscado refugio. (49)

Por otra parte, la extradición se llama activa, en relación al Estado que demanda o solicita al delincuente y pasiva para el que lo tiene y lo entrega, diferencias que corresponde a distintos procedimientos establecidos ya sea para pedir la extradición, ya para conceder lo que otro Estado pide.

La extradición supone una relación internacional, la cual supone generalmente un tratado por el cual dos naciones se comprometen a hacerse recíproca entrega de los delincuentes refugiados en una de ellas, después de un delito que se comete en la otra.

Dichos tratados son expresión creciente de un criterio de solidaridad internacional en la lucha contra la delincuencia. Pero ese principio de solidaridad ha cobrado tal importancia, que

(49) Luis Cousiño Mac Iver. *Obras Lit.*, pag 201

determina por sí mismo la entrega del delincuente aun sin la existencia de un tratado formal de extradición, ya sea en virtud de la costumbre internacional a la que algunos Estados se atienen, ya sea en virtud de una ley interna, que haga posible la extradición, sin tratado, mediante el simple ofrecimiento diplomático de la reciprocidad. (50)

La legislación salvadoreña, contempla también la extradición para ciertos casos determinados y en ese sentido se refiere el Art. 29 inc. segundo de la Constitución que dice: "La extradición no podrá estipularse respecto de nacionales en ningún caso, ni respecto de extranjeros por delitos políticos, aunque por consecuencia de estos, resultaren delitos comunes".

De lo anterior se observa que ya nuestra ley, lo contempla de esa manera, es decir, que ningún salvadoreño puede ser extraditado a otro Estado para que sea juzgado en ese país; así como también nos damos cuenta que los extranjeros, tampoco pueden ser extraditados cuando un país los solicita para juzgarlos por delitos políticos, lo que quiere decir que solo se puede acceder a extraditar a un extranjero cuando sea solicitado para juzgarlo por el cometimiento de un delito común.

Para diferenciar y comprender en mejor forma lo que es el delito político, tomando en consideración su importancia en el campo de la extradición; se darán a continuación algunos conceptos en tal sentido. Para Guillermo Cabanellas, delito político es: "El que tiende a quebrantar, por hechos ilícitos el orden jurídicos y

(50) Luis Cousiño Mac Iver, *Dous Dit.*, pág 201

social establecidos, atentando contra la seguridad del Estado, contra los poderes y autoridades del mismo o contra las constitución o principios del régimen imperante.

El delito político pretende variar la forma de gobierno (República por monarquía o visceversa), el gobierno mismo (el legal por uno de fuerza, o uno de hechos por otro también violento) o el régimen económico de la sociedad (burgués por socialista o a la inversa), empleando en todo caso medios no admitidos por el orden legal establecido. (51)

Por su parte Manuel Osorio dice que el delito político representa una de las figuras penales de más difícil definición; ya que los autores no han llegado a un acuerdo, ni siquiera aproximativo, respecto a su contenido, pese a la gran importancia que reviste en materia de extradición.

Agrega, que en el vocabulario de Capitant se define el delito político, en sentido amplio, como toda infracción vinculada con un pensamiento o una persona política: el asesinato de un Jefe de Estado; y en sentido estricto, como toda infracción exclusivamente dirigida contra el orden jurídico internacional o interno: el complot para cambiar la forma de gobierno. (52)

Nuestro código penal se refiere a delito político en el art. 151, el que se transcribe a continuación:

Art. 151: "Para los efectos penales son delitos políticos los hechos punibles contra la personalidad internacional

(51) Guillermo Cabanellas, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo II, pag 536

(52) Manuel Osorio, Opus Cit., pag 217

o interna del Estado, excepto el vilipendio a la patria, sus símbolos y a los proceres.

También se consideran delitos políticos los comunes cometidos con fines políticos, excepto los delitos contra la vida y la integridad personal de los Jefes de Estado.

Son delitos comunes conexos con políticos los que tengan relación directa o inmediata con el delito político o sean un medio natural y frecuente de preparar, realizar o favorecer este; debiendo desde luego calificarse como conexos con los políticos en el delito de rebelión, la sustracción o distracción de caudales públicos; la exacción, la adquisición de armas y municiones, la tenencia, portación o conducción de armas de guerra, la interrupción de las líneas radiofónicas, telegráficas y telefónicas y la retención de correspondencia".

El Código de Bustamante se refiere a los delitos políticos y en tal sentido, el art. 335 dice literalmente: "Están excluidos de la extradición los delitos políticos y conexos, según la calificación del Estado requerido".

A tenor de las disposiciones citadas, los extranjeros tampoco podrán ser extraditados por delitos comunes que sean conexos con políticos, en ese sentido tiene que tipificarse la figura como estrictamente común para que un extranjero pueda ser extraditado. Como se expresó, el Código de Bustamante, contiene lo que se refiere a la extradición, en el título tercero del Artículo 344 en

adelante, de esa manera el art. 345 dice: "los Estados contratantes no están obligados a entregar a sus nacionales. La nación que se niegue a entregar a uno de los ciudadanos estará obligada a juzgarlo".

Como se observa ambas disposiciones, tanto la de nuestra ley interna como la de orden internacional, se refieren en el sentido de que un nacional no va ser extraditado por dicha nación.

El art. 347 del Código de Bustamante dice que en el caso de que se solicite la extradición de un delincuente por varios Estados, por el mismo delito, deberá ser entregado a aquel en cuyo territorio se haya cometido el delito.

Por otra parte el art. 348 dice: "Caso de solicitarse por hechos diversos tendrá preferencia el Estado contratante en cuyo territorio se haya cometido el delito más grave, según la legislación del Estado requerido".

En el caso que los hechos imputados tuvieren igual gravedad, será preferido el Estado contratante que presente primero la solicitud de extradición. De ser simultáneas decidirá el Estado requerido pero debe conceder la extradición al solicitante que, en su defecto, al del delito cometido por el delincuente, si éste es uno de los solicitantes.

Nuestra constitución se refiere en su artículo 101 como fuente de la extradición a los TRATADOS, por lo cual se hace referencia a continuación:

TRATADOS DE EXTRADICIÓN: En el Salvador se encuentra ligado por

numerosos tratados de extradición, de los cuales algunos de ellos son pactados con países determinados, para regular bilateralmente las relaciones, y otros, son multilaterales, los cuales son destinados a regir colectivamente a varias naciones, en tal forma a continuación se expondrán los distintos tratados:

a) Convención de extradición con Italia, suscrito en Guatemala el 29 de marzo de 1871; b) Convención de extradición de reos con Bélgica suscrito en Bruselas el 27 de febrero de 1880; c) Tratado de extradición de criminales con Gran Bretaña, suscrito en Paris el 23 de junio de 1861; e) Convención de extradición reciproca de criminales con Suiza, suscrito en Berna, el 31 de octubre de 1883; f) Tratado de extradición con los Estado Unidos de America, suscrito en San Salvador el 18 de abril de 1911; g) Tratado de extradición con Mexico, suscrito en Guatemala el 22 de enero de 1912.

Todos los tratados hasta aqui mencionados son en forma bilateral, a continuación se detallará los celebrados en forma multilateral:

h) Convención de extradición de las Repùblicas de Centro America, suscrito en Washington el 2 de febrero de 1894; i) Convención sobre extradición, suscrito en Uruguay el 6 de diciembre de 1933, esta ultima convención el 19 de octubre de 1934 suscribió una observación al art. 2 que dice: "Cuando el infractor es de nacionalidad del Estado requerido, por lo que respecta a su entrega esta podrá o no ser acordada según lo que determine la legislación

o las circunstancias del caso a juicio del Estado requerido. Si no entregare al individuo, el Estado requerido queda obligado a juzgarlos por el delito que se le imputa si en él concurren las condiciones establecidas por el inciso b) del artículo anterior, y a comunicar al Estado requirente la sentencia que recaiga.

En este sentido, El salvador manifestó que no puede cooperar a la entrega de su propios nacionales, prohibida por su Constitución Política, permitiendo el paso por su territorio de dichos nacionales cuando un estado extranjero lo entregue a otro.

Aparte de los requerimientos formales de la extradición, de lo cual se ha hecho referencia anteriormente, existen requisitos de fondo de la extradición y por considerarlo de importancia se enfocarán a continuación.

a.1).- REQUISITOS DE FONDO DE LA EXTRADICIÓN

En los requisitos de fondo de la extradición, existen muchos principios consagrados en los tratados, tanto bilaterales como multilaterales que han recibido aplicación por la mayor parte de las naciones jurídicamente organizadas.

El tratadista chileno don señor Mac Iver dice que conviene tratar separadamente los siguientes aspectos de naturaleza del delito y de la pena, el nombre del extraditado, y de modalidades de la extradición. En forma breve se desarrollará cada una de ellas:

a) Naturaleza del delito y de la pena. Son numerosos los

requisitos establecidos en los tratados y principios del derecho internacional, que se refieren a la naturaleza del delito y de la pena, como fundamento de la solicitud de extradición, ya que no toda infracción tiene la suficiente gravedad e importancia como para poner en movimiento la actividad jurisdiccional de otro Estado, solamente haremos mención de los principales.

A falta de un tratado que señale específicamente los delitos que pueden motivar la extradición, debe estarse al principio de la identidad de la norma, conforme al cual el hecho que motiva la petición debe ser punible tanto en el país que la solicita como en el país requerido. (53)

El Código de Bustamante recoge este principio en el art. 353, al decir que: " Es necesario que el hecho que motive la extradición tenga carácter de delito en la legislación del Estado requirente y en la del requerido".

Se considera que en El Salvador, en un caso práctico se tendrá que aplicar la disposición señalada tomando en cuenta que es parte de un tratado, del cual es signatario también nuestro país, y que por otra parte se debe tomar en cuenta que nuestra ley común no es muy clara en la situación planteada.

b) El delito materia de la extradición debe tener una relativa gravedad, lo que excluye las faltas y los delitos de escasa mortu. Se ha tomado como base fundamental el que se trate de hechos punibles castigados con penas privativas de libertad. (54)

En este punto el Código de Bustamante en su art. 354 dice

(53) Luis Cousiño Mac Iver. Opus Cit., pag 215

(54) Luis Cousiño Mac Iver. Opus Cit., pag 217

que:" Asimismo se exigirá que la pena asignada a los hechos imputados según su calificación provisional o definitiva por el juez o Tribunal competente del Estado que solicite la extradición no sea menor de un año de privación de libertad y que esté autorizada o acordada la prisión o detención preventiva del procesado, si no hubiere aún sentencia firme. Esta debe ser de privación de libertad.

En este punto pudieran existir desacuerdos, en el sentido de saber si se debe de atender a la legislación del país requirente o a la del requerido, para determinar el mínimo de la pena. De acuerdo al Código de Bustamante (art. 354) dice que será la ley penal del Estado que solicita.

Se considera que se debe aplicar lo prescrito en el Código de Bustamante, tomando en cuenta que también es ley nuestra y además que de esa manera se solventa la situación planteada.

c) El delito debe ser actualmente perseguible, esto es, no debe estar extinguida la responsabilidad penal; por ende, es requisito para el otorgamiento de la extradición, el que no se encuentre prescrita la acción penal o la pena impuesta por sentencia. (55)

Aquí también se pueden dar diferencias en relación a que ley corresponde aplicar. La solución para nuestro país nos la da el principio contenido en el Código de Bustamante (art. 359), que se refiere de atender si el delito está prescrito según las leyes de los países requirente o requerido.

El otro caso a que hace referencia el numeral segundo del art. 8 pn., es que el fundamento para juzgar al nacional o extranjero

(55) Luis Cousiño Mac Iver. Opus Cit., pág 218

que este al servicio del Estado, tomando en cuenta que de acuerdo a leyes del país en donde se ha cometido una acción delictiva no haya sido procesado en consideración al privilegio inherente en razón al cargo que desempeña. Lo anterior es debido también, que aquí en nuestro país a los representantes de delegaciones diplomáticas o miembros de su personal, incluyendo los familiares del representante extranjero, al cometer un delito no se les juzga en atención a la inmunidad en relación al cargo, y lo que se hace es enviarlo al país de origen, para que sea juzgado de acuerdo a sus procedimientos legales. También esta situación se da en atención a acuerdos y tratados internacionales suscritos con otros Estados.

Con el desarrollo del principio de extraterritorialidad de la ley penal, nos damos cuenta que nuestro normamiento legal, está estrechamente ligado con otros sistemas jurídicos de diferentes Estados, los cuales se refieren de enlace con el Parlamento por acuerdos o tratados internacionales celebrados con anterioridad, ya sea en forma bilateral o multilateral.

Lo expuesto nos viene a demostrar, lo afirmado en nuestra hipótesis formulada, que en ciertos casos, en aquellos casos en que se cometan delitos en el extranjero, sean perjudicados.

en el lugar de su ejecución, nuestro país tiene de manera que aplicar su ley interna, así como los tratados internacionales que sean pertinentes a la acción delictiva de que se trate, con el fin

de proteger sus intereses y castigar a los que resulten responsables de dichas acciones, facultad que además le corresponde como país soberano. Evitando así que los hechos delictivos cometidos fuera de nuestro territorio no puedan quedar impunes.

4.1.3.- EL UNIVERSAL O DE JUSTICIA MUNDIAL

Este principio es llamado de la UBICUIDAD y de la justicia mundial, el cual sostiene la existencia de ciertos delitos que hieren bienes jurídicos que constituyen el patrimonio de todos los países, de tal manera que sus autores deben ser juzgados por la nación que los capture. Este principio igual que los anteriores se dice que no es propiamente un derecho penal internacional, sino que es el ejercicio del Poder de aplicación de sus propias leyes que tiene un Estado, sin consideración a la nacionalidad del hechor o al lugar de la perpetración, como medio de protección de bienes sociales y culturales pertenecientes a todas las naciones. (56)

Hoy en día, se quiere ampliar mayormente este concepto de la Justicia Universal, para incluir en el principio de la ubicuidad muchos delitos propiamente internacionales que hieren los sentimientos y la conciencia de todos los pueblos como ocurre el genocidio y los crímenes en contra de la humanidad.

Al Principio Universal o de Justicia Mundial se le critica, porque el considerarlo para ser aplicado por los distintos países,

(56) Jaime Alberto Solerzano, *Opus Cit.*, pag 185

trae como consecuencia problemas, como el que no todos los países tienen igualdad de civilización y Unidad legislativa, y al ser de esa manera es lógico pensar que no es funcional.

Ademas de lo expuesto, también se le critica por la marcada diferencia de disposiciones penales que existe aún entre Estados vecinos y las dificultades del procedimiento penal, dada la imposibilidad de obtener rápidamente la prueba.

En conclusión se dice que la Justicia Universal solo puede sostenerse como complemento de la territorialidad, aunque modernamente presenta nuevas perspectivas, como son: Por una parte la unificación del Derecho Penal que se trata de lograr hasta ciertos límites y en determinados sectores de sus disposiciones, uno de ellos de la autoridad espacial de la ley penal.

En el art. 9 de nuestro Código Penal se desarrolla el principio señalado, el cual se transcribirá a continuación para mayor ilustración:

Art. 9: "Se aplicará también la ley salvadoreña a los delitos cometidos en el extranjero que de acuerdo a pactos, tratados o convenciones internacionales, se consideren delitos de trascendencia internacional y que deban ser juzgados por la ley salvadoreña; pero se dará preferencia a la pretension del Estado en cuyo territorio se hubiere cometido, si reclama el juzgamiento antes que se inicie el ejercicio de la acción penal en contra del imputado.

En los casos señalados en este artículo y en el anterior se

aplicará la ley vigente en el lugar de la comisión del hecho, si sus disposiciones son más favorables al imputado que las de la ley salvadoreña".

