

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
V. SEMINARIO DE GRADUACIÓN EN CIENCIAS
JURÍDICAS PLAN 1993



**“LA PENA DE SETENTA Y CINCO AÑOS DE PRISIÓN EN
EL CÓDIGO PENAL SALVADOREÑO”**

TRABAJO DE GRADUACIÓN PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS

PRESENTADO POR:

ARGUETA ROQUE, SUSANA MARLENE
SIBRIAN CENTENO, MARTA IRIS

DIRECTOR DE SEMINARIO:
LIC. SANTOS CECILIO TREMINIO SALMERON

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, JUNIO DE 2003

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTORA
DRA. MARÍA ISABEL RODRÍGUEZ

VICE – RECTOR ACADÉMICO
ING. JOSÉ FRANCISCO MARROQUÍN

VICE – RECTORA ADMINISTRATIVA
LICDA. MARÍA HORTENSIA DUEÑAS DE GARCÍA

SECRETARIA GENERAL
LICDA. LIDIA MARGARITA MUÑOZ

FISCAL GENERAL
LIC. PEDRO ROSALÍO ESCOBAR CASTANEDA

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO
LIC. FRANCISCO ALBERTO GRANADOS HERNÁNDEZ

VICE – DECANO
LIC. EDGARDO HERRERA MEDRANO

SECRETARIO
LIC. JORGE ALONSO BELTRÁN

UNIDAD DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA
LIC. WILMER HUMBERTO MARÍN SÁNCHEZ

DIRECTOR DE SEMINARIO
LIC. SANTOS CECILIO TREMINIO SALMERÓN

INTRODUCCION

El presente trabajo contiene información acerca de la pena y el incremento de ésta en nuestro Código Penal; es por ese motivo que hemos realizado un estudio objetivo sobre dicha problemática desarrollando así en el primer Capítulo lo referente a la evolución histórica de la pena; como todos sabemos el derecho es dinámico, el objetivo de éste es regular las conductas atípicas y sancionar éstas con una pena adecuada y proporcionada; en este capítulo se observa que la pena pasa de las más crueles e inhumanas hasta aquellas que garantizan el principio humanitario del individuo.

Se incluye también doctrina referente a la pena, sus fines, terminando con un estudio cronológico del tratamiento de la pena, en los diferentes Códigos Penales que han existido en nuestro país.

En el Capítulo II se desarrolla en sí la problemática de las repercusiones que trae el incremento de la pena de setenta y cinco años de prisión tomando para estos aspectos políticos, económicos y sociales, que tal reforma contempla. Asimismo hace referencia a legislaciones Internacionales y Nacionales las cuales nos dan la pauta para rechazar dicho incremento; por que la esencia de toda la legislación es la incorporación resocialización del reo, con lo cual el Artículo 71 Código Penal viene a producir una discordia con los fines de la pena, asimismo con el Artículo 27 de la Constitución el cual prohíbe penas perpetuas y con dicho incremento de los setenta y cinco años y la esperanza de los

- i -

Salvadoreños obstruyen toda posibilidad de resocialización.

Realizamos en el Capítulo III, entrevista a diferentes sectores (magistrados, sociólogos etc.) con el objetivo de recoger diferentes opiniones acerca del incremento de la pena; en dicha entrevista se dio la comprobación de nuestra hipótesis: Que la aprobación de prisión de setenta y cinco años violenta el Artículo 27 inc. Segundo de la Constitución en lo referente a la pena perpetua procediendo así una la inconstitucionalidad, a falta de tal pronunciación es acertada la inaplicabilidad como bien lo aplico el Juez Tercero de Sentencia de San Salvador, ya que tal reforma obstruye los fines de la pena y transgrede la Constitución y éste Juzgador no ha hecho más que usar los mecanismo de defensa de la Constitución.

Por consiguiente todo lo antes mencionado, nos lleva a concluir y recomendar puntos que esperamos sea de gran utilidad a los nuevos estudiantes de Ciencias Jurídicas.

- ii -

INDICE

CONTENIDO	N° DE PÁG.
Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y DOCTRINARIA DE LA PENA.	
1.1. Evolución de la Pena a través de la historia.....	1
1.1.1. Época Primitiva.....	4
1.1.2. Época de la Pena Pública.....	6
1.1.3. Época de la Pena Humanitaria.....	9
1.1.4. Época Científica.....	11
1.2. Enfoques de las Penas según diferentes Escuelas.	
1.2.1. Escuela Clásica.....	12
1.2.2. Escuela Positiva.....	16
1.2.3. Tercera Escuela Italiana.....	21
1.2.4. Escuelas Modernas.	
1.2.4.1. Escuela Político Criminal.....	21
1.2.4.2. Escuela de la Defensa Social.....	23
1.2.4.3. Escuela Técnico – jurídica.....	24
1.2.4.5. Dogmática Jurídica.....	26
1.3. Merecimiento y Necesidad de la Pena desde el punto de Vista jurídico dogmática.....	29
1.3.1. Merecimiento de la Pena.....	30
1.3.2. Necesidad de la Pena.....	31

1.4.	Evolución de las Teorías que hacen referencia a la Pena.....	32
1.4.1.	Teorías Absolutas.....	34
1.4.2.	Teorías Relativas.....	38
1.4.3.	Teorías Mixtas o de la Unión	40
1.5.	La Determinación de la Pena a la luz de la Teoría de los Fines de la Pena.....	41
1.6.	La Política Criminal en la Determinación de la Pena.....	42
1.7.	Pena Privativa de Libertad.....	47
1.7.1	La Aparición y Consolidación de la Prisión como Pena.....	51
1.8.	Evolución de los Sistemas Penitenciarios.....	53
1.8.1.	Sistema Filadélfico	54
1.8.2.	Sistema Auburn.....	55
1.8.3.	Sistema Progresivo.....	55
1.8.4.	Sistema Reformador.....	56
1.8.5.	Reglas Mínimas para el Tratamiento de reclusos.....	57
1.9.	Tratamiento de la Pena en los Códigos Penales Salvadoreños.....	57
1.9.1.	Código Penal de 1826.....	58
1.9.2.	Código Penal de 1859.....	58
1.9.3.	Código Penal de 1881.....	59

1.9.4. Código Penal de 1904.....	60
1.9.5. Código Penal de 1943.....	60
1.9.6. Código Penal de 1974.....	61
1.9.7. Código Penal de 1998.....	62

CAPÍTULO II

LA APROBACIÓN DE LOS 75 AÑOS DE PRISIÓN EN EL CONTEXTO SOCIAL, POLIÍCO Y ECONÓMICO SALVADOREÑO.

1.1. La Pena de Prisión de 75 años en El Salvador.....	64
1.2. Incidencia de Factores que Determinan la aplicación de la Pena de Prisión.	
1.2.1. El Control Social Informal y el Conflicto Social.....	66
1.2.1.1. La Prensa y la Inseguridad Ciudadana.....	69
1.2.2. Factor Jurídico.....	71
1.2.3. Factor Político.....	73
1.3. Pena de Prisión y Promedio de Vida de los Salvadoreños.....	76
1.4. Aspectos que Motivaron el endurecimiento de la Pena de Prisión en El Salvador.....	79
1.5. Tratamiento Constitucional referente a las penas Perpetuas.....	80
1.6. Legislación Internacional a las Penas.....	83
1.7. Bienes Jurídicos con relación al Código penal Reforma y Constitución.....	86

1.7.1. Desproporcionalidad de la Pena frente a los Bienes Jurídicos Tutelados.....	89
1.8. Disposiciones Penitenciarias que garantizan el Cumplimiento de la pena de Prisión.....	91
1.9. Estudio del Recurso de Inconstitucionalidad Frente a la Pena de 75 años.....	94

CAPÍTULO III

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DEL TRABAJO DE CAMPO.

1.1. Mecanismo empleado en la Aplicación de la Técnica de la Entrevista.....	97
1.2. Análisis e Interpretación de Entrevistas dirigidas a Magistrados de la Cámara, Colaboradores de la Sala de lo Penal y Jueces de Sentencia.....	98
1.3. Análisis e Interpretación de Entrevistas dirigidas a Jueces de Vigilancia Penitenciaria.....	108
1.4. Análisis e interpretación de entrevistas dirigidas a Sociólogos.....	111

CAPÍTULO IV

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1.1. Conclusiones.....	117
1.2. Recomendaciones.....	120
Bibliografía.....	122

CAPÍTULO I

1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y DOCTRINARIA DE LA PENA.

1.1. EVOLUCIÓN DE LA PENA A TRAVÉS DE LA HISTORIA

La pena en sus orígenes tenía un carácter retributivo, su aplicación tenía por objeto reparar el mal por el delito. En las épocas más remotas de la evolución humana la pena no nació como un daño infligido intencionalmente, sino como un acto de autodefensa instintivo. La penalidad es un fenómeno de carácter social, no se concibe la existencia de la pena fuera de la sociedad. Es errónea, pues, la difundida doctrina que ve el origen de la penalidad en un acto de venganza privada.

Hasta en los períodos más remotos, accesibles a las investigaciones históricas, en cualquier pueblo, aún en los menos civilizados, encontramos la reacción social frente al hecho ilícito cometido por uno de los integrantes de la agrupación humana. La primitiva reacción contra el transgresor de las normas de convivencia social es eminentemente colectiva y tiene un marcado carácter religioso.

Los pueblos prehistóricos no distinguían la violación del mandamiento de Dios, de la ley de los hombres. El delito era considerado como un atentado contra la divinidad.

Cuando diversas tribus, unidas por lazos de sangre conviven sobre un mismo territorio, la pena sufre una evolución. En los casos en que el delito es cometido dentro de la misma tribu por uno de sus miembros, la expulsión pierde su carácter sagrado para convertirse en privación de la paz o persecución. En cambio cuando el transgresor pertenece a otra tribu, el delito da lugar a la venganza de sangre, que es ejercida en forma colectiva para la totalidad de la tribu a que pertenece el delincuente, y que termina con el aniquilamiento de una de las tribus o por el agotamiento de ambas.

Las acciones contra las cuales se dirige la reacción social aparecen siempre, mediata o inmediatamente, como violaciones a los intereses comunes de la sociedad; por eso la pena, es desde su origen, la reacción de la sociedad contra las acciones antisociales.

Posteriormente, al asentarse las tribus en un territorio fijo, la reacción social contra el violador de las normas de convivencia, que en un principio fue aniquiladora y sin medida alguna, se atempera conmutándose por la pena de muerte, las penas corporales mutilantes, el destierro y las penas pecuniarias.

La pena, por último se transforma en pena pública. La ley penal determina el contenido de la pena y las acciones antisociales que determinan su aplicación. De ahí en adelante al fijarse el concepto de delito y de la consiguiente sanción, el arbitrio estatal se torna imposible. Así se transforma el poder represivo ilimitado del Estado en Derecho Penal público.

Es de singular importancia la influencia que tuvo en la evolución de la penalidad el pensamiento de Beccaria, quien se inspiró en la idea del contrato social, consideraba que el hombre al entrar en sociedad delega una porción mínima de su libertad personal a fin de garantizar la libertad de todos. En consecuencia, el derecho de penar proviene de las pequeñas porciones de libertad que han sido delegadas, todo lo que está de más, es abuso y no justicia. Las penas para ser útiles deben ser estrictamente necesarias para la conservación del orden social y de los intereses colectivos.¹

1.1.1. TRATAMIENTO DE LA PENA EN LAS DIFERENTES ÉPOCAS HISTÓRICAS.

El delito surgió cuando el hombre en las relaciones con sus semejantes, transgredió aquellos principios que, según los juicios de valor de cada época, se consideraron fundamentales, apareciendo contra esas transgresiones las diversas constitutivas del elemento diferencial.

No ha sido siempre uniforme la consideración de la gravedad de los delitos, ni las consecuencias que ellos acarreaban a quienes los cometían; tampoco puede afirmarse que las primeras formas delictivas estuviesen constituidas por la violación de los intereses nacidos de las exigencias biológicas indispensables; su apreciación ha dependido de la importancia y significación que, en cada época y lugar se atribuyen al bien jurídico o interés lesionado.

¹ Cuello Calón, Eugenio. La Moderna Penología. Editorial Bosch, Barcelona, 1974. Página

1.1.1.1 ÉPOCA PRIMITIVA.

Es erróneo un punto de partida que pretenda entender los hechos sociales primitivos mediante una concepción racional, puesto que la mente primitiva desconoce totalmente la relación causal.

La mentalidad prelógica descuida aún las causas de los hechos para explicarlos por vía sobrenatural. Los primitivos no tuvieron la intención de buscar las relaciones causales, y cuando las percibieron o se les hizo notarlas, las consideraron como un hecho de poca importancia, como la consecuencia natural de un hecho bien establecido: que sus representaciones colectivas evocan inmediatamente la acción de potencias místicas.

Lo que para nosotros es la causa que produce resultado, para una mentalidad así organizada, constituye una mera circunstancia ocasional o, acaso, el instrumento utilizado por la fuerza sobrenatural oculta.

En oposición al razonamiento lógico, aparece en esos pueblos la significación de la circunstancia de que los hechos se repitan, se sucedan, o se produzcan simultáneamente. Se establece así la relación entre dos hechos porque se han sucedido o se han producido simultáneamente otras veces. No se intenta luego la comprobación del hecho anterior o simultáneo.²

Predominan en esta época: a) la expulsión de la comunidad que luego se transforma (conforme se pierde el carácter religioso)

² Fontán Balestra, Carlos. Derecho Penal: introducción y parte general. Editorial Abeledo – Perrot, Buenos Aires. Página 40.

en la privación de la paz, y b) la venganza de la sangre, ambas como reacciones colectivas.

La expulsión de la comunidad y de la paz que dentro de ella se podía disfrutar, tenía lugar cuando un miembro de la tribu había cometido un hecho delictivo contra cualesquiera otro de sus semejantes o una ofensa contra la tribu misma. Conforme va desapareciendo el carácter eminentemente religioso de la ofensa o de la reacción, ésta se convierte en simple privación de la paz. Al individuo se le expulsaba de la comunidad, perdía el derecho a la paz y el grupo podía reaccionar y reaccionaba contra él imponiéndole la pena por su acción. Una de las formas más primitivas de pena era la ley de lapidación. El delincuente no podía alegar derecho alguno a vivir en paz con los demás miembros de su propia comunidad.

La venganza de la sangre tenía lugar contra el extranjero, miembro de otra tribu. Era un castigo contra el extranjero realizado a la vez contra su gens o tribu, que daba lugar a la lucha de grupo a grupo, quienes castigaban con mano propia, una venganza de sangre como propiamente se le ha calificado. Este derecho se va restringiendo, hasta que solo comprende a los parientes más cercanos.

Tanto uno como otro sistema no tenían límites. Las pasiones colectivas desbordadas por la venganza, necesariamente tuvieron que limitarlo y así surgieron primeramente el talión, que es el sistema de la conocida “Ley del Talión” mediante la cual se impone al ofensor, a título de pena, un mal equivalente al que él mismo ha

causado. La ley del talión se presenta como un proceso evolutivo que frenó los instintos de venganza, limitándola a la cuantía del mal causado y señalando inclusive un objeto a la pena. Así surgió también, a fin de evitar las consecuencias de una lucha de tribu a tribu, el abandono noxal o entrega que se hacía del injusto agresor a la tribu ofendida para que ésta no reaccionara contra el grupo al cual el delincuente pertenecía. Y por último la *composición*, mediante la cual quedaba autorizado el ofendido para que voluntariamente y en cada caso, transara con el ofensor mediante pago que éste debía hacer a aquel, ya sea en metálico o con animales. La solución se generaliza y entonces de este sistema que se le ha llamado también de la componenda, es el grupo el que ya exige la composición entre el ofendido y el ofensor, ajenamente aún a la voluntad de éste.³

1.1.1.2 ÉPOCA DE LA PENA PÚBLICA.

Cuando el Estado se fortalece y comprueba que la venganza de la sangre y las demás formas primitivas de represión turban la paz de la sociedad y destruyen la familia, interviene con la pena pública y caracteriza como delitos, en primer término, los que atentan contra su propia existencia y así, sucesivamente, los que atacan el orden público o los bienes religiosos y públicos. Aparecen luego el homicidio, las lesiones corporales, las ofensas al honor, los delitos contra la propiedad, etc.

La pena tiene una función retributiva e intimidatoria, pues se

³ Arrieta Gallegos, Manuel. Manual de Lecciones de Derecho Penal. Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador 1972. Página 38.

trata de impedir la actividad delictuosa del agente. En esta etapa de la pena, la principal característica es el apareamiento de la pena como castigo predeterminado y regulado por el poder del Estado. Es totalmente diferente a las penas de etapas posteriores, pues el alcance y limitación de la pena es regido por la costumbre o la voluntad del magistrado y no por una ley escrita o no. El delito se conoce como tal por el Rey o el funcionario podía hacer caso omiso de la ley y descriminalizar una conducta o una acción considerada como un delito predeterminado.

Conviene señalar que el derecho penal de la primera época, no existe la acción judicial, cuya conquista aparece lógicamente, cuando éste se hace público. Inicialmente el damnificado puede elegir entre la venganza, la reconciliación y la jurisdicción judicial.

La denominada acción popular es de la esencia de los delitos de carácter público y corresponde a cualquiera de los miembros de la sociedad, prosiguiéndola luego de oficio.⁴

Puede creerse que, por el hecho de que el Estado tomara a su cargo la administración de justicia, las penas cedieron en rigor durante ésta época; pero sucedió justamente lo contrario, o al menos, se mantuvo rigorismo y gravedad, por no decir inhumanidad.

Esta misma época ha sido también conocida como período teológico político de la venganza divina, pues confundiendo pecado

⁴ Fontán Balestra, Carlos. Derecho Penal... Op. Cit. Página 42.

con delito, se vio en este último una ofensa a Dios y al Príncipe, y de ahí que la venganza divina fue tomada como motivo para medir así la gravedad de la pena.⁵

En síntesis, las características de ésta época fueron las siguientes:

- a) Desigualdad de los hombres ante la ley. Las clases dominantes, poderosos o nobles, gozaron de fueros especiales con penas menos severas y procesos también especiales;
- b) Estrecha ligación entre el Derecho Penal y la religión de donde resultaban delitos de tipo religioso como la herejía, la blasfemia, el sacrilegio, etc., que eran reprimidos con severas penas;
- c) Penas inhumanas y crueles como lo fue la muerte acompañada de torturas, los azotes e inclusive las mutilaciones; penas infamantes como la argolla, pesada pieza de madera aplicada al cuello; el pílory, rollo o picota en que cabeza y manos quedaban sujetas, las galeras, el descuartizamiento, entre otras;
- d) Las penas no siempre fueron personales porque trascendían a la familia del penado, ya que no se extinguía con la muerte del reo;
- e) Arbitrariedad judicial, ya que los jueces tenían la facultad de administrar justicia sin sujeción a figuras concretamente descritas por la ley como delitos y aún de aplicar penas que no estaban previstas en las mismas leyes;

⁵ Arrieta Gallegos, Manuel. Manual de Lecciones de Derecho Penal. Publicaciones de la Corte Suprema de justicia, San Salvador. Página 39

- f) Sustitución del proceso acusatorio por el inquisitorio, pero en forma secreta y con desconocimiento de ciertas garantías procesales fundamentales y aún de los derechos humanos, pues inclusive se hacía uso del tormento como medio para obtener confesiones, siendo la confesión la reina de las pruebas.

1.1.1.3 ÉPOCA HUMANITARIA.

Con la revolución filosófica que arranca del renacimiento, puede decirse también renació la personalidad humana. En el campo de la filosofía se originó el llamado “iluminismo”, con Hobbs, Spinoza y Locke, Grocio, Bacon, Pufendorff y Wolff, con Rousseau, Diderot, D’Alembert, Montesquieu y Voltaire. Indudablemente este movimiento repercutió hondamente en el campo penal, aparece la obra escrita por Beccaría “Del Delito y de la Pena”, la cual produjo una profunda transformación en el derecho punitivo, iniciando la época humanitaria y sirviendo de causa lógica a las doctrinas de la escuela penal clásica.

Toda esta obra gira alrededor de los siguientes puntos: a) anatematiza con dureza todos los abusos de la práctica criminal imperante, exigiendo una reforma de fondo; b) proclama que la justicia humana es cosa muy distinta de la justicia divina, pues la justicia penal encuentra su fundamento en la utilidad común, o sea en el interés general que es el bienestar del mayor número, utilidad común que sin embargo deba estar limitada por la ley moral; c) Afirma que el rigor de las penas de nada sirve si no va acompañado de la certidumbre del castigo, es preferible contener

al malhechor por la amenaza de una pena moderada pero cierta, que aterrorizarle por el futuro de suplicios de los que tendrá la esperanza de escapar, además de que, los castigos crueles hacen insensibles a los hombres; d) Lo indispensable es disponer de una buena política para evitar el delito en vez de imponer crueldades; e) Postula la abolición de la pena de muerte y más aún en forma cruel, aceptándola solo en las épocas de perturbaciones políticas; f) Aboga por la determinación de las penas humanizadas previamente por la ley y por la determinación de procedimientos que no sean crueles, fijados con anterioridad a los delitos, de donde surge desde luego, el derecho penal liberal por el que propugna los clásicos dentro de la escuela que lleva ese nombre, concretándose el pensamiento de Beccaría con una fórmula jurídica, la cual es el principio de legalidad de los delitos y de las penas. De entonces en adelante nadie podrá ser castigado por hechos que hayan sido anteriormente previstos por una ley y a nadie podrá serle impuesta una pena que no esté previamente establecida en la misma. Este es el conocido principio de legalidad que da el traste con el poder abusivo del Estado en el campo punitivo y que encuentra cabida en la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, años más tarde consagra en el preámbulo de la primera Constitución francesa, a raíz de la revolución. Y este es el principio que también inspira a todas las legislaciones penales que surgen en Europa y en los nacientes Estados de América.