Al observar el contenido de la disposición, nos damos cuenta de inmediato que esta va dirigida contra aquel tipo de delitos considerados como de trascendencia internacional, los cuales están regulados en el Código Penal a partir del art. 486 al 495 respectivamente. El principio obedece a la constante preocupación que las naciones han tenido en sancionar a la llamada delincuencia internacional, lo cual en opinión de algunos entendidos en la materia, esos esfuerzos son un tanto utópicos, tomando en cuenta lo difícil que resulta en la mayoría de los casos sancionar a los culpables.

La disposición también señala, que se tomará en cuenta para castigar el delito, la legislación que sea más favorable, entendiéndolo como aquella voluntad que tiene el legislador de darle aplicación al famoso principio, que dice, que lo más favorable es a favor al reo y por otra parte se considera que se debe tratar de humanizar la sanción penal en contra del infractor.

Es con este tipo de disposiciones que vemos la nueva orientación de las leyes penales y que es la de tener como una de sus finalidades la de readaptar al delincuente para ser reincorporado a la sociedad, como sujeto útil a la misma.

CAPITULO V

5.1.- DELITOS DE TRASCENDENCIA INTERNACIONAL

Antes de entrar a desarrollar esta parte del trabajo, se considera oportuno señalar, que en los delitos de trascendencia internacional, estan incluidos dos clases de infracciones, por una parte los delitos contra LA PAZ INTERNACIONAL, y por otra, los delitos de CARACTER INTERNACIONAL. estos ultimos son los que se tratará en especial.

Los delitos contra la paz internacional, son aquellos que atentan contra los intereses de todos los estados en forma directa y cuya represion se impone, no tanto por los principios que fundamentan los efectos extraterritoriales de la ley penal, sino que en virtud de buscar la extraterritorialidad absoluta de la ley penal. Es decir, que no importa en que lugar se realizen este tipo de delitos, si para ello cualquier Estado estare interesado en aplicar su procedimiento legal a fin de lograr que dichas acciones sean sancionadas.

Como ejemplo de este tipo de delitos se pueden mencionar, el genocidio que es previsto en el art. 17 del Código Penal, la incitacion a la guerra de agresion regulada tambien en el art. 37 de dicho codigo, y otros delitos, algunos de ellos menos importantes, pero que pertenecen a esta clase de delitos de carácter internacional a los que se hará referencia a continuacion con mayor detenimiento.

5.1.1.- DELITOS DE CARACTER INTERNACIONAL

En el desarrollo de los delitos de carácter internacional se enfocarán aquellos delitos, que se considera que son de mayor relevancia para nuestro ordenamiento legal, y que también es en donde está enfocado el esfuerzo por la mayoría de estados del mundo a fin de castigarlos en la forma pertinente.

Los delitos de carácter internacional que se desarrollarán a continuación están: a) La piratería, b) Trata de esclavos, c) Trata de mujeres y niños, d) daños a cables submarinos, y e) Tráfico de estupefacientes, aún cuando este último en nuestra ley penal no se encuentra considerado dentro de los delitos de carácter internacional.

a) Piratería: Inicialmente se manifestarán algunos conceptos del término pirata, para luego enfocar propiamente lo que es piratería. De acuerdo al Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales de Manuel García, pirata significa: "El ladrón de mar que, en el mar propio, o robado, aborrecido y saquea a otras naves o realiza fugaces desembarcos con objeto similar", por otra parte el Dr. Joaquín Escrivá dice que puede ser: "El que roba en el mar con un buque armado". Como se observará algunos conceptos expresan en el primer caso, que al menos los que son pirata.

Por otra parte en lo que se refiere a la piratería, los diccionarios señalados también coinciden. Para el caso, el diccionario enunciado primeramente dice en cuanto a lo que es el

término piratería lo siguiente: "En sentido gramatical quiere decir ejercicio de pirata, robo o presa que hace el pirata, robo o destrucción de los bienes de otro". El diccionario Hispánico Universal de la Enciclopedia Jackson, en relación al término pirata dice lo siguiente: "Es el en cuadrillas ejecutado habitualmente en los mares o en sus costas, por navegantes persiguiendo como principal objeto el apresamiento de las embarcaciones".

Es probable que el concepto señalado ultimamente, sea tal como se ha dicho, tomando en cuenta que en tiempos pasados este tipo de delitos sucedían con frecuencia los cuales eran ejecutados en las mayores oportunidades por varios individuos y es por ello que se diga que eran cometidos en cuadrillas, lo cual viene a modificar lo que se entiende actualmente, es decir que no es necesario la concurrencia de varios para que se consume el delito apuntado.

Nuestro Código Penal lo contiene en el artículo 490, esta disposición es aplicable para este delito así como a los otros de carácter internacional, cuando solo vulnere bienes nacionales, o sea que exista relación con otros Estados; en tal sentido, se aplica la competencia territorial del Estado en cuyas aguas jurisdiccionales ocurra.

Como hecho punible de carácter internacional, la piratería existe cuando se da en las formas expresadas por los conceptos al principio señaladas.

Tomando en consideración que se ha hablado de una doble

calidad del delito de piratería, o sea por una parte considerada como delito interno y por otra de represión cosmopolita, en tal sentido, se considera conveniente hacer las siguientes distinciones de esa doble calidad mencionada :

i) La piratería de derecho interno se verifica en las aguas territoriales, y la de repercusión internacional es aquella que se produce en mar abierto o sea en territorios que no están sujetos a soberanía;

ii) La ley penal a aplicar, será aquella ley nacional que tenga efecto dentro del territorio, no importando cual sea el bien atacado o quien haya sido el atacante, lo que interesa es que se ejecute dentro del territorio.

En razón a la infracción de tipo internacional, será aplicable la ley del captor, aplicando los efectos extraterritoriales, aunque no se ejecute en su territorio ni vulnere sus intereses, aquí se cumple el postulado de la justicia universal.

iii) Tribunal Competente: Para el delito interno, conocerá el Juez de Primera Instancia a que fuere llevado el culpable, en este caso se podrá seguir la regla de la competencia territorial, o sea que debe conocer el Juez en el territorio donde se ejecuta el delito.

Las leyes en que constan las dos formas de piratería, por una parte se encuentran en el Código Penal, en el artículo 490 y 491 los cuales se transcribirán a continuación:

Art. 490. : "Serà sancionado con prisiòn de tres a quince años:

1o.) El que cometiere en alta mar, en el mar adyacente o en la plataforma continental actos depredatorios o violentos contra una nave o contra personas o cosas que en ella se encuentren:

2o.) El que se apoderare de alguna nave o de lo que pertenciere a su equipo, carga o equipaje por medio de fraude o violencia cometida contra su comandante;

3o.) El que, en convivencia con piratas, les entregare una nave, su equipo, carga o lo que pertenciere a su tripulaciòn;

4o.) El que, con amenazas o violencias, se opusiere a que el comandante o la tripulaciòn defienda la nave atacada por piratas;

5o.) El que por cuenta propia o ajena equipare una nave destinada a la pirateria;

6o.) El que contra la voluntad del comandante de la nave, la desviare o la hiciere desviar a lugar diferente de su destino".

Art. 491: "Se aplicará la misma sanción establecida en los casos previstos en el artículo anterior , cuando los hechos se perpetraren en aeronaves, ya sea dentro del espacio aéreo o fuera de él".

Por otra parte, los que amenazan intereses comunes de los Estados se encuentran regulados en tratados o Convenciones Internacionales que una vez los ratifica cada país pasan a formar parte de su ley interna. Para el caso se mencionará el art. 308 del Código de Bustamante.

Art. 308: "La piratería, la trata de negros y el comercio de esclavos, la trata de blancas, la destrucción o deterioro de cables submarinos y los demás delitos de la misma índole contra el derecho internacional, cometidos en alta mar, en el aire libre o en territorio no organizados aun en Estados, se castigarán por el captor de acuerdo con sus leyes penales".

Hay algo importante que hacer notar en esta parte, en relación al delito de piratería, y es que la mayoría de legisladores no definen en que consiste la piratería, ya que solo se limitan a castigar una determinada acción. Nuestra ley penal también está incluida, en tal comentario como ejemplo se puede apreciar lo dicho, con analizar el artículo 490, del cual se ha hecho referencia anteriormente. Se considera conveniente señalar también, que existen efectos materiales de la consumación del delito de piratería, ello se da en las llamadas CAUSAS DE PRESAS Y

REPREASAS: Son las diligencias y trámites que se siguen para determinar los daños y posibles responsabilidades civiles, originados por el ejercicio de la piratería o de la recuperación de naves y efectos capturados por piratas. Las Presas: Son las naves, mercaderías y demás efectos que se encuentran en el momento de dedicarse al bandolerismo. Se recuperan de los piratas y se devuelven a sus dueños que se recuperan de los piratas y se devuelven a sus dueños.

En nuestro país es la corte suprema de justicia la que tiene competencia para declarar solo si la presa o represa es buena o mala, si se ha realizado tomando en cuenta el ordenamiento

(57) Jaime Alberto Solórzano, Opus Lit., pag 151

legal internacional de la navegación y el tráfico marítimo.

En el caso que la presa sea buena, para deducir las consiguientes responsabilidades, podrán conocer como Jueces de la Primera Instancia los Comandantes y Capitanes de puerto, conociendo en la demás instancias los tribunales dotados de Jurisdicción conforme al derecho común.

En relación a las disposiciones legales de nuestro ordenamiento legal, además de los que se han mencionado con anterioridad se pueden citar:

Art. 182 de la Constitución: "Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia:

3o.) Conocer de las causas de presas y de aquellas que no estén reservadas a otra autoridad;

Lo que se ha tratado hasta este momento es en relación con lo que es la piratería propiamente dicho y sus implicaciones, lo cual gira alrededor de ese tipo de acciones que se cometen en alta mar, contra embarcaciones que surcan las aguas. pero además de ello, hay otro tipo de piratería y es precisamente la piratería aérea la que nos ocuparemos a continuación.

PIRATERIA AEREA

Se dice que fue en París en el año de 1931, donde se celebró la Cuarta Conferencia para unificar el Derecho Penal, donde se definió lo que es la "Piratería Aérea", y en tal sentido se dijo: "Quien encontrárase a bordo de aeronaves con fines privados y bajo

su propia responsabilidad cometiere actos de violencia con el proposito:

- a) de apoderarse de naves aéreas o de los bienes de abordo, b) de destruirla, c) de sustraer, herir o matar a los tripulantes o pasajeros".

Por otra parte de acuerdo al Convenio Internacional que se realizó del primero al dieciséis de diciembre del año de 1970, en la Haya, Holanda, se expresa el artículo uno de dicho convenio en la forma siguiente: "Es el cometido por una persona que, abordo de una aeronave en vuelo se apodere de tal aeronave, ejerza el control de la misma o intente cometer cualquiera de tales actos o actúe de cómplice de una persona que cometa o intente cometer cualquiera de tales actos".

Se puede apreciar de acuerdo al concepto dado que la tipificación del delito se puede dar de cuatro modalidades distintas:

- a) Apoderamiento de la nave
- b) Ejercer el control de la misma
- c) Intentar cometer cualquiera de tales actos
- d) Actuar como cómplice de una persona que quiera cometer ese tipo de actos.

En cuanto a lo que es apoderamiento se puede decir, que es cuando una persona pone una cosa bajo su poder de hecho.

En relación con ejercer el control de la aeronave, consiste en desplazar de los controles de mando al piloto, o en la desviación

efectiva de la aeronave contra la voluntad afectiva del piloto o Capitán.

Este tipo de piratería aérea, tiene una característica especial y es que el móvil principal es político, y quizá secundario sea lo económico, puesto que en la mayoría de casos no es el robo contra pasajeros los que se hayan dado sino que por el contrario persiguen fines de índole político.

En tal sentido Fontan Valestra comenta: "que entre la piratería practicada en los mares y ríos y la moderna piratería -- aérea se puede hacer una diferencia en un elemento que es tradicional en la primera, cual es el de atacar un buque sirviéndose de otro, y su modalidad más característica es el abordaje".

Es bueno hacer notar, que existe una diferencia bien importante entre lo que es la piratería marítima y lo que es la aérea, puesto que, como ya se dijo antes, en la segunda el móvil principal es lo político y no lo económico.

El delito de piratería aérea, trae consigo una serie de problemas referente a la jurisdicción para enjuiciar a los responsables, y entre las soluciones predominantes se tienen:

- a) Competencia del Estado sobre el cual se ejerce o ejecuta el delito.
- b) La del Estado cuya bandera o nacionalidad ostente la aeronave.
- c) La del Estado que captura al delincuente.

Sin embargo, el problema de la jurisdicción lo viene a

resolver en parte el convenio de la Haya, al decir que los Estados que tienen jurisdicción para conocer y enjuiciar a los responsables del delito de piratería aérea son: a) El Estado de la matrícula de la aeronave, y b) El Estado en donde aterrice el avión con el delincuente abordo.

Se considera que lo expuesto es de gran importancia, en el sentido de que haya surgido como Convenio Internacional ya parece lógico y justo la forma en que un Estado puede conocer en este tipo de delitos, además de esa manera se reduce los problemas de competencia al principio planteados.

En el caso de nuestro Código Penal, también contempla lo concerniente a la piratería aérea, y es precisamente el art. 491 que se refiere a ello y que por cierto ya fue incluido en la parte anterior.

Se considera bien importante hacer notar, el hecho que nuestro código penal impone la misma pena para lo que es la piratería propiamente dicha o común y para lo que es piratería aérea, o sea de tres a quince años para ambos delitos. Por otra parte la sanción también es muy poca tomando en cuenta los daños que se pudieran causar no solo a un país sino a varios, si para el caso se consumara un delito de esta clase.

B.- TRATA DE ESCLAVOS

Nuestro Código Penal en su artículo 492 dice lo siguiente:

"El que adquiriere o transfiriere esclavos y el que traficare con

ellos, será sancionado con prisión de tres a siete años".

Como es sabido este tipo de delitos no se da actualmente en nuestro medio ni tampoco a nivel internacional, sin embargo nuestra ley penal vigente aún lo plasma, problema que por la importancia que tuvo en épocas pasadas, es que aún se mantiene, y también por resaltar la importancia y el valor que tiene para el hombre el ser libre. De acuerdo al Convenio Internacional sobre la esclavitud, suscrito en Ginebra en el año de 1926, se expresaba de la siguiente manera lo que se debía entender por esclavitud: Artículo I: "Es el estado de un individuo sobre el que se ejercen las facultades del derecho de propiedad o alguno de ellos."

En lo que se debe entender por trata de esclavos decía el Convenio señalado: "La trata de esclavos comprende todo acto de cesión por venta o permuta de un esclavo adquirido con miras a venderlo o a permutarlo, así como en general todo acto mercantil o de transporte de esclavos".

Como complemento al Convenio antes citado, se suscribe otro Convenio contra la esclavitud con fecha 7 de septiembre de 1956 también en Ginebra, en donde no solo se reprobó la esclavitud y su tráfico sino también se incluyeron otros hechos atentatorios a la esfera de la libertad, como es el caso de la condición de SIERVO, la prisión por deudas y otros resabios que existieron en el feudalismo.

En la Convención sobre los Derechos del Hombre, aprobado por las Naciones Unidas del 29 de noviembre al 6 de diciembre de 1948,

se hace referencia a las prohibiciones en contra de la esclavitud y el comercio de esclavos.

Aparte del art. 492 del Código Penal que se transcribió inicialmente, en nuestra Constitución también se refiere a esta situación tratada y en tal sentido, el artículo 4 dice lo siguiente : "Toda persona es libre en la República.

No será esclavo el que entre en su territorio ni ciudadano el que trafique con esclavos. Nadie puede ser sometido a servidumbre ni a ninguna otra condición que menoscabe su dignidad".

Por su parte como delito de trascendencia internacional, el art.308 del Código de Bustamante se refiere a tal situación en la parte final al decir: "Se castigarán por el captor de acuerdo con sus leyes penales". En tal sentido, suponiendo que este delito de tráfico de esclavos se ejecute en nuestro país se podrá hacer uso de los medios legales que tiene nuestra ley penal para su castigo, para el caso, aplicando el artículo 492 citado anteriormente.

C.- TRATA DE MUJERES Y NIÑOS

La trata de mujeres o comercio de mujeres, también es conocido como trata de blancas. Esta clase de delitos existe desde tiempos muy remotos y es desde ese entonces que se ha venido luchando contra esa práctica.

En el año de 1889, el Consejo Federal Suizo propuso a los demás gobiernos una acción conjunta contra la trata de blancas.

Por otra parte, en el año de 1910, 14 países firmaron un convenio,

en donde se comprometieron a reprimir la esclavitud de los menores para fines inmorales, y la de las mujeres mayores por coacción, no solo en el caso de marchar al extranjero, sino en el interior mismo de su territorio.

La trata de blancas es la Organización Corporativa de los traficantes de mujeres, de los que cada cual tiene un papel determinado, con el objeto de acreditar los casos de corrupción y renovar su personal.

Los traficantes o comerciantes privan a la mujer del derecho de disponer de su persona, y hacen uso de ella como si fuera una cosa de la que gozan a título de propiedad para comprarla, utilizarla, venderla, disponer de ella y del dinero que ella gane, golpearla, torturarla, y hasta poder darle muerte si esa es su voluntad.

Los Estados deberían poner más atención a este problema, ya que mientras más descuiden internamente la práctica de compra y venta de mujeres, se incrementará el tráfico de mujeres a nivel internacional.

También el comercio con las características que se han descrito se da en los menores, en donde estos son objeto de la práctica de prostitución. Esa práctica de la prostitución por supuesto que no se le puede llamar trabajo, ya que esta es la ejecución desordenada y repetida con fines de lucro, de un acto fisiológico. Por lo tanto es una explotación y no un trabajo.

La explotación del trabajo de los menores también se incluye

en esta parte que se esta desarrollando, y es en esa manera que en nuestro medio, dichas prácticas se realizan por personas inescrupulosas que se dedican al comercio de niños mediante el alquiler de estos. La forma en que actuan es alquilando al padre y madre de los menores o al que los tenga bajo su poder, mediante cierta cantidad de dinero que les pagan diariamente o semanalmente y luego los mandan a pedir limosnas a distintos sectores de la ciudad, la cual se las quitan en momentos determinados. Es muy frecuente también observar niños pidiendo limosnas en los medios de transporte colectivo, ya sea a cambio de una canción o simplemente pidiendo determinada cantidad, lo duro del caso es como ya se dijo, que el dinero recogido lo obtiene el adulto que tiene bajo su poder a esta clase de pequeños individuos.

El art. 493 del Código Penal tipifica este delito de la forma siguiente: "El que por si o como miembro de una organización internacional se dedicare al comercio de mujeres, con fines deshonestos, o al comercio de niños, con cualquier fin, será sancionado con prisión de cuatro a ocho años".

D.-DAÑOS A CABLES SUBMARINOS

El cable es un hilo o cordón de alambres de cobre envueltos por una o varias capas de sustancias diversas aisladoras o protectoras de aquellos.

El cable submarino eléctrico es utilizado principalmente como conductor de líneas telegráficas y telefónicas submarinas.

El delito se produce cuando existen daños, ruptura, destrucción o

deterioro de los hilos metálicos que son colocados en el fondo del mar, para prestar los servicios de telegrafía y telefónicas entre los distintos Estados.

Los Estados han tenido que tomar medidas dirigidas a sancionar aquel tipo de delitos que ya sea que se cometan en forma intencional o en forma culposa, produzcan interrupción en las comunicaciones.

Según el art. 308 del Código de Bustamante, si el delito se comete en mar abierto, es decir, en algún lugar en donde no tenga jurisdicción ningún Estado, en ese caso, tendrá competencia el Estado que aprehenda al delincuente y le aplicará sus propias leyes.

En nuestra ley penal y específicamente el Código Penal, en su art. 495, se refiere a lo planteado y dice lo siguiente: "El que dolosamente rompiere o deteriorare un cable submarino para interrumpir o estorbar, en todo o en parte la comunicación telegráfica internacional será sancionado con prisión de uno a tres años. Si la ruptura o deterioro se debiera a culpa, la sanción será de seis meses a un año de prisión"

Los cables submarinos se consideran como otra manifestación del derecho de propiedad soberano de los Estados. En el caso en que los cables tienen que ser instalados en aguas territoriales extranjeras, se tiene que solicitar la debida autorización del Estado a que corresponde dichas aguas y se le solicita deberes de protección y defensa del cable que se instala en su suelo.

Sin embargo a lo expuesto anteriormente, en nuestro país las comunicaciones no se realizan através de cables submarinos si no que estos se dan por otros medios como decir: micro-ondas, Via satélite, etc. que se considera que son perfeccionamientos en las comunicaciones internacionales.

Se considera que es por lo antes expuesto que este tipo de delitos, nuestro código penal le impone una sanción infima, si se toma en cuenta los daños que acarrearía a los Estados el que se llegara a consumir una acción delictiva de esa índole.

E.- TRAFICO DE ESTUPEFACIENTES

Este se considera uno de los delitos que actualmente tiene gran importancia su estudio ya que tienen proyección internacional; es una infracción contra la salud física o mental e incluso contra la higiene, y representa uno de los mayores peligros para la humanidad, porque los instrumentos del delito, los cuales son las drogas o narcóticos que se utilizan para cometerlos, son al mismo tiempo que enervantes y perjudiciales a la integridad psico-somática del individuo, son sustancias de gran valor en la farmacopea internacional, ya que, al ser controlados y ser aplicados en forma científica, son de gran importancia para la salud del hombre. Es decir que este tipo de narcóticos o drogas, son muy importantes para poder controlar excesivos sufrimientos en la persona humana producto del desarrollo de las enfermedades tan terribles que han surgido através del tiempo, como ejemplo se

puede mencionar, el cáncer y actualmente el SIDA, que es otra enfermedad que hasta el momento la ciencia médica no ha podido encontrar una solución a efecto de curar al paciente afectado con dicho síndrome, sin embargo como una solución inicial ha encontrado la utilización de cierto tipo de drogas para poder aminorar los efectos.

Como se observa, el problema está en saber controlar el uso de los distintos tipos de estupefacientes, porque mientras estos sean usados y consumidos para fines científicos en provecho de la salud del hombre, pues, no hay ningún problema, sino que el problema surge cuando los estupefacientes son usados y consumidos con fines perjudiciales para la salud del hombre.

En atención a lo anterior, es que todos los países del mundo civilizado, además de reprimir en su legislación penal interna una serie de hechos relacionados con dichas sustancias alcaloides, se preocupan por suscribir acuerdos internacionales para controlar su fabricación y distribución.

Con ese objeto se firmaron las Convenciones Internacionales Sobre el Opio, en la Haya el 23 de enero de 1912, la que se completó el 13 de julio de 1931, denominada "Convención para limitar la Fabricación y Reglamentar la Distribución de los Estupefacientes", a la cual se adhirió El Salvador el 10 de marzo de 1933, fecha en que también fue de la Ratificación".

En el documento señalado anteriormente, se expresan las sustancias más importantes que define y cuya fabricación, importación y

exportación regula.

- a) La Morfina, sus sales, inclusive preparaciones hechas directamente del Opio en bruto o medicinal.
- b) Heroína (Diacetilmorfina) y los otros derivados (éteres, sales) de la morfina y sus sales;
- c) La Cocaína y sus sales, inclusive las preparaciones hechas directamente de la hoja de la coca;
- d) La Dihidrooxicodeinona (de donde procede el Enconal, nombre declarado y del que es una sal); la Dihidrocodeinona, la Dihidromorfinona, etc.
- e) La Ecgonina, La tabeína y sus sales, los éteres óxidos de la Morfina y sus sales, con excepción de la Metilmorfina (Codeína), Etilmorfina y sus sales.

Definitivamente es de comprender que las sustancias antes mencionadas no son los únicos alcaloides que representan peligros para la humanidad, puesto que hay otros no menos importantes como la Nicotina, Estrictina, Atropina, etc. que también se incluyen en listado de estupefacientes sometidos a fiscalización internacional.

En nuestra legislación salvadoreña y específicamente dentro de los delitos contra la salud en el Código Penal, se encuentran disposiciones legales que hacen referencia a una serie de hechos en cuanto a la elaboración, introducción al país, cultivo, tráfico, exportación, importación así como a la simple tenencia de las llamadas drogas enervantes o preparados que los contengan. El

art. 305 Fn. da un concepto legal de lo que son drogas enervantes, estupefacientes o alucinogenas, que en sintesis dice: "Con exclusion de las bebidas alcoholicas, las que afecten las facultades intelectuales o psicicas o produzcan un estado anormal excitación o percepciones en el sujeto que las usa".

Por otra parte el Reglamento de Estupefacientes, regula lo que es el comercio, la importación, transporte, siembra, cultivo, cosecha, etc., de los estupefacientes. El reglamento señalado en su art. 1 dice: "Para los fines de este reglamento se consideran sustancias estupefacientes las señaladas por el Comité Central Permanente del Opio, en Ginebra Suiza y quedarán incorporadas a este articulo las drogas que este comite señale posteriormente".

El art. 47 del mismo reglamento de estupefacientes señala la prohibición de toda actividad con las sustancia siguientes:

- a) Opio preparado para fumar;
- b) Diacetilmorfina (Heroína), sus sales o preparados;
- c) Cannabis Indica (Marihuana) en cualquiera de sus formas, derivados o preparaciones; y
- d) La Cetobemidona.

Nuestro legislador, tomando en cuenta las consecuencia perjudiciales para la sociedad del mal uso de los estupefacientes, ha tratado de regular, todo lo concerniente al tráfico de ese tipo de sustancias. Es indudable que nuestro sistema judicial, adolece de serias deficiencias para castigar a los individuos que se

dedican a ese tipo de actividades, como ejemplo de dicha deficiencia, se puede mencionar que en algunas oportunidades han sido detenidos individuos involucrados con el negocio de trafico de dichas sustancias, quienes inexplicablemente han logrado salir a los pocos dias de los diferentes centros penitenciarios en donde habian sido llevados para su investigaci3n, en muchos de los casos han logrado escaparse utilizando distintos m3todos de fuga, logrando con ello dejar burlada la justicia salvadoreña.

Es de hacer notar tambi3n que las organizaciones de narcotraficantes, buscan como puntos de operaci3n, es decir, zonas en donde desarrollan sus actividades, aquellos paises que se encuentran en una situaci3n de inestabilidad social, ya que de esa forma se les facilita mas su accionar y no se exponen en cierto modo a que sean controlados minuciosamente, puesto que las autoridades se ocupan en el mayor de los casos a combatir sus adversarios politicos y especialmente a aquellos que se han alzado en armas contra el Estado.

La situaci3n señaalada est3 acorde con la realidad salvadoreña, ya que nuestro pais se encuentra en conflicto interno desde hace muchos años, por lo que invierte un alto porcentaje del presupuesto general, en favor de la guerra, descuidando de esa manera otras instituciones del Estado, otorg3ndoles un presupuesto bien limitado, raz3n por la cual estas no pueden cumplir con la funci3n que les corresponde, tal es el caso de las instituciones que est3n incluidas dentro del Organo Jurisdiccional. Lo cual nos

viene a comprobar la hipótesis planteada en el numeral uno del anteproyecto, puesto que sólo cuando nuestra sociedad logre llegar a un clima de paz y de justicia social, sólo en ese momento el Órgano Jurisdiccional, tendrá capacidad de aplicar en una forma justa la ley, tomando en cuenta que hasta ese momento, podrá desempeñar su misión sin presión de ninguna clase, sin amenazas, con una mejor colaboración de la ciudadanía; aspectos que son fundamentales en la investigación de hechos tipificados como delitos por nuestras leyes, y de ahí aplicar con justicia la ley a aquel individuo que tuviere responsabilidad ante la sociedad y el Estado.

Sin embargo como se dijo anteriormente, nuestro legislador se ha dado cuenta del problema, y en tal sentido ha tratado de mejorar nuestra legislación, para lo cual se han hecho reformas al Código Penal, a fin de ajustar las penas al daño que se produce por el cometimiento de ese tipo de acciones delictivas, aunque como es sabido, no basta que exista un cuerpo de leyes bien fundamentado, sino que lo más importante es que ésta se cumpla a cabalidad de acuerdo a las exigencias.

Las reformas hechas al Código Penal en lo pertinente, se hicieron específicamente en el Capítulo III, en los delitos contra la salud, para el caso el art. 300 y que se refiere a la "Siembra o cultivo de Semillas o plantas que produzcan estupefacientes", fue reformado, el cual tenía una pena de tres a siete años, y con la reforma pasó de cuatro a ocho años. También el art. 304 que se

refiere a la "Facilitación dolosa de estupefacientes" reformado, la pena anterior era de uno a tres años, y con la reforma pasó de tres a cinco años, lo que demuestra que con dichas reformas han tratado de aplicar una mayor pena a los sujetos que realizan este tipo de actividades.

Ultimamente la Comisión Revisora de la Legislación Salvadoreña, presentó a la Asamblea Legislativa el proyecto de la ley "Antidrogas", teniendo conocimiento que esta fue aprobado por dicho Organo y que se encuentra en el Organo Ejecutivo para que sea sancionado de acuerdo al mismo procedimiento de creación de la ley. Esta ley antidrogas, nos confirma también que existe gran interés por reprimir y castigar dichas acciones que atentan en contra de la sociedad en general.

5.2.- CUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS EXTRANJERAS

En los distintos casos en que una nación pretende el ejercicio de su potestad punitiva sobre un hecho cometido en el extranjero y de la pena sufrida. Esta cuestión que en la vieja jurisprudencia francesa tuvo, contra el criterio de HELIE, una solución negativa, rechazándose la aplicación del principio *non bis idem*, fuera de los límites nacionales, importaba un desconocimiento de la soberanía de los demás Estados. Su injusticia es evidente y como tal impugnada.

En lo que respecta a nuestra realidad y en base a nuestra constitución toda sentencia extranjera pare que surta sus efectos

se aplicará a todas las personas sujetas a la jurisdicción salvadoreña que en el momento del hecho tuviere mas de 16 años.

Quienes no hubieren cumplido la edad expresada, quedarán sujetos a la aplicación de las leyes sobre menores".

De tal manera que la edad también es importante determinarla para efectos de aplicabilidad de la ley penal en este tipo de casos.

PARTE DOS

APLICACION DE LA LEY PENAL EN EL

ESPACIO

CAPITULO IV

4.1.-PRINCIPIOS DE LA TERRITORIALIDAD Y EXTRATERRITORIALIDAD

Se entiende por AMBITO ESPACIAL de la ley penal la extensión territorial de su aplicación, o sea, la validez o ejecutoriedad que esta tenga, ya sea en la tierra, en el mar o en el aire.