Simultáneamente con Beccaría, Surge John Howard quien, basado en experiencias propias dentro de las cárceles y las visitas que hizo a muchas de ellas, escribió su libro “Estado de la

Prisiones”, en el que critica el cruel estado de las mismas, constituyendo una nueva fase en esta época humanitaria del Derecho Penal. En él llega a conclusiones precisas, fijando como base para remediar el mal de los prisioneros, la siguiente: primero, higiene y alimentación; segundo, disciplina distinta para los detenidos y los encarcelados; tercero, educación moral y religiosa; cuarto, trabajo; y quinto, sistema celular dulcificado.

Se ha dicho que la época humanitaria da nacimiento al derecho penal liberal y a las doctrinas de la Escuela Penal Clásica, con la honda transformación de la justicia penal y sobre todo con el establecimiento y generalización del principio de legalidad en todas las legislaciones.⁶

1.1.1.4 ÉPOCA CIENTÍFICA.

Conmovidos los cimientos de la Escuela Penal Clásica que ahondó en el estudio del delito y de la pena y el respeto a la personalidad humana con el apareamiento del positivismo filosófico, surge a la vez el llamado período científico del Derecho Penal, con el estudio del delincuente. Si en la época humanitaria se garantizaron los derechos básicos de la personalidad humana frente a las arbitrariedades del poder, en la época científica del Derecho Penal se profundiza hondamente el problema del estudio que se hace de la personalidad compleja del sujeto, o sea del delincuente, que es lo que se destaca en primer término en el panorama penal.

⁶ Arrieta Gallegos, Manuel. “Manual de...” Op. Cit. Página 41

Este nuevo período que corresponde al presente y al porvenir, además toma la pena no como fin, sino como un medio para lograr un fin, la corrección y la readaptación del delincuente, o siendo imposible, su segregación de la sociedad.⁷

1.2. ENFOQUE DE LAS PENAS SEGÚN DIFERENTES ESCUELAS.

1.2.1. ESCUELA CLÁSICA.

Esta corriente doctrinal se forma a principio del siglo XIX, cuando comienza el desenvolvimiento de ideas liberales relacionadas con el delito y la pena.

Para caracterizar esta dirección del pensamiento jurídico penal, deben hacerse las siguientes precisiones: Lo que hoy se conoce como escuela clásica no constituyó ni mucho menos una tendencia doctrinaria; se trata de la unificación que bajo tal denominación hizo Ferri de las diversas corrientes entonces vigentes, no solo en Italia sino también en otros países, a los cuales contrapuso la Escuela Positiva (1880).

La verdad es que esta corriente del pensamiento tiene un contenido completamente heterogéneo, incluyéndose dentro de ella una serie de posturas diferentes e incluso opuestas, que en la época de mayor predominio combatieron entre sí, como sucedió con las tendencias que defendían la retribución como función de la

⁷ Arrieta Gallegos, Manuel. "Manual de..." Op. Cit. Página 41

pena frente a las que hacían hincapié en la prevención, es más, ellas se desarrollan de manera espontánea en cada nación, con representantes que en muchos casos no se conocían y defendían una autonomía. Sin embargo son los diferentes puntos de contacto, entre los que deben mencionarse los diferentes postulados generales en torno al método, al objeto del Derecho penal, al punto de partida filosófico y político, los que permiten reunir estas vertientes del pensamiento bajo un nombre unitario.

PRINCIPALES REPRESENTANTES:

Como ya se dijo, el verdadero fundador de esta dirección de pensamiento fue César Beccaria, a cuyo nombre deben sumarse Romagnon, Filangueri, Pagano, Rossi, Carrara y Pessina. Estos autores publicaron sus obras fundamentales entre los años de 1764 y 1882 destacándose el monumental Programa del Curso de Derecho Criminal de Carrara (1859), quien al constituirse en el pensador que cierra el ciclo de la Escuela es el que permite caracterizarla.

Sin duda alguna, ésta corriente penal es hija de la Revolución Francesa y tiene como cometido fundamental la reivindicación de los derechos del hombre, bajo la tutela de un Estado liberal no intervencionista que repudia los excesos propios de la época del absolutismo; ahora bien, en lo que hace a lo social está singularizada por el auge del capitalismo y por el predominio de la clase burguesa, a cuyo lado empieza a configurarse una creciente masa proletaria como producto de la Revolución Industrial.

POSTULADOS BÁSICOS.

Como punto de partida que inspiran esta tendencia jurídicopenal, puede señalarse los siguientes: en primer lugar, debe considerarse el método, como ya se indicó, esta corriente acoge el deductivo o especulativo, consistente en afirmar leyes abstractas de carácter general descendiendo luego a casos particulares, lo cual implica un verdadero tránsito del pensamiento mágico al abstracto en el campo del derecho penal.

Entre los axiomas generales de los que partía deben mencionarse los siguientes: la existencia de una ley moral, anterior y superior a las leyes positivas; la presencia de un derecho natural, superior a la organización política; el reconocimiento al principio de causalidad; la consideración del delito como un ente jurídico abstracto; la concepción del hombre como un ser inteligente y libre.

En segundo lugar, el derecho no es concebido como un producto histórico, sino que es congénito al hombre dado por Dios a la humanidad, de donde se desprende un dualismo normativo: un Derecho natural y un Derecho positivo.

En cuanto al Derecho penal, en tercer lugar, se afirma que todo él gira en torno a la idea de la ley natural como módulo del derecho y se origina y fundamenta en la ley eterna independiente de las leyes humanas, por eso, se afirma que el Derecho penal tiene su fuente y su norma en una ley que es absoluta, porque constituye el único orden posible para la humanidad, según lo previsto y querido por el creador. La ciencia penal no busca más

que la aplicación, a la defensa del derecho, de estos principios racionales impuestos a nosotros por la mente suprema. De ésta manera el Derecho penal tiene como cometido el estudio del delito, de la pena y del juicio, olvidando completamente la persona del delincuente.

El delito es concebido como un ente jurídico abstracto que supone una relación de contradicción entre el hecho del hombre y el derecho positivo: es la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos y que resulta de un acto externo del hombre positivo o negativo, normalmente imputable y socialmente dañoso.

Para la escuela clásica, la pena es un medio de tutela jurídica de los derechos de los individuos y se explica por el hecho de que la sociedad protege los derechos de la persona en forma coactiva, mediante una pena de función reparadora, divisible y proporcionada al delito. La pena es entendida como una medida de reparación o compensación del daño ocasionado con el delito y la ofensa al orden jurídico, la pena es el mal que de conformidad con la ley del Estado infligen los jueces a los que han sido hallados culpables de un delito, habiéndose observado las debidas formalidades. Unido a lo anterior se plantea que el fin primario de la pena es el restablecimiento del orden externo de la sociedad, pues la justicia ordena que quien haga un mal, sufra otro, con lo cual se da amplia cabida al fin retributivo. En relación con las medidas de seguridad y prevención, aplicables a los inimputables, son consideradas por los clásicos como meras medidas políticas que se encuentran por fuera del derecho penal. Entre los méritos

de ésta escuela se encuentra el hecho de haber logrado la abolición de las penas infamantes.⁸

La responsabilidad penal se basa en el libre albedrío, facultad de autodeterminación del hombre frente al bien y el mal, lo cual conduce a una responsabilidad moral, dado que sin libre albedrío no es posible una incriminación moral o jurídica; pero para pedirle impulsar a un individuo una determinada acción es imprescindible la presencia de tres juicios diversos, cuya formulación corresponde al funcionario judicial: el juez debe establecer la causa material del hecho punible o imputación física; que el hombre lo ha hecho con voluntad inteligente y libre o imputación moral; y finalmente, que el hecho esté prohibido por la ley del Estado, o imputación legal. Una vez emitidos estos tres juicios de valor, sobrevendrá la responsabilidad penal.

1.2.2. ESCUELA POSITIVA.

Para poder caracterizar esta dirección de pensamiento, es también indispensable precisar sus aspectos más importantes.

El nombre de Escuela positiva o, positivista, como también se le denomina, le fue dado por sus propios partidarios, quienes reivindican para el derecho penal el método inductivo, propio de una época en la cual se observa un acelerado desarrollo de las ciencias del ser o naturales, a las cuales tenía que sumarse esta

⁸ Trejo, Miguel Alberto. "Manual de Derecho Penal: Parte General." El Salvador 1996, pág. 19

disciplina si quería alcanzar el rango de ciencia. Surge entonces una nueva escuela contrapuesta a la anterior, con postulados completamente diferentes y una concepción unitaria del fenómeno criminal; para ella la elaboración científica de esta rama del saber, tendrá que partir de la realidad empírica, social, dejando atrás la época en que el derecho natural era el objeto de estudio de un derecho penal indeterminista, basados en concepciones metafísicas.

Los máximos defensores de la nueva tendencia fueron: Lombroso (1836 – 1909), quien a partir de la observación y estudio de los delincuentes creó una ciencia denominada Antropología Criminal que también incluía el estudio psicológico del hombre delincuente al lado del orgánico; a él se debe la publicación de una obra titulada “El hombre criminal en relación con la antropología, la jurisprudencia y la disciplina carcelaria” (1876), en la cual plantea que la ciencia por él descubierta era una aliada del Derecho penal.

Por la misma época Ferri (1856 – 1929) en su teoría de la imputabilidad y negación del libre albedrío (1878) el fracaso total de los pensadores clásicos, y que no se trataba de convertir la antropología en una ciencia aliada del derecho penal, sino de aplicar el método inductivo al estudio de la justicia penal, como reiteraría muchos años después; esto es, estudiar el delito como fenómeno natural y social, valorándolo como expresión antisocial de cierta personalidad delincencial. Con este pensador irrumpe otra disciplina nueva, la Sociología Criminal, cuando publica sus “Nuevos Horizontes del Derecho y del Procedimiento Penal” (1880), obra de la cual se harían ediciones posteriores bajo el título de

“Sociología Criminal”, en la que planteaba que el delito era la resultante de una triple serie de causas: individuales, físicas y sociales, a partir de lo cual pudo clasificar los delincuentes en cinco categorías: natos, locos, habituales, ocasionales y pasionales.

También es este mismo momento histórico Garófalo señaló la necesidad de introducir innovaciones jurídicas en la justicia punitiva aportando el concepto básico de temibilidad del delincuente como criterio de penalidad, después denominado peligrosidad, así como la noción de delito natural, a él se debe la publicación de obras como “Un Criterio Positivo de Penalidad y Criminología.

Lombroso, Ferri y Garófalo, se convirtieron en los tres evangelistas de la nueva escuela, a quienes se sumaron luego autores como Grispigni, Puglia, García Dorado y Montero, Quirós y Pérez, Jiménez de Asúa, entre otros.

En contraposición a los clásicos, notablemente influidos por una concepción iusnaturalista del derecho, los positivistas van a plantear que este es un producto de las condiciones sociales, históricas, vigentes en la comunidad, que ha sido plasmado en las leyes de los Estados para regular el orden y asegurar la convivencia en comunidad. El Derecho Penal aparece también como un producto histórico que tiene su origen en la necesidad evidente de la vida social y representa el poder soberano que el Estado ejercita como derecho y deber impuesto por aquella necesidad. De allí se desprende el cometido de defensa social

asignado al imperio de la justicia penal; esto es, de defensa de las condiciones fundamentales para la vida de los ciudadanos organizados en comunidad, por lo cual se asignaba al Estado la función de organizar de modo jurídico la defensa social represiva contra la delincuencia. Por eso, entonces, podrá decirse que el fundamento del derecho de castigar reside en la responsabilidad social, dado que todo hombre debe responder de su modo de comportarse por el mero hecho de vivir en sociedad.

El delito es concebido como un fenómeno natural, un hecho social, explicado a partir de una triple serie de causas, como ya se indicó: endógenas, físicas y sociales; esta consideración del fenómeno criminal como perteneciente al modo empírico, suponía el rechazo del punto de partida de los clásicos: la libertad de voluntad. Si el delito es un hecho perteneciente a la esfera real – material, no puede sustraerse a la ley de la causalidad, la cual determina también el comportamiento individual. Gracias al anterior planteamiento, los positivistas pudieron llamar la atención sobre el hombre que delinque lo cual había sido olvidado por los clásicos: “El delincuente, siendo el autor del hecho prohibido, al que debe aplicarse la pena sancionada por la ley, y siendo por ello el protagonista de la justicia penal práctica, debe serlo también de la ciencia criminal”.

La pena no se concibe como un castigo sino como un medio de defensa social cuya aplicación debe hacerse teniendo en cuenta, más que la gravedad del delito, la “peligrosidad del delincuente”, llegando a la segregación por un tiempo indeterminado o a la muerte si fuera necesario, pues se partía del

postulado de que una de las formas de prevenir el delito era no castigar a los hijos de los delincuentes, sino impedir que nacieran; detrás de estos planteamientos, como es de suponer, se escondía una intolerable concepción racista. Esto lleva a plantear el reemplazo de las penas por las medidas de seguridad o de defensa social, impuesta con base en el criterio aludido, pues una vez excluida toda idea de retribución de la culpa moral en el delito, las medidas de seguridad poseen la misma función y naturaleza de las penas.

El positivismo penal erradicó el libre albedrío como fundamento de la responsabilidad penal, planteando en su lugar la responsabilidad social, según la cual el hombre responde por el mero hecho de vivir en sociedad sin distinciones de ninguna índole: mayor o menor, normal o anormal. Así lo explica Ferri: “ Todo hombre, por el solo hecho de vivir en sociedad y por tanto, de poseer todas las ventajas, protecciones y garantías del consorcio social debe responder ante la sociedad de su modo de conducirse (responsabilidad social), cuando ofenda en los otros hombres o en la colectividad las condiciones de existencia y los consiguientes derechos; esto es, cuando ejerza una forma de actividad que sea inferior a aquel mínimo de disciplina social, variables en las distintas épocas, pero sin el que no es posible la convivencia humana”.⁹

⁹ Velásquez Velásquez, Fernando. Derecho Penal: parte general. Editorial Temis Santa Fe de Bogotá 1997. Página 198.

1.2.3. TERCERA ESCUELA ITALIANA

Luego del surgimiento de la Escuela Clásica y la Escuela Positiva, surgen otras corrientes intermedias que pretendieron una conciliación entre estas dos corrientes con postulados totalmente diferentes. Este conjunto de ideas eclécticas recibió el nombre de Positivismo Crítico y que en el fondo, constituye un replanteamiento de las ideas originarias de ambas escuelas. Encontramos dentro de éstas, a la tercera Escuela Italiana, a la cual tuvo como representantes a Manuel Carnevale con su obra “Una Tercera Escuela de Derecho Penal en Italia (1891); y Bernardino Alemana, autor de la obra “Escuela Crítica del Derecho Penal” (1891).

En lo relativo a la pena, ésta concibe como un instrumento de defensa social con funciones preventivas y de readaptación del delincuente, que debe enmarcarse en dos límites: mínimo de sufrimiento y máximo de defensa social. Es decir, que la pena no se agota en el mero castigo del culpable, sino que se acude a la corrección y a la rehabilitación social.

1.2.4. ESCUELAS MODERNAS

1.2.4.1. ESCUELA POLITICO CRIMINAL.

Fundada por el penalista alemán Franz Von Liszt, su pretensión no era remplazar el Derecho Penal por la política criminal; pero distinguía el derecho penal, cuyo contenido está amparado en las normas prohibitivas(momento normativo), el hecho

delictuoso como fenómeno criminológico (momento fáctico) y de lo valorativo, propio de la política criminal(momento axiológico).

En realidad, la escuela político criminal, participa, o más bien hace uso de las concepciones de las dos escuelas fundamentales: la clásica y la positiva, tratando de poner orden en sus postulados. Emplea el método experimental en las ciencias criminológicas, y el lógico abstracto en el Derecho penal. Mantiene la fórmula extrajurídica de la imputabilidad, pero acepta también las del estado peligroso para ciertas categorías de delincuentes temibles. Considera que el delito es tanto un fenómeno natural como un ente jurídico y sostiene que deben aplicarse tanto las penas como las medidas de seguridad.¹⁰

Esta escuela está considerada como una de las más avanzadas. Dentro de sus aportes, en lo referente a la pena, podemos mencionar que ésta debe tener un fin y ser aplicada sólo a los imputables.

Para esta escuela, el Derecho Penal debe estar separado de la sociología y la antropología, conservando cada uno de sus métodos y fines; pero en íntima colaboración con ellas. El estudio del delito debe ser jurídico social, y el fundamento de la pena es la defensa contra las acciones antisociales.

En síntesis sus postulados principales son los siguientes:¹¹

¹⁰ Fontán Balestra. "Derecho..." op. Cit. Página 64

¹¹ Labatut Glana, Gustavo. Derecho Penal. Editorial Jurídica de Chile, 1988. Pág. 61

- a) El Derecho penal es una ciencia independiente de la sociología criminal, de la cual difiere tanto por su contenido, la exposición dogmática del Derecho vigente como por su método, el lógico abstracto.
- b) Mantenimiento simultáneo de los conceptos de imputabilidad moral, basada en la normalidad psíquica, pues rechaza en libre albedrío y el estado peligroso. Aunque no en la forma amplia en que lo concibió Garófalo, sino limitado a cuantas categorías de delincuentes: reincidentes, mendigos y vagabundos, alcohólicos y defectuosos mentales.
- c) Consideración del delito como fenómeno natural y social y como ente jurídico al mismo tiempo.
- d) La lucha contra la criminalidad debe emprenderse utilizando conjuntamente las penas y las medidas de seguridad.

1.2.4.2. ESCUELA DE LA DEFENSA SOCIAL.

Esta, al igual que otras, se ubica dentro de la corriente de la nueva política criminal o Dogmática Jurídica contemporánea y constituye un pensamiento político criminal diferente, fundamentado en investigaciones criminológicas.

Hace una crítica a la metafísica del Derecho Penal; ve en el delito no un ente jurídico, sino una forma de expresar la personalidad del autor. Al igual que otras corrientes del pensamiento, rechaza el libre albedrío y pretende encontrar las razones que llevan al sujeto a delinquir; por último, concede gran importancia a la prevención especial que debe procurar la

resocialización de los sujetos peligrosos mediante el tratamiento penitenciario más adecuado.

1.2.4.3. ESCUELA TECNICO JURIDICA.

Denominada también “Neoclásica” o “Dogmática”. Se origina en Italia. Su creador fue Vicente Mancini y sus seguidores. Massari, Carnelutti, De Marsico, Petrocelli y especialmente Arturo Rocco.

Busca la autonomía absoluta del Derecho Penal, es decir con prescindencia de las investigaciones criminológicas, sociológicas, antropológicas, etc. y pretende la investigación del delito y de la pena en base a cuatro niveles:

1. Exegético. Simple examen literal o gramatical del Derecho Penal vigente.
2. Dogmático. Consulta a los principios generales plasmados en el espíritu de las instituciones, es decir, una exposición racional y objetiva de la doctrina respecto del delito, el delincuente y la pena.
3. Sistemático. Funciona los diversos conceptos jurídicos y los de delito, delincuente y pena, como planteamiento correcto para el estudio de la teoría jurídica del delito.
4. Crítica extralegal. Para poder examinar la ley, su aplicación y las reformas que podrían hacerse.

Se sostiene que ésta no constituye propiamente una escuela, sino un método. Este método concibe el delito como un acto típico, antijurídico, imputable, culpable, susceptible de ser penalizado.

Analiza al delincuente en relación con su capacidad para comprender la norma socialmente aceptada y elevada a la categoría de ley; así mismo, sostiene que en la responsabilidad penal se debe prescindir del libre albedrío y mantener la diferencia entre imputables e inimputables; considera que la pena debe ser vista como un instrumento de defensa social con fines de readaptación.

Proclama la separación del Derecho penal de la Sociología Criminal, rechaza la existencia del criminal nato y combate la teoría de la anormalidad morbosa del delincuente: el delito es un fenómeno determinado predominantemente por causas sociales, lo que no excluye la existencia de criminales degenerados. Niega el libre albedrío y fundamenta la responsabilidad en la intimidabilidad; o sea, en la aptitud del individuo para sentir la coacción psicológica de la pena. De los imputables, la sociedad se defiende mediante las penas; de los inimputables, mediante las medidas de seguridad. Concede mayor importancia a la prevención que a la represión de los delitos. La visión del delito como fenómeno individual y social, así como la negación del libre albedrío aproxima a sus defensores a la escuela positivista; en cambio, la distinción entre imputables e inimputables, los emparenta con la escuela clásica.¹²

¹² Labatut Glenda, Gustavo. "Derecho..." op. Cit. Página 60.

1.2.4.5. DOGMÁTICA JURÍDICA

Consiste en la reconstrucción del Derecho vigente con base científica. La dogmática surgida de los penalistas alemanes, además de ser evidentemente jurídica, es también eminentemente filosófica. Constituye la auténtica ciencia del Derecho Penal que se ocupa de reconstruir la doctrina del delito, del delincuente y de la sanción penal, tomando por base el acervo doctrinario y filosófico dejado por las escuelas penales y que han podido resistir al severo análisis crítico de los grandes penalistas contemporáneos. A la vez tomo por base en esta reconstrucción de los conceptos del delito, delincuente y pena, la aceptación y perennidad de los conceptos plasmados en el Derecho vigente de los distintos países.

El delito es analizado para ser construido ante todo como un acto integrado a la vez por los caracteres de la antijuricidad, tipicidad, imputabilidad, culpabilidad y penalidad. El delincuente es estudiado a través de la capacidad que tenga de comprender la norma de cultura, la cual es en definitiva la base de la ley penal dejando así atrás el libre arbitrio o el determinismo. La pena es una medida de defensa social adaptable al sujeto activo con fin predominantemente rehabilitador.¹³

El Derecho Penal como tal, es decir, como conjunto normativo, carece de método. El método es una cualidad que sólo tiene la actividad humana, no un conjunto normativo. Podrá hablarse de

¹³ Arrieta Gallegos. "Manual de..." op.cit. Página110.

método en la creación, interpretación o aplicación de ese conjunto normativo, pero no de un método del conjunto normativo mismo.