El tratadista chileno Luis Cousiño Mac Iver dice en relación a la aplicación de la ley penal en el espacio: "al respecto, gobiernan dos principios antagónicos, igualmente válidos, el de la territorialidad y el de la extraterritorialidad de la ley penal; sin embargo el primero como hipótesis dominante, rige en el carácter de regla general, mientras que el segundo, se comporta en calidad de excepción". (34)

En relación a lo último expuesto, no se está de acuerdo con el tratadista citado, puesto que para nuestra legislación penal y específicamente para el Código Penal cada uno de los principios tiene su propia autonomía y de ahí que uno de ellos no se puede considerar como excepción del otro.

En términos generales conforme al principio de la territorialidad, las leyes penales tienen su aplicación dentro del territorio del Estado en donde dichas leyes se promulgan, lo que viene a ser una consecuencia del poder político y de la soberanía, o sea que cada estado promulga su ordenamiento legal en base a su capacidad que tiene como ente soberano.

En atención a este principio, la obligatoriedad en cumplirlo es general e indiscriminado, es decir que su cumplimiento debe ser

(34) Luis Cousiño Mac Iver. Opus Cit., pag 163

observado tanto por nacionales o extranjeros, residentes o personas que se encuentran en tránsito.

En cuanto al principio de la EXTRATERRITORIALIDAD se funda en la pretensión de cada estado de dar vigor a sus leyes penales, en casos especiales, juzgar hechos delictivos que se cometan en el extranjero.

Según Cousiño Mac Iver, "en general, son tres los postulados que determinan la aplicación de la ley penal, ellos son: 1) El principio real o de defensa, en virtud del cual la jurisdicción nacional se extiende, en defensa de ciertos derechos vitales del estado para juzgar delitos realizados fuera de sus fronteras, si los efectos han de producirse dentro del territorio; 2) El principio de la personalidad que sostiene que, para determinados efectos, la ley debe seguir a los nacionales que se hallen en el extranjero, y 3) El principio universal, que proclama la necesidad de que cada Estado juzgue y castigue a los delincuentes que se han hecho reos de delitos que lesionen bienes jurídicos comunes a todos los países, como son: los de piratería, trata de blancas, etc.." (35)

En lo particular estamos de acuerdo con la clasificación que hace el autor citado, puesto que nuestra ley penal se ajusta dentro del principio de la extraterritorialidad a los tres postulados señalados, por lo cual está en concordancia con nuestro ordenamiento legal, de esa manera serán desarrollados en forma separada cada uno de dichos principios.

(35) Cousiño Mac Iver. Opus Cit., pag 167,168

arrodian... de

territorialidad... erirse en prim...
de por... IO, en t... se

CONTINUACION:

TERRITORIO... es necesario
integrar el concepto... territorios... los distintos
conceptos... mencionarán y desarrollarán enseguida:

STADT... ende com...

tierra, subsuelo, mar o aire
sometido a... soberanía del Estado. Se puede dividir en:

territorio... espacio-ter

El territorio geográfico es aquel que está compuesto
por toda la tierra... interiores, bahías,
golfo, isla... den
accidentes geogr...
tación, las cuales...
los países vecinos." (3.)

El mar Jurisd...
de un país...
existido...
entenderlo ha.

dado el avance... lugar
a problemas difíciles de resolver, para el caso los países
europeos se...

c) El Espacio Aereo, ha adquirido especial importancia para el derecho unicamente en el siglo actual, por motivo de la aviacion y su utilizacion durante la primera y segunda guerra mundial. En los primeros tiempos se le definio como la columna de aire que se encuentra sobre la tierra y el mar jurisdiccional, aunque no se pudo determinar cual seria la altura especifica, lo cual es de importancia para la seguridad de los paises.

Esta inclusion del espacio aereo dentro del territorio real o del Estado, fue resuelto en la Convención internacional que se celebró en Paris en el mes de Octubre de 1919, y el cual se concretó en un protocolo, de fecha 12 del mismo mes. (37)

En el Protocolo citado anteriormente, se reconoce que todas las potencias tienen la Soberania Plena y exclusiva sobre sus aguas territoriales, lo que no implica la facultad de excluir los aeromóviles extranjeros. Tambien se reconoce el derecho de cada estado de imponer su propia jurisdiccion en el aire existente sobre su territorio así como en sus aguas territoriales.

2) TERRITORIO FICTO: Se le conoce a aquel territorio situado fuera del territorio real, pero sobre el cual tambien se ejerce soberania por un determinado estado, en virtud a principios de derecho internacional, como se puede apreciar a continuacion. Al territorio ficto se pueden clasificar de la siguiente manera:

a) el territorio flotante, b) el territorio aeronautico, y c) las sedes diplomáticas.

Como se puede apreciar cada una de las señaladas tiene

(37) Cousiño Mac Iver, Opus Cit., pag 162, 170

especial importancia, por ello, se hablara un poco de cada una de ellas.

a) territorio flotante es aquel que esta compuesto por toda clase de embarcaciones capaces de mantenerse a flote o surcar por las aguas, sea que se encuentren inmóviles o que se desplacen, o bien que sean impulsados por fuerzas naturales como el viento y las corrientes.

En el pasado no muy lejano se clasificaban las naves, en naves de guerra y naves mercantes, ello para determinar su condición jurídica. En la actualidad, se habla mas de naves publicas, que además de los buques de guerra, se incluyen los hospitales, los barcos del Estado, en misión científica, cultural y diplomática, en las naves privadas, se encuentran además de los buques mercantes, los navios exploradores o en misiones científicas particulares y a los Yates de recreo.

Se sostiene que mientras la embarcación se encuentre dentro de las aguas Jurisdiccionales del país de su bandera no hay problema de ninguna índole, puesto que las aguas Jurisdiccionales forman parte del territorio real.

b) territorio aeronáutico está formado por todo género de aeronaves que se mantienen inmóviles o se desplazan por el aire, ya sea que utilicen fuerzas mecánicas o naturales. También el derecho internacional clasifica las aeronaves en públicas y privadas y las somete a las mismas normas que las embarcaciones. (38)

(38) Cousiño Mac Iver. Opos Cit., pag 171

Los artículos 300 y 301 del Código de Bustamante que se transcriben en la parte correspondiente al principio de territorialidad tratan conjuntamente de los delitos que se cometen en naves y aeronaves, dando para ellos similar solución.

c) Las sedes diplomáticas o las propiedades de los Jefes de Estado extranjeros, ya no se consideran como territorios substraídos a la jurisdicción nacional.

Se sostiene actualmente según expresa Luis Cousiño Mac Iver, que por razones de cortesía internacional y de la inviolabilidad personal de los diplomáticos, los gobiernos se abstienen de realizar actos que puedan afectar a dicha inviolabilidad. En tal sentido se considera que en cuanto a la justicia nacional el conocimiento o investigación de un hecho delictivo cometido dentro de la sede Diplomática, se puede dar sin ningún problema, tomando en cuenta que es territorio nacional, claro está, sin perjuicio del respeto de la inviolabilidad, a los casos en que un funcionario extranjero aparezca como responsable.

No obstante lo que se ha dicho anteriormente, de acuerdo a la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, parece abrir una interrogante acerca de la inviolabilidad de las sedes diplomáticas, aunque con esta materia en estos tiempos se trata del territorio nacional del Estado receptor. Como se dijo el Art. 22 dice: "Los locales de la misión son inviolables. Los agentes del estado receptor no podrán penetrar en ellas sin consentimiento del Jefe de la misión. De lo anterior se puede

interpretar, que los jueces nacionales si tienen competencia para conocer de algun delito cometido dentro de la Sede Diplomatica, lo que pasa es que no podrian entrar asi por asi, atendiendo a la razon de inviolabilidad.

Además, el articulo 31 de la Convencion de Viena sobre Relaciones Consulares, es aún mas explicito, pues dice lo siguiente: "los locales Consulares gozarán de la inviolabilidad que les concede este articulo", y agrega: "Las autoridades del Estado receptor no podrán penetrar en la parte de los locales consulares que se utilice exclusivamente para el trabajo de la Oficina Consular, salvo con el consentimiento del Jefe de dicha Oficina, o de una persona que el designe, o del Jefe de la Misión Diplomatica del Estado que envia. Sin embargo, el consentimiento del Jefe de la Oficina Consular se presumirá en caso de incendio y otra calamidad que requiera la adopción inmediata de medidas de proteccion" (39)

En cuanto a la delimitación del territorio según nuestro ordenamiento legal, el articulo 54 de la Constitución se refiere a ello y dice lo siguiente:

Art. 54.- El territorio de la República sobre el cual El Salvador ejerce jurisdicción es susceptible de ser ampliable y además de la parte continental, comprende de

El territorio insular integrado por las islas, islotes y cayos que enumera la Sentencia de la Corte de Justicia Centroamericana, pronunciada el 2 de marzo de 1917 y que además se

(39) Cousins Mac Iver, Opus Cit., pag. 177

corresponder, conforme a otras fuentes del Derecho Internacional.

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

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

Los límites del territorio nacional son los siguientes:

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

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

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

Como se puede apreciar, el territorio en el cual El Salvador ejerce jurisdicción, aún no está delimitado totalmente, y ello es producto de la existencia de un juicio pendiente en donde El Salvador y la República de Honduras se han sometido a la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia con sede en La Haya, Holanda, para que dirima el conflicto y dicte sentencia de acuerdo con las pruebas que las partes aportarán.

De acuerdo a la información aportada por personeros de la Cancillería salvadoreña como hondureña, el proceso se encuentra ya en su fase final, es decir, que cada una de las partes tiene que presentar las argumentaciones necesarias para que la Corte falle y será hasta entonces que se determinará la delimitación total del territorio salvadoreño y por ende en la que ejercerá soberanía.

Se considera que, de acuerdo a lo desarrollado en relación al territorio la doctrina de suficientes elementos importantes para comprender cuales son los alcances del concepto de territorio, sin embargo, el autor citado lo enmarca propiamente dentro de la realidad chilena, lo cual para nuestro medio no encaja en cierto modo, tomando en cuenta la diferente ubicación geográfica en que se encuentra nuestro país. De ahí que el art. 84 cn. es el que da los alcances en donde el Salvador tiene jurisdicción, por supuesto que con las limitaciones dadas por el momento.

En relación a la distancia mar adentro en donde El Salvador ejerce jurisdicción se considera importante mencionar lo expuesto en tal sentido por el Código Civil en el art. 374.

Art. 574 c. "El mar adyacente, hasta la distancia de una legua marina medida desde la línea de más baja marea, es mar territorial y de dominio nacional, pero el derecho de policía, para objetos concernientes a la seguridad del país y a la observancia de las leyes fiscales, se extiende hasta la distancia de cuatro leguas marinas medidas de la misma manera".

Inicialmente se observa que hay contradicción entre ambas disposiciones citadas, sin embargo, es la disposición de la constitución la que predomina en este caso, es decir, que es hasta una distancia de 200 millas marinas contadas desde la línea de más baja marea en donde El Salvador ejerce jurisdicción, y no como lo expresa el Código Civil.

4.1.1.- PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD

La jurisdicción penal atingente al principio del territorio está simbolizada en Francia por la "Patria opedia", la legislación revolucionaria y la época de Napoleón. Su predominio significa una reacción contra el sistema imperante de la personalidad.

En razón del sistema territorial la ley penal se aplica a todos los delitos y faltas cometidas dentro del territorio del Estado, prescindiendo de la nacionalidad del autor, así como del titular del bien atacado, en tal sentido la ley del país rige para todos los que en él se encuentren.

Es de mucha importancia para la aplicación de este principio: el lugar de la comisión del hecho que define su alcance.

aplicación de la ley penal, y el concepto jurídico de territorio, que determina el ámbito de validez de la misma. (40)

Se sostiene que la justificación del postulado es que: el Estado no tiene interés en reprimir hechos perpetrados fuera de su territorio, pues habiendo simultáneamente otros que hacen lo mismo, las fronteras de la punición penal están fácilmente delimitadas.

i).- FUNDAMENTOS DEL PRINCIPIO DE LA TERRITORIALIDAD

En relación a los fundamentos del principio se sostiene, que la soberanía estatal por una parte y el carácter público de las leyes penales por otra, son los principios determinantes de la potestad punitiva del Estado que ejerza indiscriminadamente sobre todas las personas que se encuentren en su territorio. Así también, se sostiene que completan el principio, la igualdad e independencia de los Estados, que en forma recíproca se han reconocido internacionalmente tales atributos.

En cuanto al carácter público de las leyes, ha sido puesta en duda en cierto modo, tomando en consideración las federaciones y presencia de ejércitos auxiliares en otros territorios. Con el título de avuato, que se ha mencionado, se sostiene que esta argumentación en favor de la territorialidad, no es suficiente para imponer las legislaciones de cada Estado. (41)

Suponiendo que todos los Estados tuvieran la seguridad que en los otros países se prohíben e investigan, persiguiendo los delitos

(40) Luis Jiménez de Asua. Citado por Jaime Alberto Bolorzano, *Op. Cit.*, pag 130

(41) Obra citada por Jaime Alberto Bolorzano, *op. cit.*, pag 130

que sean cometidos, cualquiera que fueren los bienes lesionados, ya sean nacionales o extranjeros, en ese sentido, bastaría el Principio de la territorialidad para determinar la aplicación de la ley penal en el espacio, ya que con ello existiría la seguridad de que el delito no quedará impune, sin embargo, como lo expuesto no es posible por los distintos tipos de culturas de los pueblos, expresadas en las distintas legislaciones, es que se hace necesario complementario con los otros principios mencionados anteriormente, los cuales serán desarrollados adelante.

En el Código Penal en su Art. 6 se encuentra desarrollado el Principio de Territorialidad, el cual dice lo siguiente: "La ley penal salvadoreña se aplicará a los hechos punibles cometidos en el territorio del Estado y demás lugares sometidos a su jurisdicción.

Se aplicará asimismo a los delitos cometidos a bordo de naves o aeronaves salvadoreñas, mercantes o privadas, que se encontraren en país extranjero cuando en este no sean juzgados.

Respecto al contenido de la disposición señalada, es bueno hacer notar, que la ley penal salvadoreña se va aplicar en primer lugar a aquellos delitos que sean cometidos dentro del territorio real propiamente dicho. En relación a lo que en territorio ya fue desarrollado ese punto anteriormente, es donde el Art. 6 de nuestra Constitución señala el concepto a bords conceptos.

Cuando el Art. 6 Pn. se refiere "demás lugares sometidos a su jurisdicción", debemos entender como tales a "las naves o

aeronaves de guerra, los locales de las embajadas o los Consulados salvadoreños y aquella jurisdicción que puede ejercerse en los "Condominios" como es el caso del Golfo de Fonseca.(42) Considerado territorio ficticio, según la clasificación al principio señalada .

En relación con el Condominio en el Golfo de Fonseca, se considera que será importante conocer la sentencia que dicte la Corte Internacional de Justicia en el juicio que ese máximo tribunal conoce, tomando en cuenta que algunas Islas e Islotes que están dentro del referido golfo, son reclamadas por algunos países como parte de su territorio.

Es importante mencionar también, que de acuerdo al art. 16 Pn., la ley penal salvadoreña se aplicará a aquellas personas que al momento de la comisión de un hecho punible tuvieren más de 16 años, de no ser así se les aplicará otro tipo de leyes, para el caso las leyes especiales sobre menores.

El Código de Bustamante también regula dicha situación en los siguientes artículos: Art. 300: "La misma exención se aplica a los delitos cometidos en aguas territoriales o en el aire nacional, a bordo de naves o aeronaves extranjeras de guerra".

Art. 301: "Lo propio sucede con los delitos cometidos en aguas territoriales o aire nacional en naves o aeronaves mercantes extranjeras, si no tienen relación alguna con el país y sus habitantes ni perturban su tranquilidad.