Como ya se dijo, solo las actividades humanas tienen un método, en el ámbito del derecho penal, esas actividades humanas que de él se ocupan pueden reducirse a cuatro: la creación, la interpretación o conocimiento, la aplicación y la enseñanza. La finalidad de la ciencia del derecho penal es el conocimiento de éste como un objeto más de esa realidad global que representa el mundo del delito, su lucha y su prevención.

A esta actividad de conocimiento del derecho positivo se le llama dogmática, porque parte de las normas jurídicas positivas consideradas como un dogma, es decir, como una declaración de voluntad con pretensión de validez general para solucionar problemas sociales.

La dogmática jurídico penal, por tanto, trata de averiguar el contenido de las normas penales, sus presupuestos, sus consecuencias, de delimitar los hechos punibles de los impunes, de conocer en definitiva, qué es lo que la voluntad general expresada en la ley quiere castigar y cómo quiere hacerlo. En este sentido la dogmática jurídico penal cumple con una de las importantes funciones que tiene encomendada la actividad jurídica en general en un Estado de derecho: la de garantizar los derechos fundamentales del individuo frente al poder arbitrario del Estado, que, aunque se encause dentro de unos límites, necesita del control y de la seguridad de esos límites.

La dogmática jurídico penal se representa así como una consecuencia del principio de intervención legalizada del poder punitivo estatal e, igualmente, como una conquista irreversible del pensamiento democrático. La mejor ley no deja de ser un desideratum desprovisto de eficacia práctica sino hay una actividad que se ocupe de ella, que la conozca, la delimite y la aplique.

La idea del Estado de Derecho exige que las normas que regulan la convivencia sean conocidas y aplicadas, además de ser elaboradas por un determinado procedimiento de un modo racional y seguro, que evite la arbitrariedad en su aplicación y que las dote de una fuerza de convicción tal, que sean aceptadas por la mayoría de los miembros de la comunidad. De este modo, incumbe a la dogmática jurídica también una función legitimadora. Para ello, la dogmática debe partir del problema que las normas tratan de solucionar y aceptar la solución que ellas ofrecen; pero esa solución no es nunca, o casi nunca unívoca o tajante, sino que admite variación.

Las normas jurídicas, a diferencia de las leyes matemáticas o físicas, son producto de un consenso; por lo tanto, las soluciones que ofrece son discutibles. Pero estas normas jurídicas que se aceptan como objeto a interpretar, pueden haber sido elaboradas por un procedimiento que nada tenga de democrático, pueden ser injustas y pueden obligar a dar soluciones que sean perjudiciales para la convivencia.

La dogmática jurídico penal, es una ciencia neutra, lo mismo interpreta leyes progresivas que reaccionarias, de ahí que pueda

convertirse en algo sumamente peligroso si el penalista está dispuesto a interpretar, por decir así, todo lo que le echen. Pero este peligro también puede ser aminorado si, por ejemplo, se mantiene siempre una actitud crítica frente a las normas penales, y se considera el saber dogmático como un saber parcial que tiene que ser completado con otro tipo de saberes y no como un saber absoluto que se justifica por sí mismo. Solo así puede cumplir la dogmática jurídico penal también una función de control de poder punitivo, evitando ser una mera servidora o cómplice del mismo.

De acuerdo con este esquema, se pueden diferenciar los distintos momentos en que se desenvuelve la dogmática jurídico penal en una triple dimensión que constituye los momentos estelares de toda actividad jurídica: la interpretación, la sistematización y la crítica del derecho penal positivo. Esta división no tiene, sin embargo, un valor absoluto, porque en última instancia, tanto la interpretación como la sistematización y la crítica constituye un todo, en que las tres fases están interrelacionadas y cooperan a la misma finalidad de conseguir una administración de justicia penal igualitaria y justa, por encima de la coyunturalidad, la arbitrariedad y la sorpresa.

1.3. MERECIMIENTO Y NECESIDAD DE LA PENA DESDE EL PUNTO DE VISTA JURÍDICO DOGMÁTICO.

La doctrina alemana con ciertas matizaciones, se ha inclinado por justificar la existencia de las condiciones objetivas de punibilidad haciendo uso de una clásica diferenciación entre

merecimiento de la pena y necesidad de la pena.

1.3.1. MERECIMIENTO DE LA PENA.

La pena criminal independientemente de los aspectos preventivos, contiene también un juicio de desvalor ético-social. Su ejecución significa una agresión a los derechos fundamentales del penado y por esta razón sólo se encuentra justificada cuando se trata de una reacción inevitable para garantizar la paz jurídica. Merecedora de la pena es sólo aquella conducta que merece la desaprobación ético-social por su capacidad para poner en peligro o dañar gravemente las relaciones sociales dentro de la comunidad jurídica. La gravedad del juicio ético-social depende no solo de la conducta de lesión o puesta en peligro, sino también de la propia naturaleza del bien jurídico, y así cuanto mayor sea el rango de un determinado bien jurídico de acuerdo con el orden valorativo, mayor será el merecimiento de la pena a quien lo ha lesionado o puesto en peligro; por el contrario, a menor importancia, menor será también el merecimiento de la pena desde la perspectiva del desvalor social.

En consecuencia, en la determinación del juicio de merecimiento de la pena, no sólo ha de tomarse en cuenta el desvalor de la acción y del resultado de una determinada conducta, sino también la naturaleza del bien jurídico.¹⁴

¹⁴ Mapelli Caffarena. “Estudio Jurídico-Dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de la punibilidad”. Secretaría General Técnica. Madrid 1990. Pág. 30 - 31

1.3.2. NECESIDAD DE LA PENA.

Con este juicio se determina que la pena es el medio irrenunciable para proteger la sociedad frente a lesiones o amenazas a bienes jurídicos dignos de protección penal y para preservar el orden jurídico. Se trata de separar el merecimiento político-criminales.

Mientras que aquel se determina esencialmente a partir de la valoración del daño social de una conducta, la necesidad de la pena toma en consideración sobre todos los fines de la pena. Este momento final de la necesidad de la pena, puede ser contrario al juicio de merecimiento de la misma cuando pueden emplearse otros medios de intervención menos graves que producirían un resultado igual o más satisfactorio, cuando haya seguridad de alcanzar los fines de la pena sin necesidad de acudir a la sanción penal, por ejemplo, mediante la incorporación del autor a la legalidad entonces falta la necesidad de la pena y, finalmente tampoco habrá necesidad de ella cuando no exista ninguna posibilidad real de prevenir o corregir las lesiones de la vida social.

Generalmente, las circunstancias que provocan la necesidad de la pena, no aparecerán de un modo específico, ya que estas suelen coincidir con el contenido del injusto y la culpabilidad; es decir que la mayoría de los delitos ofrecen una congruencia entre los momentos de desvalor y de finalidad. Tan sólo en supuestos excepcionales, es preciso que concurra además un especial menoscabo de los valores de orden amparados por el

correspondiente precepto penal para que se reconozca la necesidad político-criminal de la pena, así se pretende garantizar que sólo las conductas más graves sean castigadas.¹⁵

1.4. EVOLUCIÓN DE LAS TEORÍAS QUE HACEN REFERENCIA A LA PENA.

En todas las épocas de la historia, las distintas agrupaciones humanas, ya sea familias, tribus o pueblos, han castigado el delito. La única transformación operada al hacer la observación de este fenómeno, es la de que, primitivamente se castigaba al delincuente sea ya por la familia o por la tribu, a título de venganza; en cambio, cuando se organizó el Estado con sus poderes y facultades, a éste correspondió y corresponde la función punitiva. Mas, en el estudio y evolución del Derecho Penal, lógico es interrogar cuál es el fundamento o fundamentos que han existido y existen para que la sociedad organizada en forma de Estado, pueda imponer penas a los que han delinquido. Punto es éste mas de la filosofía del Derecho, íntimamente ligado a la propia disciplina penal y que como consecuencia amerita su estudio.

Cierto es que han existido negadores de este derecho, como los anarquistas puros, quienes así deben opinar como una consecuencia obligada a la negación de la autoridad y como propugnadores de una organización social con ausencia de todo gobierno, basada en que los hombres pueden mantenerse unidos únicamente por vínculos de solidaridad, prescindiendo de la

¹⁵ Mapelli. Op. Cit. Página 34.

existencia del Estado como autoridad normadora de conductas. Otros, como Bruno Wille, Emilio Girardin, Luis Molinari, son también negadores del jus – puniendi por parte del Estado. Igual, aunque con menos extremismo, afirman, como también conceptos similares se encuentran en las obras literarias de Anatole France y León Tolstoi.

Sin embargo, la totalidad de penalistas no sólo afirman el jus – puniendi, sino que además lo fundamentan con base en distintas teorías. Puede decirse que corresponde a la Escuela Clásica, durante el periodo de su elaboración filosófica, el mérito de haber abordado, por primera vez en forma sistemática, el estudio de la cuestión. Así lo afirma Labatut Gléna, con base en la realidad histórica y agrega: “la solución del problema ofrece particular interés, porque, según sea ella, serán también los límites que se reconozcan al derecho penal, las finalidades que se le asignen y los medios que será necesario poner en práctica para conseguirlos”.¹⁶

Las distintas teorías para fundamentar el derecho de castigar, dependen de la función que se asigne a la pena, o sea al afecto que se debe tener ella y producir en virtud del cual es utilizada por el Estado. Estas teorías se clasifican en dos grupos: teorías absolutas y relativas. Las primeras consideran únicamente el delito cometido, o sea que la pena se impone porque se ha incurrido en una infracción; las segundas buscan el fundamento y fin de la pena, no porque se ha delinquido, sino que en atención un objetivo

¹⁶ Arrieta Gallegos, Manuel. “Manual de...” Op. Cit. Página 87

más trascendente, cual es, que la pena debe imponerse para que no se delinca.

La pena es lo que caracteriza el derecho penal, cada teoría de la pena es una teoría del derecho penal que tiene sus raíces filosóficas y políticas; no obstante, las teorías de la pena suelen tratarse conjuntamente.

Las teorías de la pena suelen clasificarse en absolutas, relativas y mixtas.

1.4.1.TEORÍAS ABSOLUTAS.

Surgen en el siglo XIX y se considera la concepción más tradicional de la pena.

Se dice que son teorías absolutas las que sostienen que la pena halla su justificación en sí misma, sin que pueda considerarse un medio para fines ulteriores. Tales son las sostenidas por Kant y Hegel; pero en la actualidad tales teorías no tienen adeptos.¹⁷

El fundamento ético de la retribución proviene del filósofo alemán Emmanuel Kant, quien sostiene que el hombre es un “fin en sí mismo”, que no puede ser instrumentalizado en función de beneficio alguno para la sociedad. Por ello no es ético fundar el castigo del delincuente en razones de utilidad social.

¹⁷ Zaffaroni, Eugenio Raúl, “Manual de Derecho Penal: parte General”. Editorial Cárdenas. México 1988, pág. 75 – 76.

Así afirma que cuando se impone una pena, es porque quien delinque la merece, como exigencia de la justicia; y no debe constituir una función utilitaria para una determinada sociedad.

Para Muñoz Conde las teorías absolutas atienden solo al sentido de la pena, prescindiendo totalmente de la idea de fin. Para ellas, el sentido de la pena radica en la retribución, en la imposición de un mal cometido. En esto se agota y termina la función de la pena.¹⁸

El fundamento jurídico de la retribución, se debe a una proposición de Hegel, para quien el carácter retributivo de la pena se justifica por la necesidad de restablecer la vigencia de la voluntad general, representada por el orden jurídico, que resulta negada por la voluntad del delincuente, habrá que negar esta negación a través del castigo penal para que surja de nuevo la afirmación de la voluntad general. Así la pena, en la teoría de Hegel, se nos presenta como una necesidad dialéctica, fundada sobre la exigencia de la no violación del Derecho como Derecho.

Las teorías absolutas se subdividen en varios grupos que pueden reducirse a los siguientes: teorías de la expiación de la retribución, de la reprobación, de la reconciliación o del contrato social, del resarcimiento y de la transformación del derecho a la obediencia.

a) Según la teoría de la expiación, el dolor inflingido con la

¹⁸ Muñoz Conde, Francisco. Derecho penal Parte General. Editorial Tirant lo Blanch 1998.

pena, ya sea material o moral, purifica el alma, o sea que se fundamenta el derecho de castigar porque la expiación (purificación por el dolor) es lo que hace que se repare el mal.

b) Las teorías de la retribución constituyen la tendencia más predominantes en la Escuela Clásica. Según ellas el delito constituye una lesión irreparable y como consecuencia no hay mas que aplicar una lesión al delincuente. Esta lesión es la pena que se traduce en una exigencia de la razón y de la justicia. Estas teorías son varias: la de la retribución divina, la moral, la jurídica, la lógica y la estética.

Retribución divina: Según esta teoría el delito constituye a la vez que una infracción a una ley humana, una infracción a una ley divina, y como consecuencia la pena es una retribución impuesta por Dios.

Retribución Moral: Esta teoría es defendida por Emmanuel Kant y de conformidad a ella, la pena debe existir porque la razón lo exige, es un imperativo categórico de la razón, que tiene su fin en sí misma.

Retribución jurídica: Esta fundamenta la pena por ser la reafirmación del derecho violado por el delito, si el delito es una violación, la pena es una reafirmación de esa violación.

Retribución lógica: Defendida por Hegel, teoría según la cual el delito es una violación del derecho y la pena una violación de esa violación, o sea una negación de la negación, lo cual

constituye la afirmación del derecho. Es en consecuencia, una necesidad fundada en la exigencia de la no violación del derecho.

Retribución estética: Según esta teoría la pena es un medio para restablecer la armonía y el orden violados por el delito; esta violación de la armonía y el orden que conduce al desconcierto y al orden social, no puede perdurar, y por lo tanto la pena viene a ser una necesidad estética.

c) La teoría de la reprobación concibe la pena como una censura o reproche social hacia el delito y contra el delincuente.

d) Teoría de la reconciliación o del contrato social: Al parecer se remonta a Grocio y es desenvuelta por Rousseau y los enciclopedistas franceses, por Hobbes en Inglaterra y Frichte en Alemania. Según ella, el fundamento de la pena consiste que en el Estado solo puede privar de la libertad y de la vida a los ciudadanos y a las personas, porque éstas han cedido esos derechos a la comunidad mediante el contrato social, ya sea expreso o en forma tácita; y como quien viola algún punto del contrato social se coloca fuera del mismo, para ser admitido de nuevo como miembro de la comunidad, tiene que dar una satisfacción, aceptando el castigo.

e) La teoría del resarcimiento: Considera los efectos del delito y estima que el delincuente debe reparar los daños ocasionados por el mismo. Estos daños son materiales y morales, los primeros son objetos del derecho civil, los segundos, entre los

que se encuentra el mal ejemplo y todo perjuicio moral que con el delito se ocasiona, es objeto del Derecho Penal y se compensa sólo con la pena.

f) Teoría de la transformación del Derecho a la obediencia: Ha sido formulada por Carlos Binding y según ella, la existencia de la norma jurídica supone a su vez un derecho del Estado para que esa norma sea obedecida; mas como el Estado no puede constreñir al individuo para que obedezca las leyes, es preciso transformar esa obediencia en una satisfacción por parte del que ha delinquido, satisfacción que no es otra cosa que la pena misma.¹⁹

Concluyendo con la teoría absoluta, podemos decir que éstas manifiestan una concepción retribucionista; su gran aporte es haberse preocupado porque las penas fuesen más justas y que guardarán relación con el daño causado por el delito al bien jurídico que el Derecho protege.

1.4.2. TEORÍAS RELATIVAS

A las teorías absolutas se opusieron las teorías relativas, las teorías relativas son llamadas también teleológicas o finalistas, porque miran o previenen la comisión de futuros delitos. Se pena, afirman tales teorías, no porque delinquirió, sino para que no se delinca y en consecuencia consideran el delito como un antecedente de la pena, pero no como su fundamento.

¹⁹ Arrieta Gallegos, Manuel. "Manual de..." Op. Cit. Página 89

La pena se concibe como un medio para la obtención de ulteriores objetivos. Estas teorías son las que se subdividen en teorías relativas de la prevención general y de la prevención especial; en la prevención general, la pena surte efecto sobre los miembros de la comunidad jurídica que no han delinquido, el fin de la pena es la intimidación de la generalidad de los ciudadanos, para que se aparten de la comisión del delito; en tanto que la prevención especial lo surte sobre el penado. Ve el fin de la pena en apartar al que ya ha delinquido, bien a través de su corrección o intimidación, bien a través de su aseguramiento apartándolo de la vida social en libertad.²⁰

Dentro de la prevención general cabe citar la antigua teoría de la intimidación y una versión un poco más moderada que fue la teoría de la “coacción psicológica”. Para esta teoría, la pena es una amenaza que debe tener la suficiente entidad para configurar una coacción psicológica capaz de apartar del delito a todos los posibles autores.²¹

La prevención especial fue sostenida por los positivistas. Estos ven el fin de la pena en apartar al que ya ha delinquido de la comisión de futuros delitos, bien a través de su corrección o intimidación, bien a través de su aseguramiento apartándolo de la vida social en libertad.²²

²⁰ Muñoz Conde, Francisco. “Derecho...” op. Cit. Pág. 53

²¹ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal: parte general. Editorial Cárdenas, México 1988
Pág. 76

²² Muñoz Conde, Francisco. “Derecho...” op. Cit. Pág. 53

1.4.3. TEORÍA MIXTA O DE LA UNIÓN.

Consiste en la relación de las teorías antes expuestas; la pena no se agota en la idea de retribución, sino que cumple también otra función importante luchando contra el delito a través de su prevención: a través de la prevención general, intimidando a la generalidad de los ciudadanos, amenazando con una pena, el comportamiento prohibido, pero también, demostrando la superioridad de la norma jurídica y los valores que representa, así como fortaleciendo y restableciendo la confianza de los ciudadanos en el Derecho; y así incidiendo sobre el delincuente ya condenado, corrigiéndolo y recuperándolo para la convivencia, fomentando en él una actitud de respeto por las normas jurídicas.²³

Las teorías mixtas casi siempre parten de las teorías absolutas y tratan de cubrir sus fallas acudiendo a teorías relativas. Son las más usualmente difundidas en la actualidad que, por un lado, piensan que la retribución es impracticable en todas sus consecuencias y, por otro, no se animan a adherirse a la prevención especial. Una de sus manifestaciones es el lema seguido por la jurisprudencia alemana: “Prevención general mediante la retribución justa y útil”.²⁴

Así Roxin hace un planteo dialéctico, argumentado que el Derecho penal actúa a través de la pena en diferentes momentos: primero se da la amenaza penal (prevención general, cuando el legislador prohíbe determinada conducta); luego si a pesar de ella

²³ Muñoz Conde, Francisco. “Derecho...” op. Cit. Pág. 53

²⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl, “Manual...”, Op. Cit. Pág. 78

alguien delinque se le impone al autor una pena ya antes prevista (este es el momento retributivo); y finalmente, si al ejecutarse la pena impuesta ésta fuere privativa de libertad, surge la prevención especial que pretende la resocialización del delincuente.

1.5. LA DETERMINACION DE LA PENA A LA LUZ DE LA TEORIA DE LOS FINES DE LA PENA.

En la legislación Suiza se establece de que en la determinación de la pena debe tenerse en cuenta el principio de resocialización en la aplicación de las penas de prisión de una forma que permita dentro del margen de libertad de la culpabilidad, consideraciones de prevención especial y consideran la posibilidad de la reinserción social. Considera además que no puede imponerse una pena inferior a la del marco penal correspondiente a la culpabilidad. Esto se conoce como “Teoría del margen de Libertad”.

Frente a lo anteriormente expuesto, se considera que la culpabilidad sólo hubiera tenido efecto como fundamento y como limitación de la pena si la ley no exigiera imponer en toda su extensión la pena correspondiente al grado de culpabilidad, cuando ello no fuere necesario ni para la protección de los bienes jurídicos ni para la resocialización.

Frente a la teoría del “Margen de Libertad” se alza la teoría de la “Pena Exacta”, según la cual a la culpabilidad solo puede corresponder una pena exactamente determinada. Los partidarios

de esta teoría admiten que dentro de ciertos límites, se puede tener distinta opinión sobre la magnitud de la pena adecuada. Pero esto no se debe al asunto mismo, sino a las limitaciones del conocimiento humano; desde el punto de vista ideal no pueden corresponder por igual al grado de culpabilidad diversas magnitudes penales.

1.6. LA POLÍTICA CRIMINAL EN LA DETERMINACIÓN DE LA PENA.

El estudio científico del fenómeno delictivo, necesita traducirse en adecuadas reformas a la legislación penal positiva. Esta es la misión de la Política Criminal, que no es una ciencia autónoma, sino el arte de legislar, según las necesidades y posibilidades del momento. Partiendo de la consideración del derecho vigente, ella examina si corresponde o no a las exigencias de la sociedad y propone las reformas que reclama a fin de que la ley actúe eficazmente en la represión y en la prevención del delito.

La política criminal desempeña una doble función: de crítica de las instituciones caducas, que no responden ya a las necesidades sociales; y de modernización de las leyes penales para luchar con éxito contra el delito,²⁵

Es importante señalar que la política criminal de un Estado moderno se compone de seis elementos básicos, que son: la

²⁵ Labatut Glana, Gustavo. "Derecho..." op.cit. Pág. 37.

rehabilitación del delincuente; la persecución del delito y de la impunidad; la rehabilitación del delincuente; la constitucionalidad y legalidad de las actividades tendentes a desarrollar los tres primeros aspectos; el fortalecimiento institucional, organizacional y coordinación entre las instituciones responsables del diseño y ejecución de la política criminal; y la coordinación, recíproca alimentación y alta comunicación entre el Estado y sociedad.