Lo que señalan las disposiciones, es la facultad que tiene el

(42) Manuel Arrieta Gallegos, Comentario a la parte general del Nuevo Código Penal, pag 39

Estado para conocer de todo aquel tipo de delitos que ocurren dentro del territorio salvadoreño, y en el caso de los que ocurren en el extranjero, siempre y cuando se den en lugares sometidos a su jurisdicción.

4.1.2.- PRINCIPIO DE LA EXTRATERRITORIALIDAD DE LA LEY

Como ya se dijo antes, la extraterritorialidad está determinada por tres principios, con los que se determina el alcance que este tiene en la aplicación de la ley a los delitos cometidos fuera de nuestro territorio, no así a las faltas, ya que el art. 496 numeral primero del Código Penal dice: "La ley penal del Estado sólo se aplicará a las faltas cometidas en territorio nacional", lo que nos indica entonces, que nuestros tribunales no tienen competencia para conocer de faltas producidas en el extranjero.

Los principios a que se hace referencia antes, serán desarrollados en forma separada a continuación.

1).- PRINCIPIO REAL O DE DEFENSA

"Este sistema se manifiesta en sus orígenes como una reacción penal del Estado contra los hechos que ponen en peligro su seguridad interior, aún cuando el hecho se haya cometido más allá de sus fronteras, y aun perpetrado por extranjeros." (43)

Es importante señalar en este sentido, que a pesar que el hecho sea cometido fuera de sus fronteras, en muchos de los casos,

(43) Jaime Alberto Solórzano, Aplicación de la ley penal en el Espacio, pág 98

estos tienen incidencia dentro del territorio y es ahí donde compromete el interés de un país. En tal sentido el principio real o de defensa otorga extraterritorialidad a su ley penal, para ello da jurisdicción a los tribunales nacionales y así extender el ámbito de su validez, puesto que en otra circunstancia no la tendrían.

En relación a este principio, el distinguido penalista chileno E. Florian dice que: "La ley penal del Estado debe aplicarse para todos los delitos cometidos en cualquier lugar y por cualquier persona, cuando resguardan bienes o intereses jurídicos de ese Estado o de los ciudadanos del mismo. El estado tiene el derecho y el deber de defender con la ley penal todos los bienes jurídicos internos.

El criterio que inspira este sistema, en cuanto determina la aplicación de la ley penal de un Estado, es la NACIONALIDAD DEL BIEN JURIDICO O DEL INTERES LESIONADO CON EL DELITO cometido en el extranjero: es la defensa de sus intereses" (44)

El tratadista J. Baumann se expresa en términos parecidos al anterior, quien dice que se habla de principio real, cuando el sometimiento al derecho penal, no es determinado por la lesión de importantes bienes jurídicos del Estado, sea que la acción se realice en el interior o exterior, lo que importa que sea la nacionalidad del hecho, por lo que, un sub-caso de este principio es el llamado Personal Pasivo, que recibe aplicación cuando se somete al derecho penal interno, la acción ejecutiva en contra de

(44) E. Florian, citado por Eduardo Mac Iver, pag 173

su propio nacional". (45)

A pesar de lo generico que resulta el principio tratado, lo cierto es que la mayoría de legislaciones solamente le dan vigor para ciertos casos, de marcada gravedad, pues es de suponer que de aplicarlos en forma genérica, lo mas seguro es que se atente contra derechos de convivencia internacional, lo cual no sería muy atinado.

En nuestra legislación se encuentra el principio expuesto, en el art. 7 del Código Penal, el cual prescribe lo siguiente:

Art. 7: "Se aplicará la ley salvadoreña:

1o. A los delitos cometidos en el extranjero que atentaren contra la existencia y organización del Estado o contra la personalidad interna e internacional del mismo; y a los cometidos contra la paz pública, la economía nacional y la salud pública.

2o. A los delitos de corrupción de funcionarios públicos cometidos en el extranjero por personas que estén al servicio del Estado salvadoreño;

3o. A los delitos cometidos en el extranjero que atentaren contra

Como se observa, el artículo 7 del Código Penal salvadoreño, protege aquellas acciones de los extranjeros que se cometen en el extranjero y que atentan contra

como contra sus ciudadanos, lo cual garantiza la seguridad de éstos en cualquier lugar donde se encuentren.

Sin embargo de la protección que se les pudiera dar, como se

(45) Luis Cousiño Mac Iver, *Opus Cit.*, pag 179

manifiesta anteriormente, puede darse el caso, de que un nacional o un extranjero, estando al servicio del Estado salvadoreño, incurra en cualquiera de los delitos a los que se refiere la disposición citada, en ese caso, estarían afectando en forma directa a la nación salvadoreña, ya sea su existencia o en la organización misma del Estado, o también corrompiendo a otros que representan a la nación. Es importante dejar claro, que la disposición se refiere específicamente a los funcionarios públicos que están al servicio del Estado salvadoreño. Para que quede mejor explicado lo que es un funcionario público de acuerdo a nuestra ley, se transcribiera el art. 459 numeral primero del Código Penal, que dice: "Para los efectos penales, se consideran:

10.) Funcionarios públicos todas las personas que presten servicios, retribuidos o gratuitos, permanentes o transitorios, civil o militar en la administración pública del Estado, del municipio o de cualquier institución oficial autónoma o semi-autónoma, que se hallen investidos de la potestad legal de considerar y decidir todo lo relativo a la organización y realización de los servicios públicos.

Por otra parte, el art. 2 número 3 tiene relación con el art. 10, ambos del Código Penal. En dichas disposiciones se puede decir, que el Estado lo que más quiere proteger es el conjunto de bienes jurídicos de sus nacionales, ya sea que estos residan en el país o se encuentren fuera de él. Entonces, si en el extranjero se alienta contra un salvadoreño, y el dicho Estado no

pone interes, en castigar el delito cometido porque es nacional de otro pais, o por cualquier otro motivo, en ese caso El Salvador se reserva el Derecho de sancionarlo, si por otra parte en el pais extranjero ya se inicio proceso penal correspondiente, en ese caso nuestro pais se abstendrá de conocer y respetará el Poder Soberano y jurisdiccional de esa otra nación.

De igual manera se pueden tener en cuenta los articulos 305 y 306 del Código de Bustamante que dicen: Art. 305: "Están sujetos en el extranjero a las leyes penales de cada Estado contratante, los que cometieren un delito contra la seguridad interna o externa del mismo o contra su crédito público, sea cual fuere la nacionalidad o el domicilio del delincuente".

Art. 306: "Todo el nacional de un Estado contratante o todo extranjero domiciliado en el, que cometa en el extranjero un delito contra la independencia de ese Estado, queda sujeto a sus leyes penales".

ii).- PRINCIPIO DE LA PERSONALIDAD

"Algunos tratadistas le llaman también al principio de la personalidad, como de la nacionalidad. Se considera como un resabio de tiempos preteritos, en que cada Estado, pretendia, en base al Ius Sanguini, que las leyes de un pais debian seguir a sus súbditos dondequiera que ellos se trasladare, al igual que la sombra acompaña a su cuerpo (leyes ossibus inhaerent)". (46)

De acuerdo a la función del papel que desempeñe el nacional

(46) Luis Cousiño Mac Iver, Opus Cit., pág 180

en territorio extranjero, es decir, si es partícipe de un hecho delictivo o al contrario si participa como víctima de lo mismo, en ese sentido, en el primer caso se hablará del PRINCIPIO DE LA PERSONALIDAD ACTIVA; y en el segundo, estaremos hablando del PRINCIPIO DE LA PERSONALIDAD PASIVA. Se hablará de cada uno en forma separada, ya que son distintos conceptos.

a) Principio de la personalidad activa:

En la aplicación estricta de este principio, no se ve la nacionalidad a la que pueda pertenecer el autor o la víctima de un determinado hecho. Por esta razón, la tesis de la personalidad, cuya consecuencia práctica es exclusión de la ley local, lleva consigo una desconfianza o duda en la justicia del país extranjero y, su afirmación provoca casi siempre fundadas susceptibilidades.

Se considera que si bien existen razones suficientes como para rechazar este principio, como tesis dominante, no puede negarse la necesidad y utilidad de que se tenga como tesis supletoria y excepcional.

b) Principio de la personalidad pasiva:

Este principio es conocido también como de la protección individual, consiste fundamentalmente, en el derecho que se arrogan los Estados para juzgar a los extranjeros que han cometido en el exterior un delito en contra de algún súbdito suyo.

Se sostiene que existe dificultad en querer fundamentar el principio de la personalidad pasiva, en la doctrina real de la protección de los bienes jurídicos nacionales, ello ha traído como

resultado que este principio adquiriera una autonomía propia, en que el rasgo más importante, de orden procesal, es dar jurisdicción a los tribunales de un país para que conozcan de hechos ocurridos en el extranjero, de los cuales es víctima un connacional.

Es de comprender que no basta para justificar la pretensión de orden procesal, ya que ello también lleva involucrado, además del problema de la competencia, el relativo a la ley extranjera que ha atentado en contra el súbdito, sino la ley de este último.

En relación con este principio, se han pronunciado en su contra, por sostener que la competencia penal basada en la nacionalidad de la víctima no tiene justificación ante el Derecho Penal internacional. En efecto la aplicación del principio de la personalidad en términos generales implica un problema, en el fondo, es darle jurisdicción a los tribunales nacionales para conocer de hechos penales cometidos en el extranjero, en que se encuentra envuelto un súbdito del Estado. La negación total del principio supondría, por vía de ejemplo, que un ciudadano francés que comete un delito en Italia y se refugia en su patria, no podría ser castigado salvo que regresara voluntariamente al lugar del hecho, pues los tribunales de Francia carecerían de competencia para juzgarlo y, conforme a una teoría muy en boga, tampoco procedería la extradición por tratarse de un nacional. Es decir, la posición negativista absoluta equivale en numerosas teorías a la impunidad. (47)

En nuestro país se encuentra regulado este principio personal

(47) Luis Cousiño Mac Iver. Opus Cit., págs 184,185

o de nacionalidad en el Art. 8 del Código Penal, el cual dice:

Art. 8 Pn.: "También se aplicará la ley salvadoreña:

1o.) A los delitos cometidos por salvadoreños en el extranjero cuando solicitada su extradición por otro Estado para juzgarlos, se hubiere denegado por razón de nacionalidad;

2o.) A los delitos cometidos en el extranjero por persona al servicio del Estado, cuando no hubiere sido procesada en el lugar de la comisión por razón de los privilegios inherentes a su cargo".

La disposición citada contiene dos situaciones bien importantes, una de ellas es cuando un Estado extranjero solicita extraditar a un nacional, para que sea juzgado por el hecho cometido en el exterior, y que esa solicitud sea denegada por razón de la nacionalidad; pudiera ser que se niegue extraditarlo— considerando que no existe acuerdo de extradición entre ellos, o porque considera de justicia que sea juzgado en su propio país.

Para ampliar lo relacionado a lo que es la Extradición, se enfocará a continuación:

a).-EXTRADICION

Llámase extradición el acto por el cual un Estado entrega un individuo a otro Estado que lo reclama, con el objeto de someterlo a un juicio penal o a la ejecución de una pena. (48)

Frank Von Litz, dice que la extradición es -objetivamente- una forma de cooperación penal internacional, una inteligencia de

(48) Sebastián Soler, Opus Cit., pág 192

los Estados en lucha contra el delito. Es también la muestra de un orden jurídico universal, promesa de una futura justicia mundial, como los tribunales internacionales de presas o de límites.

Von Litz, agrega que la extradición aparece antes que en la práctica política internacional, en la teoría científica de los internacionalistas. Grocio, Cocejo, Budero, sostienen que el Estado se hace cómplice del criminal, negándole.

Por otra parte según Garraud citado por Cousiño Mac Iver, la extradición está fundada, en el interés recíproco de las naciones, el cual modernamente se traduce en la doble utilidad de que un criminal no se sustraiga a la condigna sanción y de que no atente en contra de la nación en la cual a buscado refugio. (49)

Por otra parte, la extradición se llama activa, en relación al Estado que demanda o solicita al delincuente y pasiva para el que lo tiene y lo entrega, diferencia que corresponde a distintos procedimientos establecidos ya sea para pedir la extradición, ya para conceder lo que otro Estado pide.

La extradición supone una relación internacional, la cual supone generalmente un tratado por el cual dos naciones se comprometen a hacerse recíproca entrega de los delincuentes refugiados en una de ellas, después de un delito que se comete en la otra.

Dichos tratados son expresión creciente de un criterio de solidaridad internacional en la lucha contra la delincuencia. Pero ese principio de solidaridad ha cobrado tal importancia, que

(49) Luis Cousiño Mac Iver. *Doctr. Crim.*, pág 201

determina por si mismo la entrega del delincuente aun sin la existencia de un tratado formal de estradicion, ya sea en virtud de la costumbre internacional a la que algunos Estados se atienen, ya sea en virtud de una ley interna, que haga posible la extradicion, sin tratado, mediante el simple ofrecimiento diplomático de la reciprocidad. (50)

La legislacion salvadoreña, contempla tambien la extradicion para ciertos casos determinados y en ese sentido se refiere el Art. 28 inc. segundo de la Constitucion que dice: "La extradicion no podra estipularse respecto de nacionales en ningun caso, ni respecto de extranjeros por delitos politicos, aunque por consecuencia de estos, resultaren delitos comunes".

De lo anterior se observa que ya nuestra ley, lo contempla de esa manera, es decir, que ningun salvadoreño puede ser extraditado a otro Estado para que sea juzgado en ese pais; asi como tambien nos damos cuenta que los extranjeros, tampoco pueden ser extraditados cuando un pais los solicita para juzgarlos por delitos politicos, lo que quiere decir que solo se puede acceder a extraditar a un extranjero cuando este es citado para juzcarlo por el cometimiento de un delito comun.

Por diferencia con el delito comun, el delito politico es un delito politico que se tiene en consideracion en el campo de la extradicion; se parán, a continuacion algunos conceptos en tal sentido. Para Guillermo Cabanellas, delito politico es: "El que tiende a quebrantar, por hechos diversos, el orden juridicos y

(50) Luis Cousiño Mac Iver, *Opus Int.*, pag 211

social establecidos, atentando contra la seguridad del Estado, contra los poderes y autoridades del mismo o contra las constitución o principios del régimen imperante.

El delito político pretende variar la forma de gobierno (República por monarquía o visceversa), el gobierno mismo (el legal por uno de fuerza, o uno de hechos por otro también violento) o el régimen económico de la sociedad (burgués por socialista o a la inversa), empleando en todo caso medios no admitidos por el orden legal establecido. (51)

Por su parte Manuel Osorio dice que el delito político representa una de las figuras penales de más difícil definición; ya que los autores no han llegado a un acuerdo, ni siquiera aproximativo, respecto a su contenido, pese a la gran importancia que reviste en materia de extradición.

Agrega, que en el vocabulario de Capitant se define el delito político, en sentido amplio, como toda infracción vinculada con un pensamiento o una persona política: el asesinato de un Jefe de Estado; y en sentido estricto, como toda infracción exclusivamente dirigida contra el orden jurídico internacional o interno: el complot para cambiar la forma de gobierno. (52)

Nuestro código penal se refiere a delito político en el art. 151, el que se transcribe a continuación:

Art. 151: "Para los efectos penales son delitos políticos los hechos punibles contra la personalidad internacional

(51) Guillermo Cabanellas, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo II, pag 536

(52) Manuel Osorio, Opus Cit., pag 217

o interna del Estado, excepto el vilipendio a la patria, sus símbolos y a los proceres.

También se consideran delitos políticos los comunes cometidos con fines políticos, excepto los delitos contra la vida y la integridad personal de los Jefes de Estado.