Dentro de una concepción amplia, una posible definición de la Política Criminal sería la siguiente: "Política Criminal son las decisiones sobre como las instituciones del Estado responden al problema denominado criminalidad (delincuente, víctima, delito) y a la estructuración y fundamento del sistema penal (agentes de policía, Derecho Penal, sistema de justicia penal e instituciones de castigo).²⁶

La Política Criminal implica decisiones respecto de todo un círculo de cuestiones, como ejemplo se pueden citar las siguientes:

¿Qué tipos de comportamiento deberían ser criminalizados? Ello implica discutir la extensión del Derecho Penal con base en criterios de daño social o de culpabilidad.

¿Qué tipo de castigos son adecuados? Se trata de discutir el abanico de castigos admisible en una sociedad. Pena de muerte, penas corporales, penas privativas de libertad, restrictivas de libertad, penas económicas, privativas de derechos, penas

²⁶ Larrauri Pijoan, Elena: "Consideraciones sobre Política Criminal". Publicación de la Comisión Coordinadora del Sector Justicia. San Salvador 2001. Pág. 3.

degradantes.

¿Cómo deberían repartirse los recursos entre las diversas partes del sistema? ¿Cuántos recursos se destinan al sistema penal y cómo se distribuyen estos entre la policía, los jueces y el sistema de penas?

¿Cuánta vigilancia es adecuada? Se trata de discutir las funciones de policía y cuáles agencias están encargadas (públicas y privadas). Además debe discutirse el modelo de policía que va a ser responsable ante la comunidad.

¿Qué casos debe asumir el sistema penal? Se trata de dar directrices claras de actuación para que de los numerosos incidentes detectados por la policía, quede claro en qué supuestos procede el arresto y cuáles de estos incidentes deben ser tramitados como denuncias ante el sistema judicial.

¿Qué casos deberían ser objeto de procesamiento? Se trata de discutir las ventajas del principio de oportunidad, esto es, la procedencia de que determinados casos no den objeto al proceso penal por el principio de insignificancia o por el principio de posibilitar una reparación a la víctima; pero garantizar que ello se realice de forma motivada, con base en guías penológicas o porque existan otras instituciones a las que sea posible derivar el conflicto.

¿Qué decisiones antes del juicio son admisibles? Se debe discutir los presupuestos bajo los cuales se permite la detención

gubernativa, la prisión preventiva y las fianzas.

¿Deber favorecerse los juicios por jurado? Se pueden ver como una forma de participación y de adecuación ciudadana.

¿Qué tipo de castigos deben imponer los jueces? Una vez aplicada la ley que marca el legislador, el juez debería tomar en consideración cuál objetivo es el que cree debe cumplir el castigo: reinserción, prevención general, incapacitación o reparación de la víctima.

¿Cómo debe aplicarse el castigo? Se trata de controlar las autoridades administrativas que vigilan la ejecución de las penas no privativas de libertad y de las no privativas de libertad.

Después de haber expuesto lo que puede entenderse por política criminal, se observa que esta expresión ha sufrido una variación respecto de su utilización originaria. En efecto, en un inicio los autores entendían por Política Criminal exclusivamente aquellas decisiones que perseguían reducir el delito. Por el contrario, actualmente este concepto se utiliza de forma mucho más amplia, abarca todas las decisiones políticas referidas a la criminalidad y a la articulación del sistema penal.

La obtención de conocimientos empíricos es necesaria para diseñar estrategias de prevención específicas a grupos de delitos y para poder fundamentar las decisiones de política criminal. La información empírica permite también confrontar estereotipos y mitos extendidos entre la población, los cuales en ocasiones,

dificultan la formulación de una política criminal eficaz y justa. Tal es el caso de la magnificación que se hace de algunos hechos, bajo ciertas circunstancias y en determinadas épocas, y que distan mucho de ser factores de riesgo para el grueso de la población.²⁷

En párrafos anteriores se ha hecho referencia a la etapa de prevención del delito que debe cumplir la política criminal; pero es necesario hacer referencia a la etapa del establecimiento de una pena. La pena constituye la autocomprobación ideológica del Estado, por lo tanto, la política criminal responde a la revisión de la autoconstatación del Estado y consecuentemente de los bienes jurídicos protegidos; así, en el momento de determinar las conductas que se considerarán delito y su correspondiente penalización, la política criminal juega un papel determinante en la conservación del esquema social que el Estado pretende mantener.

La política criminal, proporciona las bases fundamentales en la aplicación de las penas que reconozcan la dignidad humana, lo que implica que éstas estén limitadas al vínculo necesario para tener unidos los intereses particulares; es decir, no más allá de los estrictos límites de la necesidad de la autoconstatación indispensable del Estado. Ello supone, reconocer al Estado en su conjunto como corresponsable en el delito, ya que de partida es él quien los fija y, por tanto, tiene que preocuparse también de establecer las condiciones más favorables para que el individuo no caiga en él.

²⁷ Larrauri Pijoan, Elena. "Consideraciones..." Op. Cit. Pág. 9.

1.7. PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

La prisión: Orígenes históricos. Lugares donde retener a la persona acusada o culpable de haber cometido un delito han existido siempre. Lo que ha variado en mutación progresiva ha sido su concepción. De los cepos de exposición pública a la mazmorra subterránea y oculta, y hasta las modernas prisiones modelos lo que permanece en la esencia de la necesidad social de asegurar en su persona al violador de la norma legal de convivencia, pero la forma de efectuarlo no es la misma. Ésta ha dependido de una serie de factores de diverso tipo que han condicionado, a la vez que establecido la realidad imperante de las transformaciones.

La pena privativa de libertad tiene su origen a finales del siglo XVI: era el momento histórico oportuno el tiempo de las prisiones, el internamiento responde a un imperativo de trabajo condenatorio del ocio al que se añade la utilidad de hacer producir a los encerrados, en atención a la obtención de beneficios. El estado aparece así como la maquinaria cuyo engranaje crea una delincuencia que, no solo reprime, sino que necesita, la manifestación de su misión social de dominio y explotación se resume en la idea de vigilancia, de control, que sustituye al castigo, de la que son ejemplos las estructuras sociales cerradas: el cuartel, la fábrica, la escuela y la prisión; a la vez destino y génesis de los delincuentes que el estado impresionantemente exige para asegurar y justificar su propia existencia.

La reacción social carcelaria responde como pocas instituciones jurídicas, al mundo circundante y su acontecer histórico lo demuestra. La prisión no nace como de manera ortopédica en la penología europea de los siglos XVI al XVIII²⁸; en el siglo XVI surge la cárcel de custodia, por tal institución se entendía el local donde la privación de libertad tenía lugar, este sistema no responde a un sitio mejor o peor acondicionado, pero aparece expresamente construido para retener y asegurar a los culpables. Su correspondencia con los intereses sociales es perfecta.

Tanto el Derecho punitivo de las antiguas sociedades, como el medieval y sólo en muy escasa y restringida medida, el renacentista moderno, no tiene necesidad de la sanción privativa de libertad entre su aparato represivo. Como pena la desconoce, pues la de la vida, corporales, infamantes y pecuniarias de forma principal, forman el sustento del castigo a imponer a los que atentan contra el orden establecido. Pero ese mismo Derecho exige la presencia del acusado ante sus jueces y la comunidad para hacer posible la aplicación de aquellas sanciones y de ahí la custodia o guarda del reo hasta que llegue el momento de la ejecución de las penas.

La cárcel como mera retención, salvo excepciones, en la norma general de la privación, tiene como único sentido el carácter eminentemente procesal. Todos los pueblos han conocido esta

²⁸ García Valdés, Carlos. Teoría de la Pena. Ed. Madrid, 1985. Pág. 67.

institución desde remotos tiempos: el Derecho bíblico, oriental, griego, romano, germánico y precolombino, lo cual se consagra en sus textos y prácticas.²⁹

Los locales donde tienen lugar la detención en espera de juicio, y en su caso hasta la posterior y rápida ejecución de la condena, son los más diversas y accidentales, al no existir una propia arquitectura penitenciaria. Así un antiguo depósito de agua será la cárcel marmetina, las torres de ciudades, los calabozos de los castillos, las cámaras bajas de los tribunales de justicia o los sótanos, constituían locales habilitados para retener convenientemente asegurados a los reos objeto de custodia preventiva en general con todo tipo de hierros y sujeciones; la máxima crueldad a la par de una suma de incomodidades se daban cita en tales encierros. Esta es la naturaleza precisa de la cárcel de custodia que difiere de otras formas conocidas y coetáneas de privación de libertad, tales como la llamada prisión por deudas o de la ejecución de la pena de muerte. En ambos casos la detención no cumple una misión meramente garantizador del Derecho hasta el momento del juicio o de la ejecución de la condena sino que revela su carácter de fin coactivo para el pago o ejecutivo sobre la persona del deudor. En caso de empago o sobre la del sujeto condenado al castigo capital.³⁰

Con todo, la cárcel de custodia puede pensarse que por la inexistencia numérica de gran cantidad de locales disponibles no se emplea para todo tipo de reos ni de delitos. En general son los

²⁹ García Valdés, Carlos. "Teoría...", Op. Cit. Pág. 69

³⁰ García Valdés, Carlos. "Teoría...", Op. Cit. Pág. 70.

más graves los que merecen tal privación de libertad, pues los menores o leves pueden conseguir de ordinario, el beneficio de la fianza que sustituye así la retención del acusado por una cantidad económica y cumple semejante función garantizadora a resultas de fallos definitivos.

La prisión eclesiástica presenta naturaleza de pena sustantiva, los motivos de la misma responden, según la opinión dominante, al sentido de penitencia y mediación, que el cristianismo introduce a toda sanción, a esa tradición canónica de la pena como medicina. El aislamiento solitario es buen método para lograr aquellos fines mientras se purga la falta. El régimen en común se abandona a estas cárceles eclesiásticas, no así en las seculares, cuya duración va a extenderse hasta las construcciones de las Penitenciarías Americanas con excepciones importantes, tales como la prisión de Gante en el siglo XVIII donde se aplica el practicado por la iglesia o celular modificado sustancialmente con la muy importante innovación del trabajo en común durante el día, precedente del sistema Auburniano, si bien ya el concilio de Bezieres en 1266, se dice por el cumplimiento del aislamiento de esta última manera añadiendo incluso la regla del silencio, como siglos más tarde se efectuara en la prisión Newyorquina, siendo antes practicado por el establecimiento romano para jóvenes fundados por Clemente XI en 1704.³¹

La pena privativa de libertad es la obligación del condenado de permanecer durante el tiempo de la condena en el interior de un

³¹ García Valdés, Carlos. "Teoría...", Op. Cit. Página 75 y sig.

establecimiento sometiéndose al régimen interno establecido. La pena de prisión pese a las considerables restricciones a que se ha visto sometida, sigue siendo la pena por excelencia, al menos si se tiene en cuenta que es la que mayores efectos intimidatorios despliega. Desde el punto de vista de su naturaleza es la pena y la consecuencia jurídica más grave de las previstas en el ordenamiento, en la medida en que contiene la privación del derecho fundamental, se encuentra rodeado de especiales garantías. En tal sentido, debe recordarse que las normas penales que impongan penas privativas de libertad deben poseer el rango de leyes orgánicas; es decir, debe de tomarse el principio de legalidad³²

1.7.1. LA APARICIÓN Y CONSOLIDACIÓN DE LA PRISIÓN COMO PENA.

Aunque la posibilidad de privar de libertad a los ciudadanos ha estado presente, de una u otra forma, en todas las etapas históricas, por ejemplo, la prisión por deudas para compeler a su cumplimiento en el derecho Romano, su previsión como pena destinada a responder frente al delito es relativamente reciente; aunque pueda resultar extraño si se piensa en las innumerables críticas que hoy recibe la prisión, dicha pena fue en el momento de su aparición una institución revolucionaria por varios motivos. De entrada vino a sustituir en muchos casos a la pena de muerte y, sobre todo, a penas corporales como la tortura, o a las penas infamantes, propias de un sistema basado fundamentalmente en la

³² Muñoz Conde, Francisco. "Derecho..." op. Cit. Pág. 557

intimidación; pero lo que más contribuyó al éxito de la prisión, como pena caracterizada por la separación del individuo respecto a la sociedad durante un cierto tiempo, fue la posibilidad de imponer una sanción graduable cuantitativamente y adecuada a la gravedad del delito. Sin embargo la pena de prisión se aplicó totalmente desprovista de las mínimas condiciones de respeto a la dignidad humana que hoy se pretenden en los sistemas civilizados: la ausencia de condiciones sanitarias, el hacinamiento y el trato degradante fueron algunas de las principales características de la prisiones que determinaron los movimientos de reforma durante los siglos XVIII y XIX.³³

Ante este planteamiento no debemos olvidar a Beccaría en sus reflexiones generales sobre la crueldad de las penas atroces que hacen que el delincuente arriesgue más para eludir las, impiden la proporcionalidad con el delito que requiere la finalidad preventiva y la impunidad misma nace de la atrocidad de los suplicios.³⁴

1.8. EVOLUCIÓN DE LOS SISTEMAS PENITENCIARIOS PARA EL CUMPLIMIENTO DE LA PENA

Desde los tiempos más remotos hasta nuestros días todas las sociedades han poseído un sistema de penas. De carácter privado o público, animadas por un sentido de venganza o establecidas para la protección de la ordenada vida comunitaria, o para la reforma o rehabilitación de los culpables, con períodos de

³³ Beccaría, César. Del Delito y de la Pena. Editorial Temis. Santa Fe Bogotá 1998. Página 64.

³⁴ Idem. Pág. 75

inhumana dureza o con etapas de carácter humanitario, la pena con finalidades diferentes, feroz o moderada, ha existido siempre en todos los pueblos y en todos los tiempos. La pena es un hecho universal. Una organización social sin penas que la protejan no es concebible.

En vista a la necesidad de la pena dentro de una organización social, se concluye que independientemente de la existencia de teorías impregnadas de espíritu de humanidad, la pena seguirá existiendo dentro de una estructura social como medio de control, lo que hace necesario analizar los diferentes sistemas de cumplimiento de pena.

En la obra de los pensadores y reformadores del siglo XVIII no estuvo ausente la preocupación por la organización de las prisiones. No podemos dejar de comentar a Beccaria, quien, en un planteamiento esencialmente utilitarista, hizo ver a muchos de sus contemporáneos que el rigor de las penas no servía si no iba acompañado de la certeza de su efectivo cumplimiento. La figura más destacada por su aportación a los aspectos ya más estrictamente penitenciarios fue Howard contemporáneo del marqués italiano, que en su famoso informe *The state of the prisons in England and Wales* (1777) puso de manifiesto las múltiples deficiencias observadas en sus visitas a centros penitenciarios de su país.

Como respuesta a las necesidades de organización de las nuevas instituciones, surgieron los diversos sistemas penitenciarios, los primeros de los cuales se van a implantar en las

colonias inglesas de Norteamérica y fueron adoptadas con diversas variaciones en los países europeos.³⁵

1.8.1. SISTEMA FILADÉLFICO.

Conocido como sistema celular o bien pensilvánico o filadélfico, surge en el siglo XVIII bajo la influencia de los cupaqueros, grupo religioso que predicaba la no violencia, y pretende evitar los vicios que dominaban la vida en las prisiones inglesas. Sus rasgos más característicos son el aislamiento total del internos y la orientación penitencial religiosa. El preso pasaba día y noche encerrado en su celda, sin visitas ni trabajo, pues consideraban que estas actividades pudieran impedir un ambiente propicio para la meditación. La única lectura permitida era la Biblia.

El sistema supuso una primera fórmula para racionalizar el cumplimiento, con la introducción de criterios posteriormente consolidados en la evolución de la ciencia penitenciaria, como la de separación de reclusos, y la necesidad de mantener unas condiciones mínimas de higiene dentro del establecimiento. Así mismo, los efectos destructivos del aislamiento absoluto sobre la salud psíquica de los condenados no tardaron en hacerse evidentes, y así se habló de “locura penitenciaria” para describir el resultado del sistema. Ferri calificó el sistema celular como una de las aberraciones del siglo XIX.

³⁵ Aquino Silva, Herbert Walter. “Desarrollo histórico de los sistemas de penas privativas de libertad”. Ensayo, San Salvador 2002.

1.8.2 SISTEMA DE AUBURN.

Se conoce con el nombre de la ciudad del Estado de Nueva York donde se ubicó en el año de 1818 una prisión, que pensaba inicialmente para un régimen de tipo filadélfico, dio lugar a un sistema diferente. Las características del nuevo sistema son: mantenimiento del aislamiento celular nocturno, pero combinado con la vida en común y trabajo durante el día; disciplina severa (con castigos corporales frecuentes) y silencio absoluto. A diferencia del celular, el sistema auburniano se implantó de manera generalizada en los Estados Unidos y tuvo poca incidencia en Europa.

1.8.3 SISTEMA PROGRESIVO.

Se trata de un modelo que se fue forjando en Europa durante la primera mitad del siglo XIX, que obedecía a la preocupación para alcanzar un sistema más dinámico y orientado hacia una finalidad reformadora o correctiva. La idea básica consiste en la división del período total de cumplimiento en diversas etapas, cada una de las cuales supone una mayor distinción de la disciplina y más libertad para el interno. Las etapas van desde el aislamiento celular del sujeto hasta la libertad condicional, y la progresión no se produce de manera automática sino a medida que evoluciona favorablemente la conducta del preso y su rendimiento en el trabajo. El hecho de que este sistema ofrezca un incentivo al recluso para su adaptación al nuevo medio es una de las claves de

éxito.

El sistema progresivo tiene en realidad diversos modelos en los diferentes estados donde se implantó. La experiencia española fue desarrollada sobre todo por el Coronel Montesinos, a consecuencia de su experiencia como Comandante de la prisión de Valencia. Montesinos, con una idea de carácter correccional puso en marcha un sistema que proveía los períodos, de “hierros”, de “trabajo” y de “libertad intermediaria”.

1.8.4. SISTEMA REFORMADOR.

En la segunda mitad del siglo XIX surgió en Norteamérica un movimiento penitenciario preocupado por la reforma de los delincuentes jóvenes. El primer centro penitenciario tipo “reformatorio” empezó a funcionar en el año 1876 en Elmira. Las condiciones de acceso al centro eran: personas entre los 16 y 30 años, y sentencia indeterminada, con un mínimo y un máximo que permitía concretar el tiempo efectivo del internamiento de acuerdo con la evolución de cada sujeto. El sistema tenía elementos comunes con el progresivo previendo una clasificación inicial de presos, después de la cual se podía acordar una regresión o progresión según el grado de confianza de que se hiciera merecedor el interno.

El sistema iniciado en Elmira supone un antecedente de los ideales de rehabilitación del condenado mediante un tratamiento. Los Métodos que se hacían servir se basaban en una serie de actividades de carácter físico, de instrucción, enseñanza religiosa

y trabajo. Entre las críticas que ha recibido el sistema hay que mencionar su rigidez excesiva en cuanto a la disciplina y la falta de adecuación del modelo arquitectónico a la finalidad reformadora.

1.8.5. REGLAS MÍNIMAS PARA EL TRATAMIENTO DE RECLUSOS.

Después de la Segunda Guerra Mundial se inicia una evolución que da lugar a una transformación profunda de los sistemas penitenciarios contemporáneos, que se corresponde con la influencia de nuevas aportaciones teóricas, como la de la doctrina de la Nueva Defensa Social³⁶ y que tiene como hecho más significativo la elaboración de reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, redactadas en el año 1955 en el Primer Congreso de la Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente celebrado en Ginebra, y aprobadas por el Consejo de la Naciones Unidas.

1.9. TRATAMIENTO DE LA PENA EN LOS CÓDIGOS PENALES SALVADOREÑOS.

En este apartado se exponen datos generales respecto de la historia de la promulgación de cada uno de los Códigos en orden

³⁶ Ancel; Marc, La Nueva Defensa Social, movimiento de política criminal humanista, 1954. En la concepción a la vez humanitaria y defensora de Ancel, el tratamiento resocializador, basado en una investigación científica del delincuente, es expresión de una nueva actitud ante el infractor y las necesidades de la sociedad en la lucha contra el crimen. El acento que pone la doctrina de la nueva defensa social en el respeto a la personalidad evita que el planteamiento defensorista lleva a los excesos del positivismo criminológico.

cronológico de su aparecimiento.

1.9.1. EL CÓDIGO PENAL DE 1826.

Dictado en una época en que todavía coexiste la legislación Federal y Nacional. Es en este período cuando surge, inesperadamente, nuestro Derecho Penal propio contenido en el Código Penal del Estado, ley nacional decreta por la legislatura el 13 de abril de 1826. Los 840 artículos de que constan contemplan un catálogo completo de delitos, de circunstancias modificativas y excluyentes, de penas y de reglas para su aplicación.

Respecto de las penas, comprendía sanciones desconocidas en la actualidad. Las penas se dividían en corporales, no corporales y pecuniarias. Ejemplo de las primeras: la muerte, trabajos perpetuos, deportación destierro o extrañamiento perpetuo del territorio, obras públicas, presidio, la reclusión en una casa de trabajo, la de vergüenza pública, entre otras. Entre las penas incorporales existen algunas también que son extrañas a nuestras leyes de hoy en día, por ejemplo: declaración de infamia, la sujeción a vigilancia especial de las autoridades, la obligación de dar fianza de buena conducta, retracción, satisfacción, apercibimiento y represión judicial, entre otras.

1.9.2. CÓDIGO PENAL DE 1859.

Este segundo Código Penal se le atribuye a una Comisión que integraron los Licenciados José María Silva y Ángel Quiroz, siguió la tradición de imitar las leyes españolas. Su sistema de

penalidad fue complejo: las penas de privación de libertad tienen numerosos grados y nombres; sin embargo, mediante este cuerpo de leyes se suprimen las penas infamantes y la de argolla, que perduraban en el Código que le sirvió de base. Este código contemplaba una pena de prisión que tenía como máximo 12 años.

1.9.3. CÓDIGO PENAL DE 1881.

Este Código Penal tiene gran peculiaridad en su proceso de formación de ley, la cual consiste en que mediante decreto de la Asamblea Constituyente se autorizó al poder Ejecutivo para que promoviera la reforma de los códigos existentes y procediera al nombramiento de una comisión para que preparara los correspondientes proyectos de ley.

Respecto a la penalización, se incorporan las eximentes de la presunción de legítima defensa a favor del que rechaza el escalamiento o fractura en casa o lugar cerrado durante la noche, por un lado y, de otro, la ficción de la obediencia debida, la cual fue creada a favor de los agentes de autoridad encargados de la custodia de reos para evitar la fuga, hacen uso de sus armas.

Dividía las penas en aflictivas, correccionales y leves. Dentro de las aflictivas se encontraban: muerte, presidio superior, prisión superior, relegación, presidio, prisión mayor, entre otras; en las correccionales, presidio correccional, destierro entre otras; leves, el arresto menor y reprensión privada.

En el artículo 57 ordinal sexto, se establece que cual sea el

número y entidad de las circunstancias agravantes, los tribunales no impondrán pena mayor que la señalada en su grado máximo, y en el artículo 24 establece la pena máxima de 12 años.

1.9.4. CÓDIGO PENAL DE 1904.

El código de 1881 tenía disposiciones que contrariaban algunos Tratados, por lo que se hizo necesario redactar un nuevo código penal, el cual mantuvo las bases y sólo fueron modificados incorporando lo suscrito por los Tratados.

Comprendía las siguientes penas principales: muerte, presidio, prisión mayor, prisión menor, arresto y multa.

La pena de presidio comprendía de 3 a 12 años. Cuando se trataba de varias penas de presidio, la duración de todas ellas no podía exceder de 20 años.

El Código Penal de 1904 sufrió muchas reformas, entre las cuales se puede mencionar la de 1961 en la cual se aumentaron las escalas penales de varios delitos, entre ellos el parricidio y el asesinato.

1.9.5. CÓDIGO PENAL DE 1943.

Este proyecto de código penal fue elaborado en 1943, el cual presentaba las características de ser de tipo moderado, con modernas concepciones perfectamente aplicables al medio y sobre

todo llenando una finalidad de enorme utilidad en lo que respecta a la tecnificación de los distintos tipos de delito y una mayor facilidad en la aplicación de la ley penal, base de una mejor justicia.

En cuanto a las penas, las divide en principales y accesorias, además acoge la tesis de la pena indeterminada, (lo que resulta de examinar los delitos en particular que contiene un mínimo y un máximo), la incorporación de las medidas de seguridad como consecuencias jurídicas del delito.

1.9.6. CÓDIGO PENAL DE 1974.

Se promulgó el 13 de febrero de 1973 y entró en vigencia el 15 de junio de 1974.

En la elaboración de éste código, se tomaron en cuenta los principios, preceptos y propósitos contenidos en la Constitución, desarrollando principios fundamentales de legalidad, responsabilidad, culpabilidad y otros.

Regula el principio de que no hay delito, ni pena sin ley que lo prescriba; aborda la normativa que con fundamento constitucional se refiere a la retroactividad de la ley penal favorable al delincuente. Contemplaba treinta años como pena máxima de prisión

Este código en cuanto a la culpabilidad, acusa un corte alejado del sentido humanitario y, por el contrario, revela una corriente basada en el autoritarismo y la represión, parece

inspirado en un derecho penal basado en la culpabilidad por las características del autor, y no en un derecho penal fundado en la culpabilidad por el acto. Es ese sentido es de comprender que este código está alejado de concordar con una ideología de los derechos humanos, es decir, que no es respetuoso del ser humano y de sus derechos.

En conclusión, la concepción del delito en este código penal, se encuentra evidentemente vinculado a la dogmática neoclásica, se confirma lo anterior por la inclusión del dolo y de la culpa.

1.9.7. CÓDIGO PENAL DE 1998.

Este código clasifica las penas en principales y accesorias. De entre las distintas posibilidades de clasificación de las penas que se han establecido por la doctrina científica, este código atiende al criterio de la autonomía o dependencia de otras penas para distinguir entre principales y accesorias.

La pena principal es la que la ley especialmente señala a cada delito, las accesorias son las que la ley penal declara que otra pena la lleva consigo.

Contempla como penas principales las siguientes: pena de prisión, el arresto de fin de semana, arresto domiciliario, la multa y la prestación de trabajo de utilidad pública. Como penas accesorias contempla: inhabilitación absoluta, inhabilitación especial,

expulsión del territorio nacional a extranjeros y la privación del derecho de conducir vehículos de motor.

El modelo que este código retoma, corresponde a un esquema en el que la pena fundamental es la privación de libertad cuya ejecución puede revestir formas más atenuadas como el arresto domiciliario y arresto de fin de semana.

Es importante hacer notar que éste código a sufrido una serie de reformas de las cuales nos interesa mencionar las referentes a la pena de privación de libertad, la cual a la entrada en vigencia del código en mención otorgaba como pena máxima de prisión 30 años, una primera reforma incrementó a 35 años; posteriormente se da una segunda reforma que estableció 75 años de prisión, la cual es la ley vigente en cuanto a la pena privativa de libertad.

CAPÍTULO II.

1. LA APROBACIÓN DE LOS 75 AÑOS DE PRISIÓN EN EL CONTEXTO SOCIAL, POLÍTICO Y ECONÓMICO SALVADOREÑO.

1.1 LA PENA DE PRISIÓN DE 75 AÑOS EN EL SALVADOR.

El Código Penal salvadoreño ha venido sufriendo una serie de reformas, entre las cuales nos interesa señalar lo referente al incremento de la pena de prisión, la cual a partir de la aprobación del decreto legislativo 486 queda legalmente estipulado los 75 años de prisión. El origen fue el incremento de los índices delincuenciales en los delitos de secuestro, homicidio y violación generando un concurso de delitos para la aplicación de los 75 años de prisión.

El problema ante dicha aprobación, entre otros, es que no se realizó un estudio objetivo pasando así a violentar la Constitución que es la ley suprema y ante esta deben surgir leyes secundarias que no violenten el espíritu de la Carta Magna, la que según nuestro criterio se violenta porque en su artículo 27 inciso 2 que prohíbe la prisión por deudas, las penas perpetuas, las infamantes, las proscriptivas y toda especie de tormentos, de las cuales nos interesa abordar específicamente las penas perpetuas. A medida se desarrolle el presente capítulo se irán planteando los argumentos que nos llevan a afirmar dicha violación.

Hemos observado que la referida pena de prisión no ha sido aplicada en su totalidad, teniendo como referencia el Tribunal Tercer de Sentencia de San Salvador, ya que este se baso en la facultad que le otorga la Constitución a todos los jueces en su artículo 185; se les ha encomendado el control difuso de la Constitucionalidad, la Sala al punto expresa: “cuando un caso no tiene una norma a partir de la cual puede solucionarse, o que teniéndola, esta es manifiestamente errática y contraria a la Constitución; en tal caso se ampara incluso la facultad aplicadora del juez con la consecuente obligación del juzgador de cubrir el vacío que se haya generado (sentencia de amparo 787 – 99 de once de julio de dos mil).

El tribunal en mención llegó al fundamento jurídico de que la pena de prisión con la modalidad de aislamiento que prevé el artículo 45 N°1 del código penal y que remite al artículo 103 de la ley penitenciaria, transgreden el principio de dignidad de la persona humana (art. 1 Constitución) de resocialización del condenado, como función de la pena privativa de libertad (art. 27 Constitución. Además de violentar el principio de proporcionalidad, por lo que dichos artículos deben ser declarados inaplicables conforme a los artículos 172, 185, 236 y 246 de la Constitución. Ambos artículos violan disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Convención Americana de Derechos Humanos y de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, por lo que habiendo conflicto entre dichos tratados y los artículos 45 N° 1 del Código Penal y 103 de la ley Penitenciaria deben aplicarse lo normado en los pactos mencionados, por lo tanto los artículos antes mencionados son

inaplicables.³⁷ El conflicto se genera al no haber congruencia en el ordenamiento jurídico salvadoreño, el cual debe respetar una jerarquía partiendo de la Constitución, pasando por los tratados internacionales ratificados y finalizando con códigos y leyes secundarias.

1.2. INCIDENCIA DE FACTORES QUE DETERMINAN LA APLICACIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN DE 75 AÑOS

1.2.1. EL CONTROL SOCIAL INFORMAL Y EL CONFLICTO SOCIAL.

Control Social es una condición básica de la vida social, con el se aseguran el cumplimiento de las expectativas de conducta y los intereses contenidos en las normas que rigen la convivencia, el control social determina, pues los límites de la libertad humana en la sociedad, constituyendo al mismo tiempo, un instrumento de socialización de sus miembros³⁸, es por ese motivo que los medios que los medios de comunicación (parte del control social informal) influyen en gran medida en la creación de opinión pública, que muchas veces crea un enfrentamiento de fuerzas dentro de la sociedad.

El Derecho positivo es solamente la parte visible de un constante enfrentamiento de fuerzas: la clase política de un lado y los ciudadanos de otro. Las clases política y económica, diseñan el

³⁷ Sentencia del Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador. Página 45.

³⁸ Muñoz Conde, Francisco. Derecho Penal y Control Social. Editorial Gráficas de Jerez, España, 1985. Pág. 83.

Estado y consecuentemente el derecho en procura del control social, en tanto el resto de los habitantes lo utilizan en la constante búsqueda de la libertad. En este escenario el derecho es un instrumento aséptico útil para cualquiera de los objetivos: puede usarse para la represión o como arma del ciudadano ante el poder estatal. Las normas jurídicas son creadas para asegurar la supremacía de unos sobre otros, bajo un revestimientos de principios democráticos consagrados constitucionalmente.

Es muy claro el desarrollo del conflicto en la dinámica del Estado. En la producción legislativa, donde fracciones representantes de todos los intereses luchan por emitir los textos legales de modo que sirvan a sus metas, sean estas nobles o despreciables; de igual manera en el ejercicio de la administración, las normas son interpretadas de acuerdo a los intereses económicos de los que por turno ocupan el poder, y en la administración de justicia se resuelven las contiendas previo examen de los argumentos de las partes, pero con la finalidad de materializar los principios democráticos. Este es, de momento, la dinámica seguida; pero hasta ahora no se ha descubierto algo más efectivo, de manera que sigue siendo la forma más adecuada de vivir en armonía y paz social.

El sistema penal, desde su producción normativa hasta su ejecución, no escapa a la confrontación. El delito se produce por el deterioro de las condiciones de vida, determinadas por la distribución de la riqueza según, la orientación de los grupos políticos que dominan los órganos ejecutivo y legislativo; de aquí que la actividad del órgano judicial no tenga incidencia alguna en

la generación o prevención del delito, y las penas leves o severas no son condicionantes de la delincuencia. El fundamento de la pena a través de la prevención general no tiene sustento alguno, pues las penas de muerte y la cadena perpetua no han sido persuasivas en lugar u hombre alguno para, evitar el delito.³⁹

No obstante lo anterior, generalmente, el grupo en el poder induce a error al pueblo al vincular la llamada “inseguridad ciudadana” con la administración de justicia penal, logrando legitimar, contra el principio de proporcionalidad, el endurecimiento de las penas y con ello fortalecer la cultura de la prisión.

Contra esta manipulación política de la respuesta estatal ante el delito, han surgido nuevas corrientes de pensamiento: desde “minimalistas” que abogan por fortalecer la idea de la pena como *último ratio*, a través de la búsqueda de alternativas ala prisión (despenalización) y de la derogatoria de muchos de los delitos (descriminalización), hasta las “abolicionistas” que propugnan la derogatoria de todo el sistema penal y el cierre de las cárceles. Cualquiera de las dos implica un cambio en la óptica del delito por parte del Estado, para mudar la cultura del castigo por la cultura de la prevención, que solamente será posible mediante un diseño de la política económica para una adecuada distribución de la riqueza. Estas dos posiciones son las de avanzada.

³⁹ Dall’Anese, Francisco. “La Inseguridad Ciudadana” Conferencia dictada en El Salvador. Septiembre 1998. Página 5.

1.2.1.1. LA PRENSA Y LA INSEGURIDAD CIUDADANA.

La prensa, inconsciente de la forma como debe resolverse el problema de inseguridad ciudadana, ha convencido a la población acerca de un deterioro en materia de seguridad de los habitantes, además de haber creado la sensación de inseguridad (inseguridad subjetiva), muy alejada a la verdad objetiva normal de cualquier sociedad.

El concepto subjetivo de seguridad ciudadana, corresponde a la percepción de poder salir a la calle sin riesgo de ser ofendido por un delito, de poder dejar la vivienda o lugar de trabajo sin temor a sustracciones, de permitir libre tránsito de los niños y los ancianos por las calles sin riesgos de agresiones sexuales o asaltos, etc.; en suma, es el desarrollo personal de la vida cotidiana sin el temor de ser objeto de delito. Este sentimiento es lo que se ha deteriorado, no así la seguridad ciudadana objetivamente considerada.

De esta situación no se escapa la administración de justicia del actual descrédito, ante los equívocos ataques de la prensa; pero si podría recuperarse el prestigio del órgano judicial, cuando se explique claramente cómo se genera el fenómeno criminal, las razones de su producción y se señale, sin temor a la confrontación, a los verdaderos responsables.

Es obvio que todo ciudadano prefiere no ser víctima de un delito a que después de ser agredido se condene a sus ofensores. En este sentido, debe subrayarse que la responsabilidad de evitar

la producción de delincuencia, no corresponde al órgano judicial, sino al ejecutivo y legislativo. La generación del delito y del delincuente depende directamente de las políticas socioeconómicas impuestas por el presidente, su gabinete y los diputados.

La satisfacción de las necesidades del pueblo a través del gasto social y las políticas impositivas, evitan la producción criminal; así por ejemplo los servicios como la educación y salud o las oportunidades de trabajo y vivienda, son factores de movilidad social y de ensanchamiento de la clase media. Cuando menos se satisfagan las necesidades, por disminución del gasto social y acentuación de las cargas impositivas indirectas, se da una mayor aflicción y se deprime la ciudadanía originándose el delito como vía alterna de mejoramiento de las condiciones materiales. Pero estos temas son responsabilidad de los órganos ejecutivos y legislativo, pues las orientaciones económicas y sociales de un país no dependen de los administradores de justicia, sino de la clase política.

El deterioro de las condiciones económicas que rebajan la condición individual, así como el cierre de las oportunidades de movilidad de una clase a otra, se refleja en los crímenes propios de cada nivel social; pero nada de esto, depende de las leyes penales, o de la mayor o menor severidad de las penas, o de las actuaciones drásticas o ilegales de los operadores jurídicos.

“Para un político es más fácil la promulgación de leyes severas, bajo la falsa premisa de resolver con ello el problema de la seguridad ciudadana satisfaciendo así un errado clamor popular

en el cual tienen mucho que ver los medios de comunicación, antes de tomar medidas destinadas al más adecuado reparto de la riqueza. La política promete a la ciudadanía un castigo para sus ofensores, pero no ofrece la verdadera solución al problema criminal a través de la prevención, posible únicamente por medio de una transformación socioeconómica. Dentro de la mecánica del Estado Constitucional de Derecho, el sistema penal no es remedio.”⁴⁰

Por mucho que los operadores del sistema pretendan resolver el llamado problema de la seguridad ciudadana, no tienen esa función y tampoco el poder para lograrlo, porque reciben el crimen es su etapa terminal cuando ya fueron vulnerados los bienes jurídicos tutelados por el derecho penal⁴¹

1.2.2. FACTOR JURÍDICO.

Nuestra legislación Penal obedece a los parámetros establecidos por la Constitución, también a una estrategia política cuyo objetivo es sustentar el régimen o sistema jurídico para mantener el orden público y no así violentando dicha Constitución, este problema también viene a desvirtuar lo que con años se ha estado logrando, que es implementar un sistema Jurídico democrático y garante de toda norma constitucional. Para la aprobación de los 75 años de prisión se tuvo que haber hecho un

⁴⁰ Dall’Anese, Francisco, “La inseguridad...” Op. Cit. Página 3

⁴¹ Dall’Anese, Francisco. “La inseguridad...” Página 5

análisis de la teoría de la justificación y fin de la pena; al hablar de la justificación de la pena se alude a su necesidad para el mantenimiento del orden jurídico como condición básica para la convivencia en comunidad; es decir que una pena resultará necesaria en la medida que sea adecuada para cumplir los fines a que está destinada. Si la justificación de la utilización de la pena por el Estado reside en su necesidad para proteger los bienes jurídicos más importantes, sólo se justificará aquella pena que sea adecuada para conseguir ese principal objetivo.

En este sentido se distingue un nivel general de justificación de la pena, (la protección de bienes jurídicos) y un nivel concreto de justificación de la pena, sobre la base de que no toda pena que sirva al fin de protección de bienes jurídicos estará legitimada dependiendo su justificación de su adecuación a los parámetros valorativos. En este nivel concreto de justificación la prevención general y especial y la retribución marcarán el sentido de la pena.

Por tanto, no basta para legitimar la pena su adecuación funcional para cumplir el fin perseguido, esto es, que sea adecuada para la protección de bienes jurídicos y que resulte eficaz desde un punto de vista preventivo general y especial, sino que es necesario su adecuación a los valores constitucionales. Un sistema de sanciones que se encuadre en el marco de un Estado Democrático de Derecho no puede tolerar cualquier consecuencia jurídica por útil que resulte en la defensa de los bienes jurídicos. Por ello la Constitución art. 27 prohíbe de forma expresa las penas perpetuas, las infamantes, las proscritas y toda especie de tormento.

Es así que si tenemos claro todo lo antes mencionado podemos darnos cuenta de que existe una violación al art. 27 de la Constitución; ya que los 75 años de prisión vienen a obstaculizar el fin de dicha pena. Recientemente se dio el caso, en el cual, no se aplicó la pena en cuestión, argumentando que se violenta la Constitución en lo que se refiere a las penas perpetuas, así como también el no cumplimiento de la finalidad de la pena. En tal sentido, se hace mención del artículo 2 del código penal, el cual ha consagrado el principio de dignidad humana, conforme al cual no podrán imponerse penas que afecten la esencia del Derecho y libertades de la persona o que impliquen tratos inhumanos o degradantes.

Dicha pena violenta derechos esenciales tales como la vida porque restringen a una perpetuidad al condenado y por ende éste no puede cumplir una resocialización, rehabilitación que comprende el objetivo de la pena: así mismo se le manifiesta con dicha pena que el nunca podrá ejercer sus derechos políticos; es así como esta pena se vuelve atentatoria a la dignidad humana.

1.2.3. FACTOR POLÍTICO.

Al aprobar el decreto legislativo n° 486 se estableció los siguientes considerandos: Que la justicia, la seguridad pública y la seguridad jurídica son elementos fundamentales para lograr y mantener una adecuada convivencia humana y el mantenimiento de la paz social; que con el propósito de lograr los objetivos señalados en el considerando anterior, se emitió el código penal,

que contiene los postulados para sancionar a aquellos elementos de la sociedad que irrespetando tales principios cometen hechos delictivos; que la normativa penal contenida en el código antes señalado, ha sido insuficiente para frenar la ola delincencial que en la actualidad quebrantan a nuestra sociedad, lo que hace que se tomen medidas para endurecer las penas y procurar así desincentivar el cometimiento de conductas reñidas con la justicia, la seguridad pública y la seguridad jurídica.

Con dicha aprobación solo se vino a suplir las necesidades de un solo sector, ya que esta decisión fue tomada con la finalidad de erradicar la ola delincencial que estaba pasando en nuestro país, especialmente el incremento en los secuestros, se puede mencionar como ejemplos es caso de los niños Villeda Katán y Salaverría. Esto generó inseguridad social en el sector pudiente, porque el bien jurídico dañado es el patrimonio. Esta situación se convirtió en preocupación para la comisión de seguridad pública de la Asamblea Legislativa que inmediatamente comenzaron a surgir las piezas de correspondencia para poder darle una pronta resolución al problema de “toda” la sociedad.

Esta problemática se politizó a tal grado que no se realizó ningún estudio exhaustivo de dicha problemática. La prevención general no es la solución a muchos problemas delincenciales, porque esta tiene con fin intimidar a través de penas duras y muchas veces inhumanas que no proporcionan ninguna solución a los problemas delincenciales.

Con dicha aprobación no se tomaron en cuenta los fines de la pena que implica, entre otras, la resocialización y readaptación del delincuente; así mismo se puede observar una ausencia de injerencia estatal en la vida social. El Estado se debe manifestar a través de la incidencia activa en las relaciones sociales efectivas, esto nos conlleva a la reinserción social del delincuente, el artículo 27 de la Constitución establece que el Estado organizará los centros penales con el objeto de corregir a los delincuentes, educarles y formarles hábitos de trabajo procurando la readaptación y la prevención de delitos.

Por consiguiente, el Estado a través de sus tres órganos, debe ser garante de las normas constitucionales, porque la pena no debe volverse exageradamente prolongada, pues atentaría contra el principio de necesidad y proporcionalidad de la pena que establecen que las penas y las medidas de seguridad solo se impondrán cuando sean necesarias y en forma proporcional a la gravedad del hecho realizado; en tal medida esta pena de 75 años de prisión deja de manifiesto que en nuestro país no se toman en cuenta, ni en lo más mínimo lo que la política criminal establece para determinar la aplicación de una pena. Es evidente que existe una desproporcionalidad en cuanto a la tutela de los bienes jurídicos, en referencia al patrimonio frente a la vida, a lo cual se hace referencia posteriormente.