Son delitos comunes conexos con políticos los que tengan relación directa o inmediata con el delito político o sean un medio natural y frecuente de preparar, realizar o favorecer este; debiendo desde luego calificarse como conexos con los políticos en el delito de rebelión, la sustracción o distracción de caudales públicos; la exacción, la adquisición de armas y municiones, la tenencia, portación o conducción de armas de guerra, la interrupción de las líneas radiofónicas, telegráficas y telefónicas y la retención de correspondencia".

El Código de Bustamante se refiere a los delitos políticos y en tal sentido, el art. 335 dice literalmente: "Están excluidos de la extradición los delitos políticos y conexos, según la calificación del Estado requerido".

A tenor de las disposiciones citadas, los extranjeros tampoco podrán ser extraditados por delitos comunes que sean conexos con políticos, en ese sentido tiene que tipificarse la figura como estrictamente común para que un extranjero pueda ser extraditado. Como se expresó, el Código de Bustamante, contiene lo que se refiere a la extradición, en el título tercero del Artículo 344 en

adelante, de esa manera el art. 345 dice: "los Estados contratantes no están obligados a entregar a sus nacionales. La nación que se niegue a entregar a uno de los ciudadanos estará obligada a juzgarlo".

Como se observa ambas disposiciones, tanto la de nuestra ley interna como la de orden internacional, se refieren en el sentido de que un nacional no va ser extraditado por dicha nación.

El art. 347 del Código de Bustamante dice que en el caso de que se solicite la extradición de un delincuente por varios Estados, por el mismo delito, deberá ser entregado a aquel en cuyo territorio se haya cometido el delito.

Por otra parte el art. 348 dice: "Caso de solicitarse por hechos diversos tendrá preferencia el Estado contratante en cuyo territorio se haya cometido el delito más grave, según la legislación del Estado requerido".

En el caso que los hechos imputados tuvieren igual gravedad, será preferido el Estado contratante que presente primero la solicitud de extradición. De ser simultáneas decidirá el Estado requerido pero debe concederla primero en el caso de que en el momento del delito, al del que sea el delincuente, se haya solicitado los solicitantes.

Nuestra comisión se remite en el artículo como fuente de la extradición a los TRATADOS, por lo cual se hará referencia a continuación:

TRATADOS DE EXTRADICION: El Tratado se encuentra rigido por

en nuestro país, tiene que ser autorizada por la Corte Suprema de Justicia según art 182 número 4 que dice: Art. 182: "Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia: No. 4- Conceder conforme a la ley y cuando fuere necesario, el permiso para la ejecución de sentencias pronunciadas por los tribunales extranjeros". A dicha situación se le llama el "Pariatis", que viene a ser el permiso que da el tribunal superior para que el fallo extranjero surta efectos en nuestro país.

Por su parte el Código Penal en el art. 11 prescribe lo siguiente: "En los casos a que se refiere este Capítulo la sentencia absolutoria pronunciada en país extranjero surtirá efectos en el territorio nacional; y la condenatoria producirá efectos legales únicamente para la apreciación de la reincidencia y la habitualidad, si ha sido pronunciada por hechos calificados como delitos en la ley salvadoreña y dictada por autoridad judicial competente.

Para los efectos civiles del delito consignados en la sentencia, esta tendrá efectividad solamente cuando en el país extranjero hubiere reciprocidad en este aspecto".

Se observa en la disposición, en primer lugar que se trata de garantizar el principio de territorialidad, y es por ello que en nuestra ley penal, lo que se puede hacer efectiva es la sentencia absolutoria extranjera, y la condenatoria para la apreciación de la reincidencia y la habitualidad, pero tiene que ser expresada por hechos que estén expresamente tipificados como delitos en la

ley salvadoreña y que también haya sido dictada por autoridad judicial competente.

Para ampliar un poco más, se expondrá que se entiende por reincidencia y habitualidad.

De acuerdo a la Academia de la lengua define como REINCIDENCIA: "Circunstancia agravante de la responsabilidad criminal, que consiste en haber sido el reo condenado antes por el delito análogo al que se le imputa". (58)

Nuestro Código Penal dice sobre la reincidencia: Art. 56: "Cuando el que haya sido condenado por un delito doloso cometa otro hecho punible doloso sancionado con pena privativa de libertad, será considerado reincidente".

La reincidencia considerada tal como está en la disposición del código, tiene sus excepciones, las que se pueden englobar en la disposición del Código Penal a señalar enseguida:

Art. 57 "No habrá lugar a considerar reincidencia:

- 1o.) Cuando el delito anterior fuere político o puramente militar;
- 2o.) Cuando cumplida la condena se cometiere un nuevo delito después de transcurrido un lapso no menor de cinco años, siempre que hubiere observado buena conducta positiva tanto durante la condena, así como buena conducta social durante dicho lapso;
- 3o.) Cuando habiendo cumplido el término de prueba posterior a su libertad condicional, hubiere transcurrido un lapso no menor de tres años, siempre que se de el requisito de la buena conducta indicado en el ordinal anterior;

(58) Manuel Osorio. Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, pag 685

4o. Cuando durante el cumplimiento de la condena, dados los motivos determinantes del nuevo delito que apreciará prudencialmente el juez, no se le pueda reprochar al sujeto que la condena que esté cumpliendo ha sido ineficaz para su readaptación:

5o.) Cuando se tratase de una conducta impuesta fuera del ámbito de aplicación de este Código, si el hecho por el cual se le condenó no constituyere delito según la ley nacional".

Es decir que por delitos políticos o puramente militares, cometidos con anterioridad, no se dan los requisitos para valorar esta condición o situación especial en el delincuente. Igual situación se da si el delincuente ya cumplió su condena y transcurrido el tiempo de cinco años ha, observado buena conducta, y mucho mejor si durante la condena también la observó; todo en atención a lo contenido en el numeral segundo de la disposición citada anteriormente.

Otro caso es cuando al reo se le ha puesto en libertad condicional y haya transcurrido por lo menos tres años, observando buena conducta, tal como lo dice el numeral tercero del mismo artículo. De tal manera que en los casos señalados como en los dos restantes, el juez que conoce de la causa, tiene que valorar para determinar si hay reincidencia o no la hay.

Como ejemplo, se puede decir, que es el caso cuando un individuo salvadoreño que reside en Guatemala, se le procesa por homicidio en un ciudadano guatemalteco y la sentencia resulta condenatoria, al cumplir la condena es puesto en libertad y decide

regresar a vivir a El Salvador, pero resulta que al año de haber quedado libre, es acusado nuevamente por dar muerte a otra persona. Lo que da motivo suficiente para apreciar la reincidencia por parte del Juez de la causa.

El objetivo de la sentencia condenatoria (art. 11 Pn) es un antecedente penal contra del sujeto y su efecto sería incrementar la pena por el segundo delito, tal como se expresa en la siguiente disposición:

Art. 78: "Si se tratare de delincuentes reincidentes de acuerdo con el artículo 56, el tribunal al determinar la pena podrá aumentarla hasta una tercera parte del máximo legal señalado al nuevo delito".

En cuanto a la HABITUALIDAD penal, el Diccionario de Manuel Osorio dice: " En el campo del Derecho Penal, la habitualidad implica la comisión reiterada de delitos, generalmente del mismo orden. El delincuente habitual es el que incursiona reiteradamente en el campo de la delincuencia".

En cuanto el Código Penal, se refiere a la habitualidad en la siguiente disposición: Art. 111: "Será declarado delincuente habitual el que cometiere un delito doloso después de haber sido condenado por dos o más de la misma especie".

Esta disposición se refiere precisamente a la persona que comete otro delito por el cual ha sido condenado, necesitando que este otro sea doloso o de la misma especie. Puede ser el caso, que estando en la cárcel cumpliendo una condena o ya sea que se

encuentren ausente, huyendo de la justicia, incurra en nuevas acciones dolosas por las cuales debe ser juzgado. En este caso el Juez, puede imponer hasta la pena máxima, precisamente por su habitualidad en el campo de la delincuencia, tomando en cuenta que ya ha sido condenado por dos o más delitos de la misma especie o de que son dolosos.

A este tipo de sujetos se le debe de aplicar un régimen especial de privación de libertad, es decir, no solo por su rigidez, sino que, inducirlo en gran medida al trabajo, en el que se hubiere desempeñado con anterioridad. En todo caso se debe de buscar un lugar especial, para dicho delincuente en consideración a su grado de peligrosidad.

Para ello se debe tomar en cuenta lo que dice el art. 106 Penal: Art. 106: "Las medidas de internación consistirán en la aplicación de un régimen especial de privación de libertad y se cumplirán en colonias agrícolas, institutos de trabajo u otros establecimientos adecuados si los hubiere, o en departamentos destinados para tal objeto en los centros penales".

PARTE TRES

APLICACION DE LA LEY PENAL EN EL

TIEMPO

6.1.- VIGENCIA DE LA LEY PENAL

La vigencia de la ley en general y la ley penal en particular, se enmarca dentro de un periodo en el cual es de obligatoria aplicación, dicho periodo a decir de Luis Jiménez de Asúa, se extiende entre dos momentos: "1o., el instante en que empieza a obligar por su promulgación y publicación, y 2o., el en que deja de ser obligatoria por derogación". (59) Es decir, que en atención a lo visto, la ley adquiere vigencia tan solo cuando ha sido promulgada y publicada para el conocimiento del público.

Por su parte el Doctor Manuel Arrieta Gallegos, al referirse a la vigencia de la ley dice: "La ley, hemos dicho tiene vigencia, vale decir es obligatoria y aplicable, desde el momento en que transcurrido el plazo de ocho días o el ampliado que determina el Decreto Legislativo respectivo, ha sido publicado, y su vigencia continúa hasta que esta o bien es derogada o bien es abrogada". (60)

En nuestro ordenamiento legal el fundamento constitucional de la vigencia de la ley lo encontramos en el art. 140, el cual dice:

Art. 140.- Ninguna ley obliga sino en virtud de su promulgación y publicación. Para que una ley sea obligatoria deberá transcurrir, por lo menos, ocho días después de su publicación. Este plazo podrá ampliarse, pero no restringirse.

(59) Luis Jiménez de Asúa. Tratado de Derecho penal, tomo II, pag 105

(60) Manuel Arrieta Gallegos. Opus Cit., pag 112

Se observa, que según Jiménez de Asúa, la vigencia de la ley comienza con la promulgación y publicación; sin referirse al hecho de que sea necesario que trascorra algún espacio de tiempo, o si la vigencia de la ley será automática a partir de su publicación.

En cuanto a lo que dice el Dr. Arrieta Gallegos, se incluye como requisito para la vigencia de la ley, que después de la publicación transcurra por lo menos ocho días, cuyo plazo según su opinión podrá ampliarse, lo que se podrá indicar en el texto del decreto del órgano correspondiente.

Lo anterior es similar a lo que expresa el art. 140 de nuestra Constitución, en donde se observa que es mandato constitucional, que después de la publicación deben transcurrir por lo menos ocho días, agregando dicha disposición que este término podrá ampliarse pero no se podrá restringir, nos parece que un tiempo menor de ocho días sería demasiado corto para que una ley entrara en vigencia, a menos que aparte de la publicación en el Diario Oficial se monte una campaña publicitaria en distintos medios de comunicación del país, para hacerla de conocimiento público, lo cual parece que resultaría innecesario y además demasiado costoso para las arcas del Estado, por lo que los ocho días es un término razonable.

En cuanto a la ampliación del plazo para que entre en vigencia la ley, es muy interesante e importante, tomando en cuenta que esa nueva ley pueda tener una gran importancia como es el de esperar, sin embargo se considera que la ampliación de dicho

plazo debe de quedar definido, es decir, que no sea relativamente largo ya que de ser así, estaría demostrando que a lo mejor dicha ley no es tan importante, y por otra parte puede generar malestar y descontento en la población. Como ejemplo se puede mencionar, la situación creada cuando previo a las elecciones de Diputados y Alcaldes Municipales del 10 de marzo del presente año, se emitió la ley para la exigencia del carnet electoral, el cual en su texto estipulaba a partir de que fecha se exigiría la presentación de dicho carnet, dándonos cuenta que tal decreto se prorrogó en varias oportunidades, y que al final fue declarado como inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia, atendiendo solicitud en tal sentido por un ciudadano salvadoreño. Es decir, que dicha ley era una preocupación de tipo político, con lo que se pretendía coaccionar a la ciudadanía para que obtuvieran su carnet electoral.

Por otra parte, sabemos que la ley no es para la eternidad, sino que esta va evolucionando de acuerdo a los cambios que se van produciendo en el interior de la sociedad misma, y es en ese sentido que su vigencia termina cuando dicha ley es derogada o cuando es abrogada.

Que vamos a entender por ley derogada y ley abrogada, la Ley es derogada cuando se siguen los mismos procedimientos para cuando fue creada o sea, por medio de un Decreto Legislativo es promulgada y publicada en el Diario Oficial, después de transcurrido el plazo que el mismo decreto contempla tendrá vigencia la derogato-

ria, quedando en ese sentido sin ningún valor todo lo que esa ley regulaba.

En el otro caso, la ley es abrogada, cuando de conformidad a una de las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia, (art. 193 de la Constitución, en relación con los artículos del 6 al 11 de la Ley de Procedimientos constitucionales) este tribunal declara la inconstitucionalidad de dicha ley, a petición de cualquier ciudadano, siguiendo los trámites hasta sentencia y publicación de la misma, fallo en el cual se declara la inconstitucionalidad de la expresada ley. Siguiendo este procedimiento fue que se declaró la inconstitucionalidad del Decreto para exigir el carnet electoral, ya que también no tenía caso exigir el carnet para identificar a la persona, puesto que para ello existe la Cédula de Identidad Personal.

Como agregado a lo que es la abrogación de la ley, el Dr. Arrieta Gallegos dice: "no debe confundirse la especial situación de cuando un Juez o tribunal en cumplimiento de la protesta o juramento de cumplir con la Constitución de la República por sobre todas las demás leyes, decretos o reglamentos que a ella se opongan, no aplican una ley por estimarla inconstitucional. En estos casos la ley no ha perdido su vigencia, ni tampoco es abrogada; simplemente no es aplicada porque al juicio del Juez o tribunal contraría la Constitución, lo cual quiere decir que puede ser objeto de una declaratoria de inconstitucionalidad que si prospera, la abrogaría. (61)

(61) Manuel Arrieta Gallegos. Opus Cit., páq 41

Como se ve, la ley sigue estando vigente, lo que pasa es que el señor Juez haciendo uso de su capacidad discrecional, considera que no es conveniente aplicarla, puesto que a su juicio contraría a lo expuesto en la carta Magna.

Como conclusión en relación con la vigencia de la ley se puede decir, que los requisitos indispensables para que esta surja como tal son: primero que se siga el procedimiento establecido en el artículo 140 de la Constitución, es decir, que después de la promulgación sea publicada en el Diario Oficial y que transcurra un plazo mínimo de ocho días para que entre en vigencia. En segundo lugar, es que su vigencia no tiene límite, o sea que en ella no se expresa cuanto tiempo dicha ley estará vigente, a diferencia de las leyes temporales o transitorias, como se verá más adelante, las cuales si tienen un plazo determinado para el cual van a regir. En las leyes permanentes solo se conoce en que momento comienza su vigencia, pero no se sabe hasta cuando lo estarán, así como cuando serán derogadas o abrogadas.

Con respecto a nuestro Código Penal, la vigencia de la ley penal se contempla en el art. 12, el cual será incluido en la parte concerniente a la irretroactividad de la ley penal que a continuación se desarrollará.

6.2.-IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL

Este principio se basa fundamentalmente, en que será la ley penal que estaba vigente al momento de la comisión -tempus regit

actum- la que se aplicará para el juzgamiento de un determinado hecho delictivo, por lo cual la ley posterior no puede ser aplicada en el caso señalado.

Dentro de las doctrinas de los autores de derecho público, no toman en cuenta el problema de la irretroactividad de las leyes, ya que lo consideran como un problema de derecho privado; el que no puede plantearse en derecho público, en donde las normas se aplican sin limitación alguna que no sea la que los organismos supremos quieren imponerles. O sea que un gran sector de dichos autores no analizan el problema de la irretroactividad, sin embargo, hay otros que sí toman en cuenta el problema y lo estudian y ofrecen algunas soluciones al respecto. Entre las posiciones de dichos autores se pueden sacar las siguientes teorías:

- 1o. Teoría de los "Derechos Adquiridos".
- 2o. Teoría de los partidarios del Estado liberal burgués de Derecho.
- 3o. Teorías singulares de algunos autores, y;
- 4o. Teorías que se aplican a ramas especiales del Derecho.
- 1o. Teoría de los Derechos Adquiridos.

En la explicación de la teoría de los derechos adquiridos, Alejandro Dagoberto Marroquín dice: "Entre los partidarios de los derechos adquiridos tenemos en primer término a aquellos autores que, como F. Vives y Buenaventura Echeverría, aceptan dicha teoría sin ninguna discusión ni análisis y no admiten ninguna posibilidad

de leyes retroactivas. Vives nos dice: "La razon establece que las leyes no pueden tener efecto retroactivo.", algunos tratadistas sostienen que el principio de la no retroactividad no debe aplicarse a las leyes penales cuando estas favorecen al reo..Estas excepciones no pueden modificar sin embargo el principio de la no retroactividad con relacion a los derechos adquiridos, es decir, los derechos nacidos en virtud de una ley deben subsistir a pesar de que cambie esta, asi lo exige el orden social y asi lo han entendido los legisladores de todos los paises civilizados". En cuanto a Echeverria, afirma que "las únicas leyes que pueden dictarse con efecto retroactivo, o mejor de efecto futuro, pero que se refieren a hechos pasados, son las leyes penales... en caso de que la nueva ley... sea mas favorable que la anterior". (62)

Hay otros autores que también aceptan la teoria de los derechos adquiridos, sin embargo ellos si formulan excepciones para que proceda la retroactividad en atencion al interes colectivo.

Entre los que aceptan la teoria de los derechos adquiridos pero con excepciones. Alejandro Dagoberto Marroquin señala: "Tal es el caso de Consentine, cuando en su constitucion típica para México y América Latina, establece el siguiente precepto: Art. 300: La ley no tiene efecto retroactivo. ni aborta perjuicio a los derechos adquiridos, salvo disposicion contraria que procure moderar los efectos de una adquisicion sin justo titulo, producto de conquista o de violencia". Es decir que los derechos adquiridos para el

(62) Alejandro Dagoberto Marroquin, Sobre la Irrectroactividad de la ley., pag 31

autor citado, tiene que observarse cual es su procedencia, tomando en cuenta que dichos derechos pudieron ser obtenidos usando prácticas fuera del marco legal.

En cuanto a la jurisprudencia de varios países, se pueden mencionar el caso de Argentina y de los Estados Unidos de América. La característica de dicha jurisprudencia se puede mencionar en lo siguiente: 1o. Admite la retroactividad de las leyes civiles y de las administrativas, 2o. reconoce expresamente los derechos adquiridos; y 3o. con gran franqueza reduce la teoría de la irretroactividad a la garantía de la propiedad. Se observa entonces que la jurisprudencia en estos países no hace mención para nada referente a las leyes penales, por lo que se puede aducir que en principio las leyes penales son irretroactivas.

2o. Teoría de los partidarios del Estado Liberal Burgués de Derecho.

Se afirma que el Estado liberal burgués de derecho surge con la crisis política de la revolución francesa y su estructura se extiende por todo el mundo de la civilización "occidental", durante el siglo XIX y principios del siglo XX. Es importante recordar que el Estado Liberal nace en la lucha que se da por la burguesía en contra de las formas monárquicas y feudales que existieron en el pasado; de ahí su carácter agresivamente polémico en la teoría, y su actitud de desconfianza ante cualquier posibilidad de tiranía en la práctica.

Es en el estado liberal que se impone como precepto

constitucional el principio de la irretroactividad, el cual se da para evitar la arbitrariedad del legislador, osea que no solo se queria evitar el abuso del Organo Ejecutivo, sino que también el abuso de la competencia del Organo Legislativo.

En el estado liberal, la irretroactividad se convierte en una expresa garantia constitucional, tanto el juez como el legislador tienen que someterse a tal limitacion. Sin embargo es necesario recordar, " que en Francia, modelo tipico del Estado liberal, la irretroactividad de la ley no constituye una garantia constitucional", (63) en este caso se refiere a la constitucion de 1875 que estuvo vigente hasta que los trágicos sucesos de la segunda guerra mundial provocaron su derogación. Como decia, la irretroactividad es simplemente un precepto del Código Civil, ley secundaria que obliga al juez, pero que no puede limitar al legislador, por ello se dice que la mayoria de los tratadista franceses de derecho público no le dan mayor importancia al principio de la irretroactividad, considerándola como precepto de derecho privado. Pero hay tratadistas que no están de acuerdo con este punto de vista, y en tal sentido Leon Duguit dice lo siguiente: "se pregunta si la regla de no retroactividad tiene fuerza de ley constitucional... En general se da la solución negativa y se dice que el legislador puede siempre decidir, sin violar ningún principio constitucional, que una ley tenga efecto retroactivo. Esta proposición no puede ser admitida sin ciertas reservas. Desde luego si se cree, como creemos, que

(63) Alejandro Dagoberia Marroquín. Opus Cit., pág 35

la Declaración de Derechos de 1789 (en la cual se admite la irretroactividad, únicamente para las leyes penales) tiene todavía fuerza de ley superior a las leyes ordinarias e incluso, a las leyes constitucionales, se debe decir que el legislador no podría, sin violar una regla constitucional escrita, que ellas tengan efecto retroactivo. Pero en los hechos, el legislador violaría evidentemente, el derecho, haría una ley contraria al derecho".

La opinión señalada es importante, tomando en cuenta que la mayoría de los autores franceses son de opinión contraria.

3o. Teorías Especiales de Algunos Autores.

Entre los autores que se enmarcan en esta doctrina se puede mencionar en primer lugar, el iminente procesalista italiano Francisco Carnelutti, quien engloba el problema de la retroactividad dentro de su teoría de la perfección y eficacia del acto jurídico, eficacia que se traduce en una diferencia entre la situación jurídica final y la situación inicial; si ambas situaciones son compatibles entonces subsisten las dos; todo depende de que la llamada situación final tenga eficacia constitutiva, extintiva, o complementaria", en relación con la fórmula contenida en el artículo 2o. del Código Civil Italiano "la ley solo dispone para el futuro; no tiene efecto retroactivo - es completamente vana". Aún sin ella las leyes autónomas seguirían no siendo retroactivas. Por otra parte las leyes complementarias, si han de tener eficacia, no pueden dejar de ser retroactivas",

como es el caso de las leyes interpretativas. Se le critica al autor citado de desviar el análisis a aspectos formales, dejando de lado el problema de fondo, por lo cual su teoría se considera que ha tenido poco éxito.

Por otra parte, tanto para León Duguit como para su seguidor Gaston Jeze, la regla de la irretroactividad de la ley es absoluta y categórica. No admite excepciones y se impone siempre, aún al legislador constituyente. Agregan que las leyes retroactivas podrán justificarse desde el punto de vista político, pero nunca de una manera esencialmente jurídica. Conclusión formalista que, en algunos casos, estará en pugna con los intereses esenciales de la justicia.

También Hans Kelsen se refiere a la irretroactividad y dice: "que el dogma de la irretroactividad es insostenible", pues "los derechos bien adquiridos pueden ser limitados y suprimidos, tanto mediante normas individuales como mediante normas generales". Para Kelsen la irretroactividad no constituye problema y por tanto no es para él materia de elaborar una teoría; si la constitución no establece ninguna limitación al legislador, éste puede evidentemente, emitir con toda propiedad jurídica, leyes retroactivas. (64) El punto de vista de Kelsen se le critica ya que expone un formalismo abstracto siendo ese su lado débil, puesto que el derecho existe por urgentes necesidades sociales y tiene un hondo contenido humano. Se dice que las normas se han hecho para el hombre y no el hombre para las normas.

(64) Alejandro Dagoberto Marroquín. Opus Cit., pág 39

En conclusión, la tendencia general de los tratadistas de Derecho Público consiste en eliminar el problema de la retroactividad, el cual lo dejan relegado, cuando mucho, a los ámbitos del Derecho Privado.

Algunos autores, han abordado el problema de la retroactividad, lo cual han tratado de resolverlo dentro de sus respectivas especialidades, para el caso, han estudiado la retroactividad en Derecho Procesal, la irretroactividad en Derecho Fiscal, así como la retroactividad en el Derecho Penal. En interés a nuestro trabajo, se desarrollará a continuación la retroactividad en el Derecho Penal y como tal de la ley penal.

6.3.-RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL

Se dice que es con el triunfo de la revolución francesa, que el liberalismo consagró como uno de los pilares más importantes del Derecho Penal, el clásico apotegma "nullum crimen sine lege", que garantiza en favor del acusado, el principio de la legalidad previa y prohíbe, en consecuencia, la aplicación retroactiva de la ley penal. En este sentido el artículo octavo de la famosa "Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano", de 1789, dice en su parte correspondiente: "nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y legalmente aplicada", estos principios se difundieron y llegaron a adquirir axiomas jurídicos. (65)

Sin embargo a esos postulados han surgido corrientes

(65) Alejandro Dagoberto Marroquín. Opus Cit., pág 41

innovadoras, tratando de superar el alcance de tal principio, y es así como los positivistas han afirmado la necesidad de que las leyes penales tengan efecto retroactivo, pues la ley nueva lleva insita la presunción de mayor sabiduría y efectividad en la lucha contra el delito, apesar de ello la irretroactividad de la ley se mantiene como principio general y no es, sino en dos casos especiales en que la ley penal puede ser aplicada retroactivamente, ellos son:

1o.) Cuando la ley nueva deroga la ley anterior que establecía la punibilidad de un hecho; y 2o.) Cuando la ley nueva castiga el delito en forma más benigna.

Para algunos la razón de la aplicación retroactiva de la ley posterior más favorable, se funda principalmente en una atenuación de la valorización ético-social del hecho, por lo cual, se debe dar al juez la posibilidad de utilizar esta atenuación aún para el juzgamiento de un hecho cometido con anterioridad, pero todavía no sentenciado.

Por su parte Franz Von List, al referirse a la aplicación de la ley más favorable dice: "Los partidarios de la doctrina de la retroactividad no la defienden con el argumento de ley mejor -ley posterior más progresiva, más perfecta-, sino con el de ley mejor para el delincuente. Pero la distinción, entre leyes amables -las civiles- y leyes odiosas -las penales- hacen reír en Alemania. Toda ley es amable en su dictado, odiosa en su ejecución; favorable al que protege; perjudicial a quien daña. Suponer que

las normas de la ley -la ley de la ley- cambian en vista de los "sagrados intereses" del criminal es mas que ingenuo. Preguntar si una ley es materialmente favorable o desfavorable al delincuente es tan pueril como interrogar, ante el dictamen facultativo que recomienda la operación quirúrgica, si esta le va a doler. Por lo que se llama humanitario lo que conviene a la humanidad, no lo que conviene al criminal (su enemigo), se llama humanitario lo que debiera calificarse simplemente de criminal. Seria preciso preguntar si la ley penal se dió para defender a la sociedad o para no perjudicar al delincuente. (66)

Se considera en atención a lo último argumentado, que el aplicar la ley posterior mas favorable a favor del delincuente no es que se trate de no proteger a la sociedad, sino que se está tomando en cuenta precisamente, que el delinquir en muchos de los casos puede darse por circunstancias totalmente ajenas a la voluntad del individuo, y en consideración, que dicho delincuente también es parte de la sociedad.

En relación con las distintas teorías expuestas por los distintos autores citados, se opina que nuestro normamiento legal en materia penal, sigue la corriente de la teoría de los "Derechos Adquiridos", puesto que nuestra ley contempla como regla general, la irretroactividad de la ley, y permitiendo la retroactividad solo como excepción al principio general y en los casos ya señalados en su oportunidad. Lo aquí expuesto se puede

(66) Franz Van Liszt, Tratado de Derecho Penal, pág 171

comprobar con las disposiciones que a continuación se citarán:

En nuestra Constitución, se encuentra el principio de la irretroactividad de la ley, en el art. 21 inc. primero, dice lo siguiente: Art. 21 inc. 1o. "las leyes no pueden tener efecto retroactivo, salvo en materias de orden público, y en materia penal cuando la nueva ley sea favorable al delincuente". En situación similar el art. 12 del Código Penal, señala:

Art. 12.- Los hechos punibles serán sancionados de conformidad con las leyes vigentes en el tiempo de su comisión.

La excepción a la regla general también la encontramos en el mismo artículo 21 de la Constitución señalada anteriormente, así también el art. 13 del Código Penal reafirma el principio de la retroactividad, o sea la excepción a la regla general, dicha disposición prescribe lo siguiente:

Art. 13.- Si la ley del tiempo en que fue cometido el hecho punible y las leyes posteriores sobre la misma materia fueren de distinto contenido, se aplicarán las disposiciones más favorables al imputado en el caso particular que se juzgue. Así también en relación con esta excepción se expresa el art. 14, del Código Penal que dice:

Art. 14.- Si la promulgación de la nueva ley cuya aplicación resultare más favorable al imputado se produjere antes del cumplimiento de la condena, debe el tribunal competente modificar la sentencia, de acuerdo con las disposiciones de la nueva ley.

Si la condena hubiera sido por un hecho considerado como

delito por la legislación anterior y que la nueva ley no sanciona como tal, se ordenará la inmediata libertad del reo, quien gozará del derecho de rehabilitación.

Como observamos, la retroactividad en materia penal tiene lugar siempre y cuando la nueva ley sea favorable al delincuente, en ese sentido se hace mención de lo que expone la Exposición de Motivos del Código Penal elaborado en el año de 1960, en tal sentido expresa: "El problema de establecer cual es la ley más favorable al delincuente puede recaer sobre todas, sobre alguna o algunas de las siguientes circunstancias: naturaleza de la sanción, duración de la misma, sanciones accesorias, circunstancias modificativas de la responsabilidad, elementos constitutivos del tipo, causales que extinguen la aptitud para ejercer la acción, forma de ejecutar la condena, libertad condicional, remisión de la pena y perdón judicial. En todo caso, el Juez debe aplicar la ley que favorece más al delincuente, ya se trate de la que estaba en vigencia en el momento en que se cometió la infracción o de una ley posterior, dictada antes de que se haya cumplido totalmente la condena. Queda, así, resuelto el problema de la ley intermedia. En caso de que se trate de tres o más leyes: la vigente al tiempo de cometerse el delito, otra u otras intermedias y otra vigente al tiempo de cumplirse la condena, el Juez debe siempre atenerse a la más favorable al reo". (67) Es decir, que un juez no puede enjuiciar ni aplicar pena alguna, sino a aquellos individuos que sean autores o partícipes de hechos que

(67) Exposición de Motivos del Código Penal del año de 1960

se cometieron con posterioridad a la creación del delito o falta, ya que, como digimos anteriormente por regla general la ley mira hacia adelante y no hacia atrás.