El problema de la aplicación de los 75 años de pena, tiene un fondo de cuestión ética, ya que se le ha querido dar un giro que disfrace el verdadero significado de la condena, y es que diferentes sectores (Procuraduría General, Procuraduría de Derechos

Humanos, Fiscalía)⁴² ejercer sus derechos políticos, es decir que se vuelve atentatoria a la dignidad humana.

1.3. PENA DE PRISIÓN Y PROMEDIO DE VIDA DE LOS SALVADOREÑOS.

El Salvador se caracteriza por ser un país subdesarrollado, en términos menos duros, por ser un país en vías de desarrollo; esta situación esta demarcada por un índice de pobreza bastante elevado que trae consigo un desarrollo humano paupérrimo. Esta situación se evidencia en el bajo porcentaje de la población que tiene acceso a la salud⁴³ , al trabajo y a la educación. Según estudios del Proyecto de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), 12 de cada cien personas salvadoreñas no sobrevive hasta los 40 años.

Según datos de la Dirección General de Estadísticas y Censos, la esperanza de vida al nacer en el período comprendido entre 1990 – 1995 fue un promedio de 66 años⁴⁴.

Para el quinquenio 1995 – 2000, en lo que se refiere la esperanza de vida al nacer, se espera que se vaya retomando paulatinamente la tendencia normal de tal manera que el promedio de vida para los hombres mejore en 3.2 años con respecto al

⁴² El Diario de Hoy. “Alza en la Pena de Prisión”. 26 de julio de 2001.

⁴³ 29 de cada cien personas salvadoreñas no tienen acceso a servicios básicos de salud. Informe de desarrollo humano PNUD 2002.

⁴⁴ Proyección de la Población de El Salvador 1995 – 2025. Ministerio de Economía. Dirección General de Estadísticas y Censos, San Salvador 1995. Página 14.

promedio del quinquenio anterior y 1.5 en el caso de las mujeres lo cual elevaría la esperanza de vida promedio de los salvadoreños a 69.4 años en es presente lustro. Se proyecta que en el futuro continúe aumentando la esperanza de vida de los salvadoreños de tal manera que en el quinquenio 2020 – 2025 los hombres vivan en promedio 72 años y las mujeres 78, que corresponden aproximadamente a la situación actual de Chile⁴⁵. El control de la sobremortalidad masculina actual debido a la violencia y accidentes incrementaría la esperanza de vida para lograr disminuir el desbalance que tienen actualmente con respecto a las mujeres.

Estudios realizados por la Dirección General de Estadísticas y Censos (DIGESTYC) una persona que nazca en este momento tiene una esperanza de vida de 67.66 y de 73.74 para el hombre y la mujer respectivamente. Una persona que actualmente tenga 18 años, tiene la esperanza de vivir 58.8 años más haciendo un total de 76.8 para la mujer. Con respecto al hombre que tenga 18 años tiene una esperanza de vida de 51.19 lo que hace un total de 69.19 años.⁴⁶

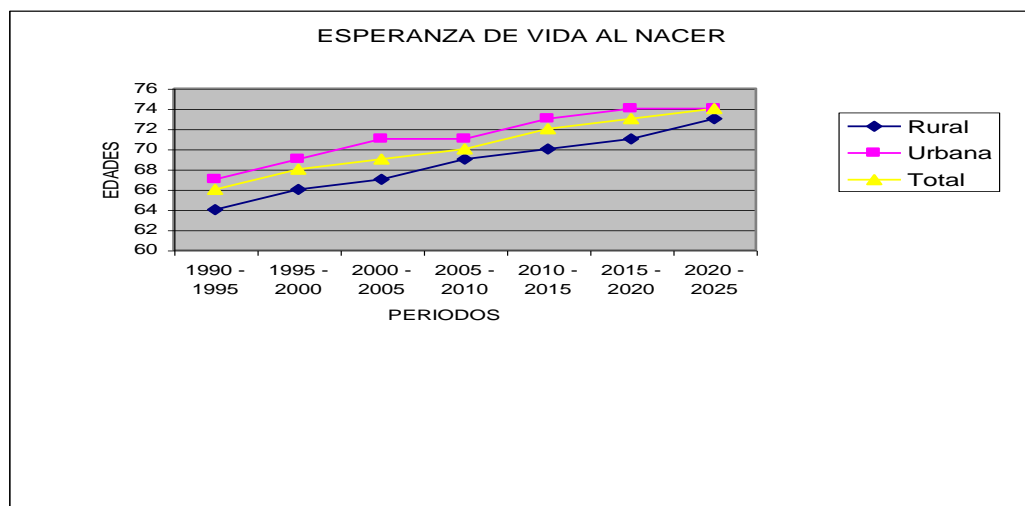
Según proyecciones de la DIGESTYC, para el período comprendido entre el 2000 – 2005, la esperanza de vida para los hombres es de 67.7 años y de 73.7 para la mujer, haciendo un total de 70.6 años como esperanza de vida para los salvadoreños.

⁴⁵ Proyección de la Población ... Ob cit. Página 15

⁴⁶ Proyección de la Población... Ob cit.. Página 78.

Retomando datos anteriores, si en la actualidad se condena a la pena máxima a un hombre o mujer de 18 años, estarían cumpliendo la pena a la edad de 89 años, entonces podemos decir que la pena impuesta se convierte en una condena perpetua, violentando así el artículo 27 de la Constitución; es decir que la aplicación de las penas y especialmente la prohibición de implementar las penas perpetuas, se haría extensiva a aplicar una pena de privación de libertad que por su prolongado período de cumplimiento puede llegar a constituirse en una condena vitalicia.

En el siguiente gráfico se puede observar las proyecciones que la Dirección General de Estadísticas y Censos tiene hasta el año 2025, la cual a pesar de que es bastante positiva porque establece un mejor nivel de vida para los salvadoreños, continúa dejando de manifiesto que la esperanza de vida continuará siendo inferior a los 80 años.



1.4.ASPECTOS QUE MOTIVARON EL ENDURECIMIENTO DE LA PENA DE PRISIÓN EN EL SALVADOR.

Para abordar este apartado, es necesario hacer notar que en El Salvador se ha venido sufriendo de un incremento en el cometimiento de delitos, especialmente en lo relacionado a los secuestros (según datos estadísticos de la Fiscalía). En vista de lo anterior, es que se empezó a hablar del endurecimiento de las penas como solución a esta situación.

En los considerandos establecidos en el decreto legislativo 486 que dio vigencia al incremento de la pena de prisión en nuestro país, deja en evidencia los motivos, que según la Asamblea Legislativa, para aprobar tal reforma al artículo 71 del Código Penal salvadoreño, es así que argumentan “que la normativa penal contenida en el código antes señalado, ha sido insuficiente para frenar la ola delincencial que en la actualidad quebranta a nuestra sociedad, haciéndose necesario que se tomen medidas para endurecer las penas y procurar así desincentivar el cometimiento de conductas reñidas con la justicia, la seguridad pública y la seguridad jurídica.”⁴⁷

Lo antes expuesto es el resultado de presiones que ejercía el sector económicamente pudiente, quienes se veían más directamente afectados, ya que el delito de secuestro tiene como uno de sus elementos el aspecto pecuniario.

⁴⁷ Decreto Legislativo 486. Considerandos, Página 1.

1.5. TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL REFERENTE A LAS PENAS PERPETUAS.

CONSTITUCIÓN:

Éste marco legal es el principal, pues es el que establece los derechos fundamentales de todo individuo; a la vez es el que permite el surgimiento de leyes secundarias que vienen a desarrollar los principios que la Constitución contempla.

El artículo 1 de la Constitución es muy importante pues establece que la persona humana es el origen y fin de la actividad del Estado, por lo que debe velar, sin importar las condiciones, por que los individuos se les respeten sus derechos fundamentales.

El artículo 27, en su segundo inciso establece la prohibición de la pena de prisión por deudas, las perpetuas, las infamantes, las proscriptivas y toda especie de tormento. De todas estas penas nos interesa especialmente hacer un análisis sobre las perpetuas.

Del artículo 27 de la Constitución de El Salvador, es necesario hacer un análisis jurídico estableciendo la relación que éste tiene con la teoría de la pena.

Como ya se ha planteado anteriormente, se establece que la pena privativa de libertad cumple con el criterio de prevención general y prevención específica. Es así, que cuando en el artículo

27 de la Constitución de El Salvador alude expresamente a la prevención, se refiere lógicamente a la prevención especial; pero la consecución de este fin no conlleva a la renuncia de la ejecución de la pena en los casos que ello suponga una desconfianza de la sociedad acerca de la vigencia de la norma.

En cualquier caso, debe ponerse énfasis en las necesidades preventivo especiales de acuerdo con el principio de humanización, que ocupa lugar preferente en las modernas directrices político criminales. Participa de ello el art. 27 de la Constitución de El Salvador, cuando establece como fin de la ejecución la corrección y educación de los delincuentes, procurando su readaptación. Ello conlleva de inmediato la imposibilidad de fundamentar en exclusiva la pena con arreglo a criterios preventivos generales que no tengan en cuenta en la fase de determinación y ejecución de la pena las necesidades de prevención especial. Y la eficacia del precepto constitucional no se agota en la fase de ejecución, en cuanto si la pena privativa de libertad debe perseguir la reeducación del penado, su personalidad, las necesidades de intervención en su persona mediante la pena para su reeducación, deben ser tenidas en cuenta por el órgano sentenciador en la misma fase de determinación de la pena, solucionándose de esta forma la posible antinomia entre la fase de declaración y ejecución del pronunciamiento judicial. Ello produce consecuencias en la práctica: por ejemplo, no es posible agotar el máximo del marco de pena adecuada a la culpabilidad sólo por razones preventivo generales si la pena resultante excede las necesidades de prevención especial; es decir, que la pena debe aplicarse desde la observancia del individuo que delinque, según la necesidad que

éste presente y no aplicarla para que otras personas se abstengan de cometer delito por temor a que la sanción recaiga sobre ellos. Esto lo respalda el hecho de que los índices delincuenciales no dependen del incremento de las penas, pues quien delinque comete el acto sin pensar en la pena que podría cumplir como consecuencia de su acción.

Sin embargo, la norma constitucional, por lo dicho, permite también la entrada en juego del criterio “defensa del orden jurídico”, el mínimo preventivo general que limita la prevención especial. Entenderlo de otro modo llevaría, por ejemplo, a declarar inconstitucional todo límite de pena por encima del cual ya no puede concederse la remisión condicional de la pena a un sujeto cuya adaptación social conste pese a la realización del hecho punible. En suma, la constitución avala la perspectiva combinadora con la que concluíamos más arriba en el sentido de que no es posible fundamentar en exclusiva la pena en la prevención especial o la general, sino que ambas necesidades deben coordinarse para ofrecer una reacción punitiva que, respetando la dignidad del penado, sirva al mantenimiento de la validez de la norma, de la confianza de la comunidad en el ordenamiento jurídico.

Aparte lo anterior, parece que el mínimo exigible al legislador por la norma constitucional es que se garantice al penado en la ejecución de la pena el libre desarrollo de su personalidad y desde luego su dignidad, extremos estos absolutamente indisponibles. En este sentido se ofrecen por la doctrina definiciones de la reinserción social desde el punto de vista del respeto a la dignidad del penado. Así, BAJO FERNÁNDEZ dice que “la función de

reeducación y reinserción social del recluso debe entenderse como obligación de la Administración Penitenciaria de ofrecer al recluso todos los medios razonables para el desarrollo de su personalidad y como prohibición a la misma de entorpecer dicha evolución”. En parecidos términos se pronuncia BUENO ARÚS cuando opina que el modelo de reinserción social pretende la Constitución no diferente del modelo de socialización que se pretende para todos los ciudadanos y que debe conducir a un “desarrollo integral de la personalidad”. En suma, se dice que reinserción social es “educar para la convivencia”, proporcionando al penado, no obstante su situación, los mismos medios de desarrollo de su personalidad y de solución de sus conflictos que a los demás. Desde luego que el respeto a la personalidad del penado conlleva la imposibilidad de coaccionar su actitud interna a fin de que el sujeto asuma el modelo social imperante, de modo que todo tratamiento reeducador debe contar con su voluntaria aceptación.

1.6. LEGISLACIÓN INTERNACIONAL REFERENTE A LAS PENAS.

***Acuerdo de cooperación en materia penitenciaria entre el Ministerio del Interior del Reino de España y el Ministerio de Justicia de la República de El Salvador.**

Este acuerdo surge del conocimiento de las partes en cuanto a que la modernización de los sistemas penitenciarios constituye un elemento indispensable para fortalecer los sistemas penales,

humanizar las condiciones de cumplimiento de las penas e incrementar el potencial de inserción social de los reclusos.

El artículo tercero establece programas de cooperación que deberán desarrollar las partes de las cuales interesan para este caso lo siguiente:

- Profundización en el desarrollo de los derechos humanos de los reclusos y de sus procesos de reinserción.
- Infraestructuras penitenciarias.
- Prestaciones penitenciarias en materia de salud, educación, trabajo y alimentación.

La parte salvadoreña se compromete, en el artículo séptimo, entre otras cosas a:

- Elaborar los estudios precisos dirigidos a determinar las necesidades, carencias, fortalezas y debilidades del Sistema Penitenciario Salvadoreño.
- Definir el Programa de reeducación, dinamización y modernización del sistema penitenciario.

***Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU 1966).**

Entra en vigor el 23 de marzo de 1976.

Este documento se basa concretamente en la consideración de que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad humana.

Artículo 7.

Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Sobre este artículo, es importante analizar en qué medida una pena de privación de libertad muy prolongada, está garantizando un trato humano hacia el recluso.

Artículo 10, numeral 3.

El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados.

***Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José, OEA 1969).**

Esta convención surge como el reconocimiento de que los derechos esenciales del hombre y la mujer tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual se justifica una protección internacional de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el Derecho Interno de los Estados americanos.

Artículo 5, numeral 6.

Las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

Las normativas referidas anteriormente, ponen de manifiesto el interés que la comunidad internacional tiene sobre los temas referentes a principios y garantías que como seres humanos tienen todas las personas, independientemente de la situación jurídica en que se encuentren; es así que las disposiciones especificadas obligan a los Estados que forman parte de ellas, a velar porque toda persona sea respetada en su derecho a la vida, a la integridad física y a no sufrir tratos degradantes.

Es importante mencionar que la legislación internacional, al ser ratificada por el Estado de El Salvador, tiene supremacía sobre las leyes secundarias, por lo tanto ninguna disposición legal que no sea la Constitución, puede transgredir las disposiciones manifestadas en los convenios, tratados o acuerdos internacionales.

1.7. BIENES JURÍDICOS CON RELACIÓN AL CÓDIGO PENAL, REFORMA Y CONSTITUCIÓN.

CÓDIGO PENAL.

Artículo 71. Penalidad del concurso real.

Este artículo establece que en el caso de concurso real de delitos se impondrá al culpable todas las penas correspondientes a los delitos que haya cometido, a fin de que las cumpla sucesivamente por el orden de su respectiva gravedad, comenzando por la pena mayor, pero el conjunto de las penas impuestas, en ningún caso podrá exceder de setenta y cinco años.

La pena establecida en el artículo antes referido es el producto de la aprobación del decreto 486. Se hace mención de esto, pues a continuación se relaciona el código penal, reforma y Constitución.

Debe existir una total coincidencia entre los valores protegidos por la Constitución y los valores protegidos por el Derecho Penal; es decir aunque parezca coexistir dos órdenes de valores dentro de la normativa jurídica, el que limita el marco de la Constitución y el que limita el ordenamiento penal, a la hora de hacer una síntesis, el reconocimiento propositivo de los bienes jurídicos se encuentra en la Constitución. Evidentemente el orden constitucional, por su jerarquía prevalece sobre cualquier que, naturalmente, emana de ella.⁴⁸

La pena no es un fin en sí misma, no puede legitimarse por ella misma, sino como ya se ha mencionado anteriormente, debe tener determinadas finalidades. Esta noción instrumental de la pena, que ya la Sala de lo Constitucional ha reconocido, indica por lo llano, que la pena no es un castigo o una venganza de la sociedad hacia el delincuente; ni cuando se configura antes de delinquir, que es tarea del legislador; ni cuando se impone al culpable, que es tarea del juez.

Está superada ya la etapa de la pena meramente retributiva que buscaba la expiación del delito mediante el sufrimiento del que

⁴⁸ Trejo, Miguel Alberto y otros. Manual de Derecho Penal: parte especial. Editorial Talleres Gráficos, San Salvador 1993. Página 24.

la padecía. La pena tiene un sentido ético que la diferencia del simple castigo, aunque constituya una privación de derechos.

El derecho penal debe tener ese carácter subsidiario y fragmentario en el sentido que únicamente es legítimo desde el orden constitucional, la fragmentariedad se vincula a que no toda licitud debe ser absorbida por el Derecho Penal, sino únicamente los que resulten más intolerables para el orden social, en atención a la intensidad del ataque hacia los bienes jurídicos; por ende, el derecho penal no es moralizador, no tutela meras desobediencias al orden social, sino que se encarga de contener conductas lesivas para los bienes jurídicos más relevantes. Es por ello que la pena no debe ser un instrumento irracional que pretenda buscar un castigo como especie de reivindicación pública ante el escándalo del delito.

En un Estado constitucional, la pena se concibe como una opción de recuperación del hombre; es obvio que debe ser un mecanismo que no tienda a la drasticidad. Las penas rigurosas y severas, si bien exacerban el contenido simbólico de Derecho Penal, no colman el contenido racionalizante de la misma. Es plausible que la pena tenga un contenido simbólico, ello siempre será así, dado que se trata de una conminación penal que amenaza a los ciudadanos con privarlo de sus derechos, y ese fin instrumental será legítimo, siempre que no sea excesivo.

Nuestro Código Penal debe guardar el espíritu que la Constitución conserva referente a la pena en cuanto a que ésta no es para seres irredentos; es decir, que la pena no tiene como

finalidad segregar al individuo de la comunidad, al contrario, la misión de la pena es ofrecerle opciones de reincorporación para que el condenado, una vez cumplida su sanción, pueda volver al seno de la sociedad con la expectativa de que pueda ser un hombre realmente útil al orden social.

1.7.1. DESPROPORCIONALIDAD DE LA PENA FRENTE A LOS BIENES JURÍDICOS TUTELADOS.

La observancia del principio de proporcionalidad, deducible del carácter democrático y de derecho del Estado, es verificable de diversos modos. Una primera exigencia, inherente a este principio, es la idoneidad de la sanción para alcanzar el fin perseguido. De conformidad con las múltiples funciones asignadas a la pena, ésta ha de ser cualitativa y cuantitativamente adecuada para prevenir la comisión de delitos, proteger a la sociedad y resocializar al delincuente.

La proporcionalidad de las penas se mide igualmente en función de su necesidad. Esta manifestación del principio de proporcionalidad se concretiza principalmente en las penas privativas de libertad: éstas deben constituir la último ratio de la política criminal. Este imperativo está en relación con el principio de utilización del medio menos severo para obtener el mismo fin. De esta manera se puede racionalizar el uso de las penas y jerarquizarlas según el grado en que afecten los bienes jurídicos del condenado. Así, en casos de alternancia se debe preferir la multa u otras penas menos severas a la pena privativa de libertad, la suspensión de la pena a su aplicación efectiva, la exención de la

pena a la suspensión de su ejecución, si de este modo se puede obtener el mismo resultado.

Finalmente, el principio de proporcionalidad *stricto sensu* limita el uso o la intensidad de una sanción de acuerdo a la gravedad del hecho reprimible cometido y/o de los riesgos objetivos o subjetivos de comisión de una infracción futura. Esta manifestación del principio de proporcionalidad es un criterio decisivo en la evaluación global del sistema de penas con relación al sistema de bienes jurídicos protegidos. De acuerdo al tipo y a la intensidad de la sanción utilizada en cada infracción penal, el intérprete puede detectar el grado de importancia que tienen los bienes jurídicos protegidos.

Hemos observado que nuestro código penal está siendo objeto de mutaciones que transgreden el ordenamiento jurídico para el cual fue creado y a consecuencia de ésta se plasman carencias legales como por ejemplo la violación al principio de proporcionalidad y de dignidad humana, los cuales sirven de límite para evitar penas desproporcionales en su aspecto cualitativo.

La serie de reformas que ha sufrido el Código Penal salvadoreño, ha ocasionado un desequilibrio en cuanto a los bienes jurídicos protegidos, dándosele más importancia al bien jurídico de libertad ambulatoria y patrimonio sobre el bien jurídico vida; esto crea una gran desproporcionalidad de la pena y al mismo tiempo una incertidumbre jurídica por no haberse valorizado lo que se tutela y el objeto de la protección penal.

Por lo tanto el principio de proporcionalidad es uno de los brocados que subyace en la estructura del orden y es un regulador para medir el grado razonable de restricción de los derechos fundamentales, para que la afectación de estos no signifique ser una desmedida intervención en los mismos.

También en cuanto a la pena, el principio de proporcionalidad se manifiesta para garantizar que las sanciones por el delito, no sean excesivas, dicho principio en esta área se reconoce como “prohibición de exceso” y se sustenta en aquellos principios de orden constitucional que configuran un Estado constitucional y democrático de derecho y de manera relevante vincula al principio de dignidad humana.

Respecto de la pena, el principio de proporcionalidad de las mismas, fue acuñado en la Declaración de Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano, bajo la prescripción que la ley no debe señalar sino las penas estrictamente necesarias y proporcionales al delito. De ahí que sea contraria a los principios constitucionales y a la ideología que subyace de ellos de humanidad y dignidad del hombre, así como también del Estado constitucional.