Por otra parte, se considera que con todo lo ante expuesto, se dan elementos de juicio, como para comprobar nuestra hipótesis planteada en el numeral dos del anteproyecto, en el sentido de que la capacidad intelectual del Profesional que tenga a su cargo, aplicar la ley en un momento determinado, tiene que ser lo suficientemente instruida en la materia del derecho, como para tomar en cuenta todas aquellas circunstancias que ya se mencionaron de acuerdo a la exposición de motivos, las cuales lo llevarán a concluir, cual es la ley que mas le favorece al imputado, puesto que de esa manera, el estará no solo asesorando a los que necesitan de ella, sino que también en la aplicación de la ley en la forma mas correcta, en beneficio de aquellos individuos que se vean involucrados y afectados por hechos ocurridos y que estan en contra de lo que dispone nuestra ley penal.

6.4.-LEYES TEMPORALES Y TRANSITORIAS

Las leyes TEMPORALES son aquellas que se dictan para regir durante un plazo prefijado y, por ende, llevan en si misma la época de su derogación.

Las leyes TRANSITORIAS O EXCEPCIONALES, estas no difieren fundamentalmente de las temporales, y son aquellas que están destinadas a regir mientras se mantengan determinadas condiciones

pasajeras y no estables de la vida de una nación, como ser las grandes calamidades: terremotos, guerras, epidemias, graves estragos, etc. (68)

En opinión de algunos tratadistas, las leyes temporales y transitorias deben tener completa ultractividad, ya que de otro modo sería ineficaz la prohibición. Se dice que la ley es ultractiva cuando sigue rigiendo, no obstante su formal derogación, para el juzgamiento de hechos acaecidos durante su vigencia. Esta situación es una actividad posterior a la extinción y perecimiento de la ley, la cual viene a contrariar en cierto modo, la afirmación de que ellas rigen desde su promulgación y vigencia hasta su derogación, pero que se conforma con la máxima *tempus regit actum*. Hay otros que defienden un criterio intermedio de la ultractividad, al decir, que las leyes temporales que crean un delito deben ser ultractivas; no así las que aumentan una pena. Por su parte Luis Jiménez de Asúa, al comentar las opiniones señaladas manifiesta: "Ni la ley temporal ni la contingente derogan los preceptos de las leyes que estaban en vigor antes de su vigencia y que renacen al cesar aquellas. Por eso no deben tener efectos ultractivos ni cuando crean delito ni cuando aumentan penas. Reconozcamos, en efecto, que ello atenúa mucho la eficacia de esas leyes temporales y de excepción. He aquí por que no es imposible que ellas mismas puedan fijar al nacer su índole ultractiva. No creemos que se oponga a ello ningún precepto constitucional. Las constituciones impiden la retroactividad de la

(68) Luis Cousiño Mac Iver. Opus Cit., pàg 130

dice: "En el ramo penal y administrativo son perfectamente factibles en especiales situaciones por los que atraviesa un país, por ejemplo el de una guerra, revolución interna, trastornos económicos o épocas de crisis. No es de extrañar entonces que el Estado decida poner en vigencia una ley temporal mientras dura tal situación de peligro nacional, e inclusive determinar un periodo (un mes o el tiempo que sea) durante el cual se considere como tipo delictivo el paso por un puente, por una carretera, por determinada zona declarada militar, en fin, cualquier otra disposición semejante que, por la inminencia que acarrea la defensa de la nación, se considere indispensable conminar esta clase de actos con una sanción, y como consecuencia constituir verdaderos tipos de delitos". (70)

Es de agregar que en atención al contenido del art. 15 antes detallado, dicha ley transitoria lleva consigo, las formas o condiciones objetivas de perseguibilidad, o bien otro tipo de condiciones para su ejecución, para luego llegar a imponer una determinada sanción.

(70) Manuel Arrieta Gallegos. Opus Cit., pág 40,41

CAPITULO VII

Al haber concluido el desarrollo del presente trabajo de tesis, intitulado "Aplicación de la ley penal en El Espacio y El tiempo", en donde se han expuesto aquellos puntos que de acuerdo a nuestro criterio son los de mayor importancia en el estudio del tema en referencia, además que el propósito era el de hacer un trabajo resumido, pero eso si como ya se dijo tocando aquellos puntos de mayor importancia en el mismo.

Se puede apreciar en el desarrollo del trabajo que se tomaron en cuenta los puntos de vista de autores que han analizado algunos aspectos del tema en referencia. Así también es de hacer notar, que se incluyen aquellas disposiciones legales que están vigentes y que pertenecen a todo nuestro ordenamiento legal relacionados con cada una de las partes del trabajo.

En atención a lo antes dicho, a continuación se van a plantear las conclusiones obtenidas y se expondrán aquellas recomendaciones que se han considerado oportunas realizarlas, con el objeto de hacer conciencia y también para que se tomen en cuenta de alguna manera por aquellos que tengan la capacidad de hacerlo, y así mejorar la aplicación de nuestra ley penal en beneficio de todo nuestra sociedad.

En el desarrollo de las conclusiones y recomendaciones se han tomado en cuenta las opiniones obtenidas, durante la realización de entrevistas a personeros especialistas en la materia del Derecho en nuestro país.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

APLICACION DE LA LEY EN EL ESPACIO

La aplicación de la ley penal en el Espacio, está determinada por dos principios fundamentales tal como se demuestra en el trabajo, dichos principios son: El de territorialidad y el Extraterritorialidad. En cuanto al principio de la territorialidad se basa principalmente en la situación geográfica, y el de la extraterritorialidad se basa en los hechos de acuerdo a su naturaleza o de acuerdo a las personas ejecutoras de tales hechos y que son señalados por la ley como delitos.

Decimos que el principio de la territorialidad, está basado en la situación geográfica, ello quiere decir que dicho principio está fundamentado en que nuestra ley salvadoreña, tiene que aplicarse a todos aquellos hechos delictivos que sean cometidos dentro de los límites territoriales que las mismas leyes señalan.

En la parte correspondiente a este principio, se dice que hay partes de territorio que aún no están determinado o delimitados, es decir, no se sabe a ciencia cierta si es territorio salvadoreño o si es territorio de otro estado colindante con el nuestro, tal es el caso de los "Bolsones" en litigio con la República de Honduras, litigio del cual se encuentra conociendo en la actualidad la Corte Internacional de Justicia y que sólo hasta que dicho tribunal emita su fallo, se podrá determinar cual es el verdadero territorio salvadoreño. Parece ser que los representantes de nuestro país en dicho conflicto internacional, sostienen el argumento

en el máximo tribunal, que si El Salvador ejerce jurisdicción en un determinado territorio, también debe ejercer soberanía, situación ésta que de ser aceptada por la Corte Internacional de Justicia beneficiaría en gran medida a nuestro país, puesto que se ejerce jurisdicción hasta en sectores que la República hermana considera que le pertenecen.

Sin embargo dentro de lo que actualmente comprende nuestro territorio la ley penal tiene aplicación en la medida que nuestro sistema judicial lo permita. Así como también las condiciones sociales de nuestro país.

RECOMENDACION:

Es importante que nuestros representantes aporten las pruebas pertinentes a que hay lugar, y que pidan que se dicte sentencia cuanto antes, ya que solo así se estará conociendo con mayor precisión cual es nuestro territorio y por ende en donde tiene soberanía. Además que solo así estará poniéndosele punto final a un conflicto que se originó en el año de 1969, con la famosa guerra de las cien horas o la guerra del fútbol. También el dar por terminado dicho procedimiento, le estaría ahorrando grandes sumas de dinero que se les pagan a los juristas encargados de seguir en representación del Estado salvadoreño el proceso antes indicado.

En relación con la delimitación del territorio, es necesario hacer notar que nuestra ley y específicamente nuestra Constitución

en su artículo 84 dice que El Salvador ejerce soberanía y jurisdicción en el lecho marino hasta una distancia de 200 millas marinas desde la línea de más baja marea, todo de acuerdo o de conformidad a las regulaciones del derecho internacional.

En este punto se quiere señalar, que si bien nuestra ley y el derecho internacional así lo reconocen, en la práctica nuestro país difícilmente podría hacer cumplir dichas regulaciones puesto que nuestro subdesarrollo tecnológico y científico no permiten que El Salvador haga cumplir dichos postulados.

En relación con los delitos de trascendencia internacional, en la actualidad prácticamente no se dan, para el caso el genocidio ya no se da y así otros ya solo existen en la ley pero no tienen aplicación en la realidad. Por otra parte en los delitos de carácter internacional, el tráfico de estupefacientes o narcotráfico es el que en la actualidad se encuentra en pleno desarrollo, y por lo cual está causando serios problemas en diferentes países, entre ellos los Estado Unidos y Colombia.

Es importante señalar, que el tráfico de estupefacientes nuestra legislación no lo contempla dentro de los delitos de carácter internacional, sin embargo, en el desarrollo de dichos delitos en el trabajo se incluye dentro de este tipo de delitos, tomando en cuenta que los problemas derivados de dicha práctica perjudican a muchos países, es decir, que si tienen una trascendencia de carácter internacional.

La observación va encaminada en el sentido de que en nuestra

ley, la siembra o cultivo de que produzcan estupefacientes, así como el comercio clandestino de dichos productos no se incluyen dentro de los delitos de carácter internacional, sino que se encuentran regulados dentro de los delitos contra la salud, situación que imposibilita que los funcionarios competentes puedan conocer de manera amplia en un momento determinado. Para el caso, a manera de ejemplo se puede decir; que si a nuestro país ingresa uno de los principales narcotraficantes colombianos, no se lo podría perseguir, precisamente porque ninguna autoridad tendría base legal para capturarlo y enjuiciarlo, a pesar que en su patria sea perseguido con gran interés por las autoridades legalmente constituidas.

RECOMENDACION 1:

Se debe mejorar nuestra legislación en este sentido, a fin de adecuarla a la realidad, para que pueda ser aplicada en una mejor forma y de esa manera combatir con mayor efectividad dichas actividades delictivas. Se debe adecuar como un delito de carácter internacional.

RECOMENDACION 2:

Que nuestro país mejore su legislación y regule claramente lo concerniente a combatir el narcotráfico, así también es necesario que su legislación interna debe estar en una situación similar con la de otros países que ya han legislado en torno a este tipo de actividades delictivas, con el objetivo de prestarse mejor

colaboración para prevenir combatir y castigar a los individuos que se encuentran realizando ese tipo de acciones.

El tener una legislación que castigue fuertemente esa práctica ayuda en gran medida que no utilicen nuestro territorio para el tráfico de drogas, puesto que en muchos de los casos dichos sujetos se valen de aquellos países que tienen legislaciones más flexibles ya que de esa manera no se exponen a ser controlados y castigados tan fácilmente.

RECOMENDACION 3:

Si bien es cierto que el incrementar las penas es necesario, también es importante para prevenir el que se involucren los individuos en dichos negocios, que se mejoren las condiciones de vida de los pueblos, ya que en cuanto haya mayor gente sin recursos económicos para poder subsistir dignamente, habrá mayor posibilidad de que individuos se incorporen a realizar esas actividades, tratando de obtener algún ingreso económico para poder vivir, a pesar de que ello implique estar al margen de la ley.

APLICACION DE LA LEY EN EL TIEMPO.

Se dice en el trabajo , que la ley está vigente hasta que ha sido publicada en el Diario Oficial y que transcurran ocho días por lo menos, en el caso de las leyes permanentes.

En relación con la vigencia de la ley, en la realidad se dan problemas y uno en especial que se quiere hacer notar es en cuanto

a las publicaciones que se hacen en el Diario Oficial. Es del conocimiento público que dicha institución lleva un tiempo considerable de atraso en sus publicaciones, situación que crea inconvenientes legales a los encargados en aplicar la ley, puesto que se ven en la disyuntiva si aplicar la ley sin que haya sido publicada o si esperar hasta que sea publicada por el Órgano correspondiente.

RECOMENDACION 1:

Que es sumamente necesario que el Diario Oficial se ponga al día con sus publicaciones. Si ello no es posible, entonces se debe buscar otro medio alternativo, como sería darle valor legal a las publicaciones que se hagan en los medios privados de comunicación, o sea, se le puede dar vigencia de carácter permanente a un decreto que permita hacer las publicaciones en los periódicos de mayor circulación del país y de esa forma no será necesario esperar hasta que aparezca la publicación del Diario Oficial.

RECOMENDACIONES GENERALES

RECOMENDACION 1:

Es necesario que el estudiante de Ciencias Jurídicas tome conciencia, que el ingresar a estudiar dicha carrera no sólo se haga con la creencia de que es una de las carreras más fáciles o porque ahí piensa ganar dinero más rápido. Es importante que tome conciencia en el sentido que sus conocimientos tienen que estar encaminados también a ayudar a muchos reos que se encuentran privados de su libertad en los distintos centros penales por el

solo hecho de no tener los recursos económicos como para poder pagar un defensor que le agilice su causa.

Es bueno de hacer notar y reconocer, que nuestra Facultad presta una valiosa ayuda en tal sentido a través de la "Oficina de Asistencia a la Comunidad", en donde se le da asistencia a las personas en todas las áreas del derecho en que lo soliciten.

RECOMENDACION 2:

Es necesario que nuestra Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, revise los planes de estudio, con el fin de incorporar aquellas materias que sirvan para darle una mejor formación al profesional del derecho, y eliminar otras materias que no son tan necesarias y determinantes en dicha carrera. Todo lo cual ayudaría a que el nuevo profesional salga con la suficiente preparación a incorporarse a la vida activa del país, de lo contrario estará dando lugar a que se creen escuelas, en donde se le de una capacitación más especializada a los nuevos profesionales, para el caso, se habla de crear una "Escuela de Jueces", lo que se evitaría si el nuevo profesional saliera con la suficiente preparación académica.

En general, es importante que la Universidad de El Salvador eleve su nivel académico y de esa manera lograr que nuestra querida institución, recobre el prestigio que, como primer centro de estudios del país que siempre le ha distinguido.

BIBLIOGRAFIA

TESIS Y DOCUMENTACION DE AUTORES NACIONALES

- Solórzano, Jaime Alberto. Tesis Doctoral; "Aplicación de la Ley Penal en el Espacio"
- Martínez Moreno, Alfredo. Tesis Doctoral; "Consideraciones sobre el principio constitucional relativo al zócalo continental y al mar territorial"
- Marroquin, Alejandro Dagoberto. Sobre la Irretroactividad de las Leyes
- Arrieta Gallegos, Manuel. Comentarios a la parte general del nuevo Código Penal

TRATADOS DE DERECHO PENAL DE AUTORES EXTRANJEROS

- Soler, Sebastián. Derecho Penal Argentino. tomo I. Primera reimpression. Buenos Aires. Tipografía Editora Argentina, 1951

- Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal, tomo II, 2a. ed. Editorial Losada, S.A., Buenos Aires
- Liszt, Franz Von. Tratado de Derecho Penal (Traducción de la 18a. ed. por O. Zaldaña y L. Jiménez de Asúa). Madrid, Editorial Reus. 1927
- Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito. Principios de Derecho Penal. 2a. ed., Editorial Hermes, México, Buenos Aires. 1954
- Osorio Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales
- Cousiño Mac Iver, Luis. Derecho Penal Chileno. Parte General, Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. 1975.
- Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. tomo II

LEYES DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR

- Constitución de El Salvador
- Código Penal Salvadoreño
- Código Procesal Penal
- Código Civil
- Código Procesal Civil

- Código de Comercio
- Código de Bustamante
- Ley Represiva del contrabando de Mercaderías y defraudación de la renta de aduanas.
- Convenios y tratados internacionales celebrados por el Salvador y ratificados por el órgano correspondiente.
- Exposición de motivos al Código Penal.
- Reglamento de Estupefacientes.