1.8. DISPOSICIONES PENITENCIARIAS QUE GARANTIZAN EL CUMPLIMIENTO DE LA PENA DE PRISIÓN.

La ley penitenciaria establece dentro de sus considerandos hace referencia a los artículos 1 y 27 de la Constitución (a los cuales ya nos referimos anteriormente) especificando que tales disposiciones exigen la creación de una legislación que vele por

que toda persona sea respetada en sus derechos fundamentales y especialmente cuando se encuentre sometida a cualquier clase de pena privativa de libertad. De igual forma, la Constitución exige centros penitenciarios que garanticen la reeducación y formación de hábitos de trabajo de los internos, procurando su readaptación a la sociedad.

Esta ley regula la ejecución de las penas y de las medidas de seguridad previstas en el Código Penal y las penas contempladas en las demás leyes especiales, así mismo la aplicación de la detención provisional.

FINALIDAD DE LA EJECUCIÓN.

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

FUNCIÓN DE LAS INSTITUCIONES PENITENCIARIAS.

Artículo 3. Las instituciones penitenciarias establecidas en la presente ley, tienen por misión fundamental procurar la readaptación social de los condenados y la prevención de los delitos, así como la custodia de los detenidos provisionales.

REGLAMENTO GENERAL DE LA LEY PENITENCIARIA.

El ámbito de aplicación de esta normativa jurídica, es prácticamente el mismo que el de la ley penitenciaria, teniendo como finalidad facilitar la aplicación de ésta última.

PRINCIPIO GENERAL

Art. 2. El principio rector del cumplimiento de las penas y de la medida de seguridad, es integrador, en tanto debe considerarse que el interno es sujeto de derecho y no se haya excluido de la sociedad, sino que continua formando parte de la misma. En consecuencia, la vida en prisión debe reducir al máximo los efectos nocivos del internamiento, favoreciendo los vínculos familiares, sociales y laborales, promoviendo la efectiva colaboración y participación de entidades públicas y privadas en la readaptación del interno.

FINALIDAD.

Art.3. el presente reglamento tiene como finalidad facilitar la aplicación de la ley regulando la actividad penitenciaria, la cual se deberá realizar para lograr la reinserción social de los penados y de los sujetos a medidas de seguridad privativas de la libertad, y también el cumplimiento de las órdenes judiciales de detención

provisional; y la asistencia social a los internos, y su atención post–penitenciaria.

Nuestra ley penitenciaria contempla la integración a la vida social al momento de recobrar su libertad; es decir que la misión fundamental de dicho sistema es cumplir con los fines de la pena (readaptación, reinsertar, resocializar, etc.) Así los 75 años de pena de prisión vienen a romper toda política de prudencia que consiste en elegir medios adecuados a las proyecciones de nuestro medio social, el incremento de la pena no es la solución, ni nuestro sistema se creó con finalidades inquisitivas para el tratamiento de los delincuentes basta ver las fases de semi-libertad, confianza que habla nuestra ley. El sujeto pasivo del ordenamiento primitivo no pierde su condición de miembro de la comunidad cuando la amenaza potencial del legislador se concreta para él en la aplicación efectiva de una pena; no pierde, en consecuencia, la titularidad de los derechos que la constitución o leyes fundamentales reconocen y proclaman salvo en cuanto sean precisamente el objeto intrínseco de la pena impuesta.

1.9. ESTUDIO DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD FRENTE A LA PENA DE 75 AÑOS DE PRISIÓN.

El proceso de inconstitucionalidad se activa como un mecanismo procesal de control que está constituido por un análisis lógico – jurídico que busca desentrañar el sentido intrínseco de las disposiciones constitucionales propuestas como parámetros, así como el sentido general y abstracto de los diversos mandatos que se pueden contener en las disposiciones que son objeto de control,

para luego verificar que exista conformidad de las segundas con las primeras y, si como resultado de dicho juicio de contraste, las disposiciones inferiores aparecieran disconformes con la ley suprema, el resultado es decidir su invalidación, es decir, su expulsión del ordenamiento jurídico.

Partiendo de criterios temporales pueden distinguirse dos grandes tipos de control: control previo o formal, que controla el procedimiento de formación y validez del acto; y control posterior o material, que controla el contenido del acto. En el caso de estudio, el control que debe aplicarse es el posterior, de constitucionalidad que realiza la Sala de lo Constitucional, mediante el proceso de inconstitucionalidad, que puede ser relativo a defectos de forma o contenido.

Tomando en cuenta que una de las finalidades de la pena es la resocialización del condenado, se trata de dar un mayor vigor a la prevención especial positiva; esta postura ya esta predeterminada por la Sala de lo Constitucional, quien sentó un precedente invaluable en este aspecto al fijar el contexto y la finalidad de la pena de prisión cuando en sentencia de inconstitucionalidad se conoció del agravamiento de penas, se dijo entonces: "consecuencia de ello es que la pena en nuestro marco constitucional ejerce una función de carácter principalmente utilitario, pues busca, en primer lugar, la resocialización del delincuente..."

Específicamente en lo relativo a la pena, el principio se manifiesta en la predeterminación legislativa y la aplicación judicial

de la pena privativa de libertad, sólo y estrictamente en la medida y grado necesario para que la pena cumpla con fin esencial sin desnaturalizar su carácter utilitario o instrumental con relación a tales fines: el agravamiento de la misma de forma tal que exceda la medida o el grado necesario para el cumplimiento de sus fines deviene en inconstitucionalidad por violentar la función de la pena privativa de libertad perceptuada en el artículo 27 de la Constitucional.

Finalmente en relación a tal principio hay que decir, que el mismo no se reduce al ámbito de la aplicación de la ley (lo cual corresponde al órgano judicial), sino que parte desde la formulación de la norma que constituye el tipo penal, función que en virtud del principio de legalidad le corresponde al órgano legislativo. Es por tanto errónea la consideración según la cual es el juzgador a quien le corresponde haciendo uso de la sana crítica, ponderar y medir la razonabilidad y proporcionalidad de la pena, ya que tal función se ve considerablemente reducida si la ley penal ya le ha determinado al juzgador un parámetro desproporcionado para la individualización e imposición de la pena.

CAPÍTULO III.

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DEL TRABAJO DE CAMPO

1.1 MECANISMO EMPLEADO A LA APLICACIÓN DE TÉCNICAS DE ENTREVISTAS.

La investigación de campo fue realizada por medio del método llamado "muestreo selectivo de informantes claves" con la utilización de la técnica estructurada y dirigida, cuyo instrumento lo constituyó la cédula de entrevista.

Estos muestreos fueron dirigidos a los operadores del Sistema de Justicia en el área penal: Magistrados de las Cámaras de los Penal, colaboradores de la Sala de lo Penal; así también se entrevistaron a jueces de vigilancia penitenciaria, a funcionarios de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos y a sociólogos para obtener información complementaria al tema.

La entrevista contenía preguntas abierta y específicas las cuales pretendían complementar la información que comprobaría la hipótesis planteada; así también cumplir con los objetivos propuestos en la etapa del anteproyecto.

Consecuente con lo anterior se presentan a continuación un análisis e interpretación de la información obtenida para lo cual se

exponen los datos que cada sector ha proporcionado en las interrogantes dirigidas a dichos profesionales.

1.2 ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE ENTREVISTA DIRIGIDA A MAGISTRADOS DE LA CÁMARA, COLABORADORES DE LA SALA DE LO PENAL y JUECES DE SENTENCIA.

La entrevista realizada a Magistrados de la Cámara de lo penal, colaboradores de la Sala de lo penal y Jueces de Sentencia, tenía como objetivo recopilar información y opiniones sobre la pena de 75 años de prisión, específicamente, si ésta transgrede la normativa constitucional. La muestra la conformaron cinco Magistrados a quienes se les hicieron quince interrogantes.

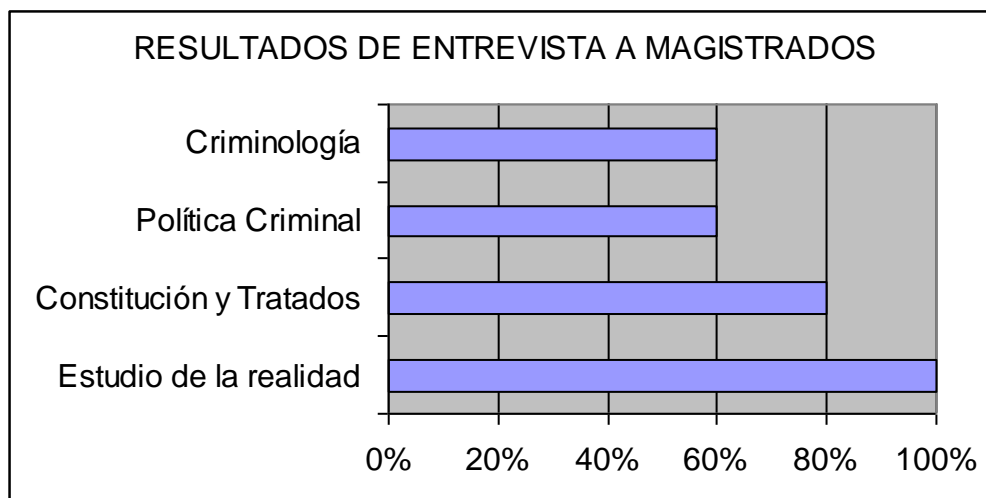
Se intentó realizar entrevistas a Magistrados de Sala de lo Constitucional y de lo penal, ante lo cual, recibimos por parte de los primeros, una negativa argumentando que la Sala de lo Constitucional existe un recurso de inconstitucionalidad contra la disposición que establece los 75 años de prisión y por lo tanto aceptar nuestra entrevista significaba adelantar criterio. Por parte de la Sala de lo Penal, enviaron a un representante para atender la entrevista y fuera el portavoz del criterio que la Sala sostiene ante el incremento de la Pena de prisión.

Los resultados obtenidos fueron los siguientes:

PREGUNTA 1.

La primera interrogante fue dirigida con el objeto de conocer la visión que tienen los Magistrados de la labor investigativa de los legisladores al momento de aprobar una reforma; la que literalmente decía: ¿Qué parámetros deben tomar los legisladores al aprobar una reforma? La información obtenida arrojó los siguientes resultados: la totalidad de los entrevistados coincidieron en que se debe hacer un estudio de la situación en que se encuentra inmerso el problema; un 80% consideró que la Constitución y los Tratados Internacionales representan un aspecto muy importante para que una reforma no sea objeto de crítica jurídica; el 60% dijo que la política criminal y la criminología.

REPRESENTACIÓN GRÁFICA.



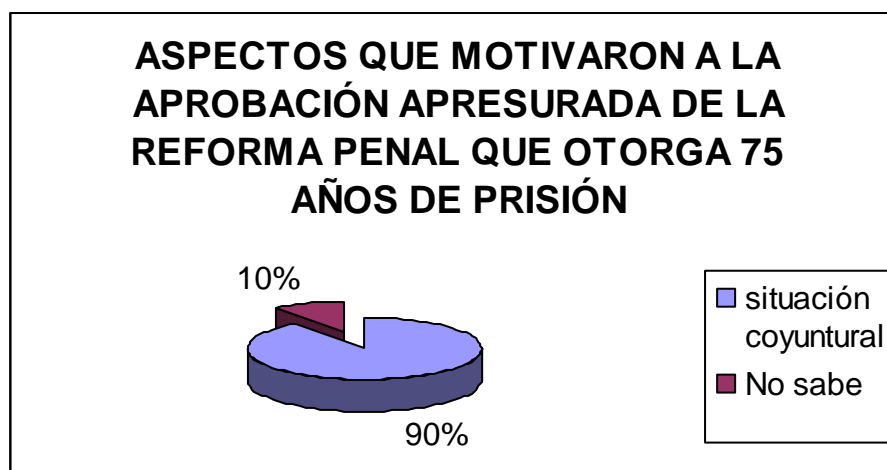
PREGUNTA 2.

En la segunda interrogante se consultó la aplicación de los parámetros mencionados, a la reforma que otorga los 75 años de prisión; ¿Considera que los legisladores tomaron en cuenta los parámetros jurídicos al aprobar la reforma de los 75 años de prisión? Esta pregunta arrojó el siguiente resultado 100% de los magistrados manifestaron que no.

PREGUNTA 3.

La tercera interrogante fue formulada con la intención de recabar información que establezca si la reforma fue aprobada apresuradamente o no. La pregunta era la siguiente: ¿cree que los legisladores actuaron apresuradamente motivados por el contexto coyuntural al aprobar la reforma que otorga 75 años de prisión? El 90% de Magistrados contestaron que sí se debió a la presión del momento (como ejemplo se mencionó el caso del niño Villeda Catán) y el 10 % manifestó no saber que impulsaba exactamente el apresuramiento.

REPRESENTACIÓN GRÁFICA.



PREGUNTA 4.

La siguiente interrogante, tenía como fin descubrir la opinión sobre dicha reforma ¿Qué opina sobre la reforma penal que establece 75 años de prisión? El resultado arrojó que 100% de Magistrados opina que debió tomarse en cuenta la Constitución y los tratados internacionales para evitar contradicciones.

PREGUNTA 5.

Esta pregunta se formuló con el objetivo de recoger información de la existencia de violación a la Constitución, así mismo, saber cuales son los artículos violados; ¿Existe con la reforma penal que otorga 75 años de prisión violación a la Constitución? El 100% de Magistrados afirmó violación a la Constitución, mencionando como ejemplos el artículo uno en el que se le asigna al Estado velar por la justicia social; así también mencionaron el artículo 27 inciso segundo en lo que se refiere a la prohibición de las penas perpetuas.

PREGUNTA 6.

Esta pregunta se formuló con la intención de que tan cierta era la opinión de algunos sectores que sostienen que al otorgar un tiempo específico a la pena de prisión (75 años) se está eliminando la pena perpetua, a lo cual, el 100% de los entrevistados manifestó que aritméticamente no representa una pena perpetua; pero en virtud del promedio de vida de los

salvadoreños y tomándolo objetivamente sí se convierte en una pena perpetua.

PREGUNTA 7.

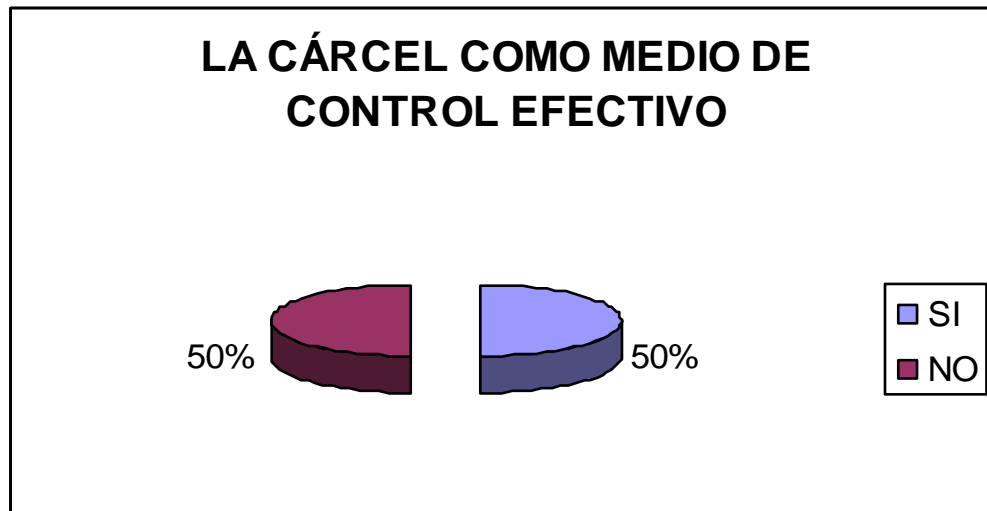
Esta pregunta literalmente decía: ¿Qué incidencia tiene el incremento de las penas sobre los problemas delincuenciales? 100% de los Magistrados manifestaron que ninguna porque el criminal no piensa en la pena al momento de cometer un delito.

PREGUNTA 8.

Esta pregunta se formuló de la siguiente manera: ¿Existe fundamento legal que permita a un tribunal omitir la aplicación de la reforma penal que establece 75 años de prisión? El 100% manifestó que la Constitución en su artículo 185 le da al juez la facultad de inaplicar una ley que considere contraria a la Carta Magna; así mismo se puede basar en la normativa internacional.

PREGUNTA 9.

Esta pregunta se formuló con la intención de recabar opiniones en cuanto a establecer la función de la cárcel como medio de prevención general y específico de la pena: ¿Considera la cárcel como un medio de control efectivo? Arrojando un resultado dividido, el 50% dijo que no porque nuestro sistema solo se limita a que se cumpla una pena y no a la prevención del delito, y el 50% dijo que si porque saca de circulación a delincuentes.



PREGUNTA 10.

Esta pregunta se relaciona con la anterior en cuanto al objetivo, pues se trata de establecer si los centros penales garantizan los fines de la pena a quienes han sido condenados a penas de 30 a 35 años y hacer una comparación con el resultado que se obtendría con los 75 años. Se preguntó: nuestro sistema penitenciario ¿está garantizando los fines de la pena? El 100% de los magistrados manifestaron que no porque no hay resocialización.

PREGUNTA 11.

Esta pregunta va formulada con la intención de que tan dañino o grave fue la aprobación de la reforma en cuanto a los Derechos Humanos: ¿cree usted que se ha dado un retroceso en

cuanto a la observancia de los Derechos Humanos? El 100% de los entrevistados dijeron que sí poniendo como ejemplo el derecho a la vida y a la dignidad humana.

PREGUNTA 12.

Esta pregunta se formuló con el objetivo de establecer la relación entre el incremento de las penas y los índices delincuenciales: ¿ha observado cambios en los índices delincuenciales con la aplicación de los 75 años de prisión? El 100% manifestó que no, que los índices delincuenciales siguen iguales.

PREGUNTA 13.

Se formuló esta pregunta con la finalidad de confrontar la realidad penitenciaria con lo establecido en el artículo 27 inciso tercero que establece que el Estado organizará los centros penitenciarios con objetivo de corregir a los delincuentes, educarlos y formarles hábitos de trabajo, procurando su readaptación y la prevención de los delitos: ¿Considera que la reforma en cuestión desvirtúa los fines de la pena? El 100% consideró que sí desvirtúa los fines de la pena.

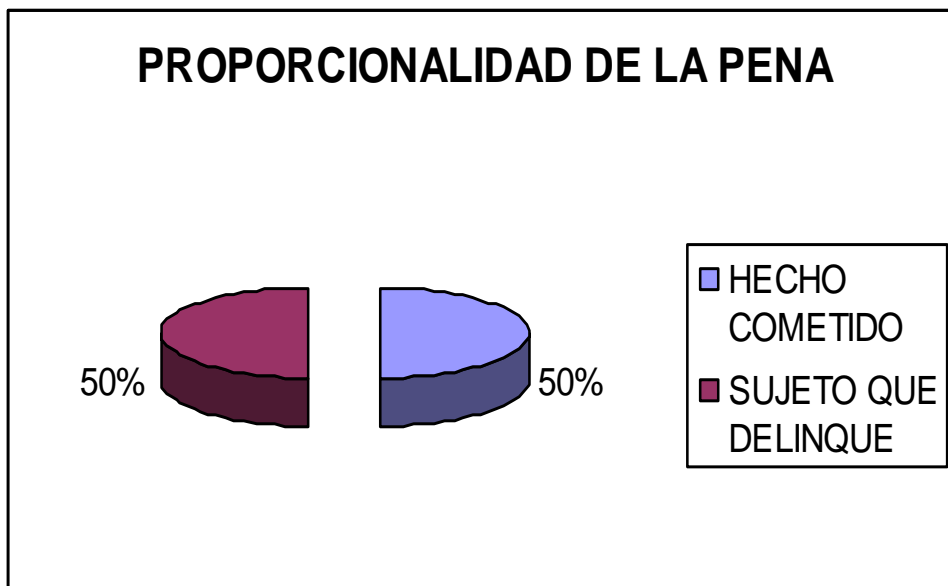
PREGUNTA 14.

Esta pregunta dice literalmente: ¿Considera que procede una declaratoria de inconstitucionalidad sobre la reforma que establece

75 años de prisión? El 100% manifestaron que si procede la declaratoria de inconstitucionalidad.

PREGUNTA 15.

Formulamos esta pregunta con la finalidad de obtener propuestas en cuanto a qué tan necesaria es la pena de prisión y la proporción que debe tener una pena con el delito cometido, es así como se preguntó lo siguiente: según su criterio ¿es necesaria la pena de prisión y en qué proporción? Obtuvimos un resultado dividido, en cuanto a la proporcionalidad, el 50 % dijo que dependía del hecho cometido y el otro 50% manifestó que dependía del individuo; aunque todos coincidieron que la cárcel es un mal necesario.



CONCLUSIONES.

Al aprobar una reforma de tal importancia como lo es el incremento a la pena de prisión, los legisladores deben realizar un estudio desde diferentes perspectivas; así por ejemplo, como primera situación hay que revisar la normativa constitucional y Tratados Internacionales para que, de esta manera se evitan que una reforma sea incongruente con las mencionadas normativas y evitar en lo posible la crítica jurídica. También es necesario estar informado sobre la política criminal retomada y los conocimientos necesarios sobre criminología. Estos parámetros no fueron retomados por la Asamblea Legislativa al aprobar el incremento de la pena de prisión a 75 años.

La reforma en mención fue aprobada muy apresuradamente, debido a que en El Salvador se estaba dando un incremento significativo en los delitos de secuestro, lo que generó una presión de diferentes sectores de la sociedad. Tal presión permitió que al aprobar la reforma estudiada, se violentaran disposiciones constitucionales, como por ejemplo el artículo 1 que establece el principio de dignidad humana, el artículo 27 inciso 2° que hace referencia a la prohibición de aplicar penas perpetuas. Ante este último artículo, es necesario aclarar, que el hecho de establecer un tiempo determinado para cumplir la pena de prisión no elimina la perpetuidad de esta, pues aunque aritméticamente, no representa una pena perpetua, si se retoma en virtud del promedio de vida de los salvadoreños, puede ser tomada como tal.

La reforma a la pena de prisión, imponiendo 75 años, no responde a una política preventiva, pues una persona que delinque no piensa en la pena al momento de cometer delito. Esto se evidencia en la persistencia de los índices delincuenciales a pesar de que se haya incrementado la pena.

Algunos jueces de sentencia han retomado la función que la Constitución les otorga de inaplicar una ley que consideren contraria a la Carta Magna; para el caso aplicar 75 años no está acorde con la Constitución y la Normativa Internacional. Además, la aplicación de la reforma en cuestión evidencia un retroceso en la observancia de los Derechos Humanos (vida, dignidad humana).

El problema de aplicar una pena tan prolongada se agudiza al momento de la ejecución de ésta, pues nuestros centros penales no cuentan con los requisitos mínimos para vivir en ellos; a esto se le suma, que el sistema penitenciario salvadoreño no es garante del cumplimiento de los fines de la pena (resocialización, reinserción y reeducación).

Es inevitable la existencia de las cárceles en una sociedad, es un mal necesario, que aunque no tiene la efectividad necesaria, cumple una función importante como medio de control que saca de circulación a delincuentes; pero debe ser aplicada racionalmente, pues su desproporcionalidad y abuso puede ser objeto de una fuerte crítica jurídica que deja en evidencia la falta de política criminal.

De acuerdo con lo analizado, se puede afirmar que la reforma que puso en vigencia los 75 años de prisión puede, perfectamente, ser objeto de una declaratoria de inconstitucionalidad.

1.3 ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE ENTREVISTA DIRIGIDA A JUECES DE VIGILANCIA PENITENCIARIA.

Esta entrevista la realizamos con la finalidad de obtener la visión que tienen los jueces de Vigilancia Penitenciaria, ya que su función es la de hacer efectiva las penas y los beneficios que le otorga la Ley y el Reglamento Penitenciario a los internos.

Es importante retomar las opiniones de este sector, pues son quienes están más en contacto con las condiciones en que se encuentran los centros de reclusión y por lo tanto conocen más a fondo las condiciones en que se encuentran quienes guardan prisión por el cometimiento de algún delito.

Se entrevistaron a tres jueces de Vigilancia Penitenciaria a quienes se les realizaron diez preguntas directas para de esta manera obtener información de interés para la comprobación de la hipótesis; partiendo de dicha entrevista se obtuvieron los resultados siguientes:

La primera interrogante dice: ¿Qué incidencia tiene el incremento de las penas sobre los problemas delincuenciales? Lo

que arrojó como resultado que el 100% de los entrevistados consideraron que no se resuelven problemas delincuenciales.

La segunda interrogante dice: ¿Existe fundamento legal que permita a un tribunal omitir la aplicación de la reforma legal que establece 75 años de prisión?, el 100% dijo que sí e hicieron referencia al artículo 185 de la Constitución en cuanto a la inaplicabilidad de una ley.

La tercera interrogante dice: ¿Considera usted a la cárcel como un medio de control social efectivo? El resultado arrojado fue que no por las siguientes razones: por no darle cumplimiento a la Ley Penitenciaria con referencia a la clasificación de fases y porque el sistema no cumple con los fines de la pena, manifestando que no existe la oportunidad para que el delincuente se readapte, sino que se considera como una escuela del crimen.

La cuarta pregunta: ¿Garantiza el sistema penitenciario el cumplimiento de los fines de la pena? El resultado obtenido es que la totalidad de los entrevistados dijo que no, pues no se da cumplimiento al artículo 31 de la Ley penitenciaria, el cual hace referencia a las funciones que tiene el Comité Criminológico Regional, entre las que se pueden mencionar: determinar la ubicación inicial del interno y decidir el avance o regresión de los penados en las diferente etapas del sistema progresivo.

La pregunta cinco dice: al aprobar la reforma en cuestión ¿Cree usted que se ha dado un retroceso en cuanto a la observancia de los Derechos Humanos? El 100% dijo que sí porque violenta el derecho a la vida, dignidad humana e integridad física.

La sexta interrogante: ¿ha observado cambios en los índices delincuenciales con la aplicación de los 75 años de prisión?, el resultado fue el 100% manifestó que no, éstos han aumentado.

La interrogante número 7 dice: ¿considera que la reforma en cuestión desvirtúa los fines de la pena? El 100% consideró que sí.

La octava interrogante dice: ¿Considera que procede una declaratoria de inconstitucionalidad sobre la reforma que establece 75 años de prisión?, el 100% que sí porque violenta el artículo 27 de la Constitución.

La novena pregunta tenía el objetivo de obtener el criterio profesional en cuanto a la necesidad de la pena de prisión y su proporcionalidad, la pregunta decía ¿Es necesaria la pena de prisión y en qué proporción?, se estableció que el 100% sostiene que sí es necesario y se hizo referencia que 35 años es mucho y que 75 es aberrante.

CONCLUSIÓN

El incremento de la pena de prisión no es la solución a los índices delincuenciales, ya que se ha observado que con el

incremento de esta no han disminuido; y esta reforma ha venido a transgredir preceptos constitucionales vitales para un ordenamiento jurídico y social.

Con el implemento de dicha reforma, el sistema penitenciario se ha visto vulnerado, ya que el objetivo de éste es darle cumplimiento a los fines de la pena.

La pena de prisión, al imponerla debe tomarse como parámetros lo jurídico y lo social, entre otros aspectos; toda reforma jurídica no puede violentar los Derechos Humanos y beneficios de la Ley Penitenciaria que van encaminados a cumplir con los fines de la pena.

1.4. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE ENTREVISTAS DIRIGIDA A SOCIÓLOGOS.

El objeto de entrevistar a sociólogos fue el de obtener respuesta a la problemática delincencial a través de un punto de vista social, ya que somos de la opinión que la base del problema está en el deterioro y descuido de los aspectos sociales y económicos para con la población salvadoreña, lo que genera un desequilibrio en la seguridad de nuestro país.

Con esta entrevista se busca destacar que tan eficaces son los controles social informal y formal y así descifrar la incidencia delincencial, buscar así el meollo del problema que puede ser

tanto familiar, estudiantil, programas aberrantes a la salud mental del joven.

Nuestra problemática de investigación no se puede desligar de un aspecto tan importante y básico para que los índices delincuenciales disminuyan, lo que implica encontrar las políticas y leyes adecuadas que logren implementar controles adecuados.

El punto de vista de los estudiosos de las relaciones sociales constituye un aporte importante para poder dar una solución que erradique desde las bases el problema de la delincuencia en El Salvador por lo que dirigimos a una población de ello. La muestra la conformaron 5 sociólogos, y los criterios obtenidos fueron los siguientes:

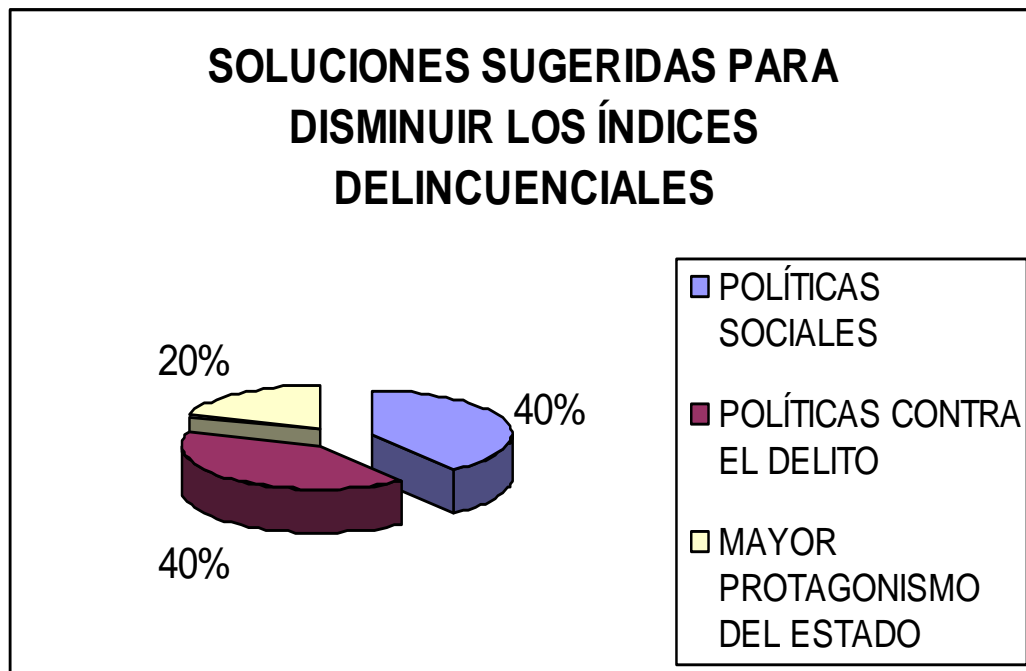
PREGUNTA 1.

La primera interrogante fue dirigida con el objetivo de conocer la opinión que tienen los sociólogos sobre lo que motiva a una persona para delinquir, esta decía literalmente lo siguiente: ¿Qué factores influyen para que una persona delinca? Un factor es el irrespeto a las normas de convivencia que tiene el individuo; otro factor es la incapacidad de resolver sus necesidades por medios lícitos o socialmente aceptados.

PREGUNTA 2.

La segunda interrogante iba encaminada a las posibles soluciones para disminuir los índices delincuenciales: ¿Qué propuesta daría para disminuir los índices delincuenciales?, se obtuvo como resultado que el 40% consideró como solución políticas de prevención, por ejemplo oportunidades de trabajo, recreación y educación; otro 40% dijo que era necesaria una política contra el delito y los factores que le estimulan; y el 20% consideró un papel protagónico del Estado en las áreas de inversión y seguridad social.

REPRESENTACIÓN GRÁFICA.



PREGUNTA 3.

Esta interrogante literalmente decía ¿Qué factores determinan el promedio de vida de una persona?. Como respuesta se refirió a los aspectos siguientes: la alimentación, la atención en salud, conflictividad y peligrosidad de su entorno.

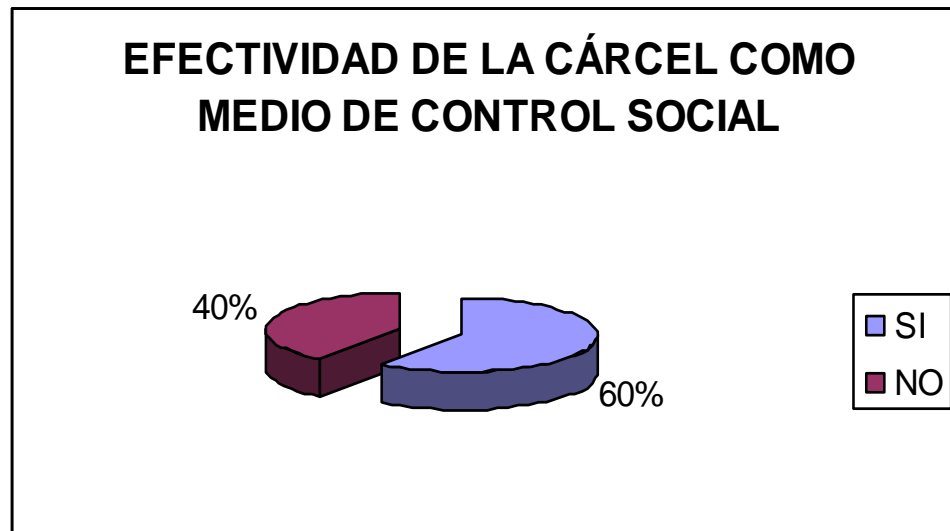
PREGUNTA 4.

Esta interrogante iba encaminada a saber que tan necesaria es la pena de prisión para erradicar la problemática delincencial, se formuló de la siguiente manera: ¿Es necesaria la pena de prisión y en qué proporción?, de esta pregunta la totalidad de entrevistados sostuvo que sí y que debe ser en relación al delito cometido para que sea efectiva la sanción, no se debe aplicar una pena solo por la pena misma, sino que debe llevar un fin claramente establecido.

PREGUNTA 5.

La quinta interrogante decía ¿Considera la cárcel como un medio de control social efectivo?, el 60% manifestó que sí, ya que se debe hacer respetar la sanción penal y social por la comisión de una transgresión a las normas de convivencia social y, el 40% manifestó que no porque nuestros centros penales son más que todo, verdaderos centros de especialización en el delito y de degradación del individuo.

REPRESENTACIÓN GRÁFICA.



PREGUNTA 6.

¿Qué incidencia tiene el incremento de penas sobre los problemas delincuenciales?, el 100% manifestó que con el incremento de penas no se soluciona el problema.

CONCLUSIÓN

Los índices delincuenciales podrían disminuir con políticas sociales que incentiven a los jóvenes a programas educacionales y de recreación, ya que este es un sector vulnerable y propenso a delinquir.

La cárcel es un control social desestabilizador, ya que un enfoque, en cuanto a los fines de la pena no se cumple, sino al contrario, representa un lugar en donde se irrespeta la dignidad humana.

El castigo no inhibe ni previene el crimen y la violencia, no disminuye la tasa o frecuencia de los hechos violentos. El castigo estimula la violencia; el castigo la causa. Entre más punitiva se vuelva nuestra sociedad, más alta tasa de violencia.

CAPÍTULO IV.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

1.1 CONCLUSIONES.

- La Asamblea Legislativa no tomó en cuenta los parámetros pertinentes al momento de aprobar la reforma penal que hace referencia a los 75 años de prisión (estudio de la realidad, conocimiento claro de la política criminal a implementar, la criminología), volviéndose decisión infructuosa para erradicar la ola delincencial que en la actualidad quebranta nuestra sociedad.
- La reforma penal objeto de estudio, trajo consigo el desconocimiento de los fines de la pena (resocialización, readaptación, etc.), y de preceptos constitucionales, trayendo así violación a la Constitución, específicamente al artículo 27 inciso segundo, el cual hace referencia a la prohibición de las penas perpetuas.
- Que en razón al promedio de vida de los salvadoreños y salvadoreñas, una pena de 75 años de prisión viene a convertirse en una pena perpetua disfrazada, teniendo en cuenta que el proceso penal es aplicado a personas con edades de 18 en adelante.

- Con una pena de tal magnitud, no se puede llevar a cabo los fines de resocialización y readaptación que busca con la aplicación de una pena, convirtiéndose así en una respuesta meramente retributiva como producto de una política criminal inadecuada.
- Con el endurecimiento de las penas no se garantiza la reducción de los índices delincuenciales, ya que éstos responden a problemas estructurales que deben ser combatidas con políticas en ámbitos no penales, sino mas bien en aspectos sociales y económicos.
- Que la reforma en cuestión constituye un retroceso en la observancia de los Derechos Humanos, en cuanto a que violenta los principios de dignidad humana, a la vida y a la integridad física entre otros.
- La cárcel no constituye un medio de control social efectivo, por lo tanto es necesario que se apliquen políticas que en lugar de combatir el delito lo prevengan, pudiéndose mencionar por ejemplo un constante programa en escuelas educacionales con proyectos de conocimiento y respeto a la norma jurídica y de convivencia social.
- La reforma penal que aprobó la aplicación de 75 años de prisión, presenta las características suficientes para que proceda una declaratoria de inconstitucionalidad por parte de la Sala de lo Constitucional, fundamentándose esta petición en estudios sociales que establecen el promedio de vida de los

salvadoreños; así como también en la doctrina que establece los fines de la pena.

- Los medios de comunicación contribuyen a que nazca inseguridad social ante delitos que no afectan a la mayoría de la población, ya que al momento de informar a la población, no es objetiva y esto produce una desconfianza en la administración de justicia exigiendo así el endurecimiento de las penas para el que comete delito.

1.2.RECOMENDACIONES

- Aplicar políticas de prevención general con las cuales se evite la comisión de delitos y así disminuir la población reclusa, ya que la cárcel no representa un medio de control social efectivo y no cuenta con las condiciones mínimas para que un ser humano viva en ellas. Así mismo se deben brindar estudios criminológicos en nuestro país, ya que esta ciencia ayuda a determinar el contenido de las normas penales y porque muestran la realidad que las normas penales regulan. Entre éstas políticas pueden mencionarse: generación de oportunidades de trabajo, recreación, educación, salud, lo que implica un papel protagónico del Estado en las áreas de inversión y seguridad social.
- Nuestros legisladores al momento de aprobar una reforma, deben hacer una valoración objetiva de los bienes jurídicos y de esta forma aplicar penas proporcionales a la escala del bien jurídico protegido, sin perder de vista la escala que según su importancia deben tener los bienes jurídicos.
- Al aprobar una reforma penal, se debe tomar en cuenta la legislación internacional y los preceptos constitucionales que tengan relación con ésta, para evitar incongruencias entre los marcos jurídicos mencionados y la ley secundaria.
- Mayor protagonismo por parte de la Procuraduría para la defensa de los Derechos Humanos, en cuanto a aportar un

informe jurídico haciendo relación a la situación en que se encuentran los derechos tutelados por ésta institución ante cualquier reforma que representa una violación a tales derechos. Cabe reconocer que la institución en mención está trabajando en lo ya mencionado, pero es necesario que los esfuerzos sean aún mayores y que éstos tengan el valor que corresponda en el ámbito legal, pues se está hablando de Derechos intrínsecos del ser humano (vida, integridad física, dignidad humana, etc.) y se a dado el caso de que muchos de los informes que realizan no son tomados en cuenta en el marco jurídico.

- Que los jueces de sentencia hagan uso del artículo 185 de la Constitución, el cual los faculta al uso del control difuso para declarar la inaplicabilidad de cualquier ley o disposición de los otros órganos que contraríe a los preceptos constitucionales. Para el caso se puede mencionar el ejemplo del Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador, quien ha realizado un estudio profundo para justificar el por qué no aplicó tal reforma.

BIBLIOGRAFÍA.

LIBROS.

- ❖ Anaya Salvador Enrique y otros.
TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN SALVADOREÑA
Editorial Corte Suprema de Justicia
San Salvador 2000.

- ❖ Arrieta Gallegos, Manuel
MANUAL DE LECCIONES DE DERECHO
Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia
San Salvador, 1972.

- ❖ Beccaría, César
DEL DELITO Y DE LA PENA
Editorial Temis
Santa Fe de Bogotá, 1998

- ❖ Choclán Montalvo, José Antonio.
CULPABILIDAD Y PENA
Editorial Justicia de Paz
El Salvador 1999.

- ❖ Cuello Calón, Eugenio
LA MODERNA PENOLOGÍA
Editorial Bosch, Barcelona 1974

- ❖ Fontán Balestra, Carlos
DERECHO PENAL: INTRODUCCIÓN Y PARTE GENERAL
Editorial Abeledo – Perrot, Buenos Aires. S.a.

- ❖ García Valdés, Carlos
TEORÍA DE LA PENA
Editorial Tecnos
Madrid 1985

- ❖ Gilligan James
PARA UNA TEORÍA DE LA VIOLENCIA II
Editorial Asociación Bienestar Yek Ineme
San Salvador 2001.

- ❖ Labatut Glenda, Gustavo
DERECHO PENAL
Editorial Jurídica de Chile
Santiago de Chile, 1988

- ❖ Larrauri Pijoan, Elena
CONSIDERACIONES SOBRE POLÍTICA CRIMINAL
Publicación de la Comisión Coordinadora del sector Justicia
San Salvador 2001.

- ❖ Mapelli Caffarena, Borja
ESTUDIO JURÍDICO DOGMÁTICO SOBRE LAS LLAMADAS
CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD
Secretaría General Técnica
Madrid, 1990.

- ❖ Muñoz Conde, Francisco
DERECHO PENAL Y CONTROL SOCIAL
Editorial Gráficos de Jerez
España 1985.

- ❖ Muñoz Conde, Francisco
DERECHO PENAL PARTE GENERAL
Editorial Tirant lo Blanch
Valencia 1998.

- ❖ Nuñez Rivero, Cayetano y otros
EL ESTADO Y LA CONSTITUCIÓN SALVADOREÑA
Editorial Corte Suprema de Justicia
San Salvador 2000.

- ❖ Trejo Escobar, Miguel Alberto y otros
MANUAL DE DERECHO PENAL: PARTE GENERAL
Editorial Último Decenio
El Salvador 1996

- ❖ Trejo Escobar, Miguel Alberto y otros
DERECHO PENAL SALVADOREÑO VIGENTE, ANTECEDENTES
Y MOVIMIENTO DE REFORMA.
Editorial Último Decenio
El Salvador, 1995.

- ❖ Velásquez Velásquez, Fernando
DERECHO PENAL: PARTE GENERAL
Editorial Temis.
Santa Fe de Bogotá 1997

- ❖ Welzd, Hans
DERECHO PENAL ALEMÁN
Editorial Jurídica de Chile
Santiago de Chile, 1997

- ❖ Zaffaroni, Eugenio Raúl
MANUAL DE DERECHO PENAL: PARTE GENERAL.
Editorial Cárdenas
México 1988

OTRAS FUENTES

- ❖ Proyecciones de la Población de El Salvador 1995-2005
Ministerio de Economía
Dirección General de Estadísticas y Censos
San Salvador 1995.

- ❖ Aquino Silva, Herbert Walter
“Desarrollo Histórico de los Sistemas de Penas Privativas de Libertad”

- ❖ Dall’ Anese
“La inseguridad ciudadana”
Conferencia Dictada en San Salvador, Septiembre 1998.

- ❖ Decreto Legislativo n°486
Asamblea Legislativa
San Salvador, junio de 2001.

- ❖ www.desarrollohumano.org.sv/carpeta4html
- ❖ www.ues.edu.sv/congreso/marco,%20genero.pdf
- ❖ www.elsalvador.com/noticias/2001/7/26/NACIONAL/nacio4.html-12k