

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



“LAS PENAS EXORBITANTES DETERMINADAS EN LA REFORMA DEL ARTICULO
CUARENTA Y CINCO DEL CÓDIGO PENAL, VULNERAN PRINCIPIOS
CONSTITUCIONALES RELATIVOS A LA HUMANIZACIÓN, TEMPORALIDAD Y
FINALIDAD DE LA PENA”

TRABAJO DE GRADUACIÓN PARA OPTAR AL TITULO DE:
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS

PRESENTADO POR:

NOEMY AYDEE FIGUEROA LEÓN
ISIS EVELIA REYES BURGOS
CANDELARIA ANAVEL GÁMEZ DE PAZ

DIRECTOR DE SEMINARIO:

LICDO. LADISLAO GILBERTO GONZÁLEZ BARAHONA

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, NOVIEMBRE DE 2003

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTORA:

DRA. MARIA ISABEL RODRÍGUEZ

VICE-RECTOR ACADÉMICO:

ING. JOAQUÍN ORLANDO MACHUCA GOMEZ

VICE-RECTORA ADMINISTRATIVA:

DRA. CARMEN ELIZABETH RODRIGUEZ DE RIVAS

SECRETARIA GENERAL INTERINA:
LICDA. LIDIA MARGARITA MUÑOZ VELA

FISCAL GENERAL:

LICDO. PEDRO ROSALIO ESCOBAR CASTANEDA

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO INTERINO:

LICDO. ARMANDO ANTONIO SERRANO

VICE-DECANO INTERINO:

LICDA. CECILIA PEREZ SEGURA DE DUEÑAS

SECRETARIO INTERINO:

DR. JOSE RODOLFO CASTRO ORELLANA

UNIDAD DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA INTERINO:

LICDO. WILMER HUMBERTO MARÍN SÁNCHEZ

DIRECTOR DE SEMINARIO:

LICDO. LADISLAO GILBERTO GONZÁLEZ BARAHONA

AGRADECIMIENTOS

A LA TRINIDAD SANTÍSIMA: Padre, Hijo y Espíritu Santo, quienes han significado siempre mi mayor fortaleza y sabiduría, para la culminación de este logro académico y personal.

A MIS MADRES: María, madre espiritual e Isaura, madre terrenal, por haber sentido siempre su apoyo y presencia en el tiempo que dediqué al logro de esta meta.

A MI ESPOSO E HIJAS: Jorge Jaime, Isaura Noemy, y Clarissa Marbely, por haber tenido la paciencia suficiente y la comprensión necesaria, para darme el apoyo afectivo que necesite en los momentos difíciles en mis estudios universitarios.

A MIS HERMANOS: Mirna, Mayra, Alex, Carlos y Nelson, por haberme apoyado y ayudado con sus oraciones hacia Dios todo poderoso, para culminar con éxito esta meta profesional.

A MI ASESOR DE TESIS: Licdo. Ladislao González, por la orientación y la enseñanza adquirida en el tiempo a través de la elaboración de este trabajo de graduación.

Noemy Aydee Figueroa León

AGRADECIMIENTOS

A DIOS TODO PODEROSO: Por haberme dado la capacidad y perseverancia necesaria para alcanzar esta meta.

A MIS ABUELOS: Gilberto Antonio Burgos, Quien de haber estado en vida me hubiera dado todo su apoyo y confianza y Maria Evelia Viuda de Burgos, por apoyarme en todo momento y brindarme su comprensión y confianza en el logro de mi meta.

A MIS PADRES: Jorge Alberto Reyes e Iris del Rosario de Reyes, por haber confiado en mi y apoyarme siempre que los necesito.

A MI ESPOSO: Jefry Roberto Panameño, por su apoyo incondicional, por confiar en que podía salir adelante y por estar a mi lado siempre que lo necesito.

A MIS HERMANAS: Claudia Carolina Burgos, Nathaly Georgina Reyes y Zulma Giselle Reyes, por creer en mi y por estar conmigo siempre que las necesito.

A MIS COMPAÑERAS DE TESIS: por su apoyo, paciencia y por la confianza que depositaron siempre en el trayecto de esta meta.

A MI ASESOR DE TESIS: Licdo. Ladislao Gilberto González Barahona, por la orientación y el tiempo dedicado en la elaboración de este trabajo de graduación.

A MIS AMIGAS: Que me ayudaron a que aquellos momentos difíciles pasaran pronto y que siempre con sus ocurrencias se hicieron más fáciles.

Isis Evelia Reyes Burgos.

AGRADECIMIENTOS

AGRADEZCO A DIOS TODO PODEROSO por haberme permitido culminar mi carrera, y por darme la sabiduría necesaria para cumplir una de mis metas.

A MIS PADRES: Alfonso Gámez y María Isabel De Gámez, por haberme brindado el apoyo necesario para culminar y hacer realidad mis sueños, por su comprensión y apoyo incondicional para salir adelante, a quienes tanto debo y dedico este trabajo.

A MI ESPOSO: Santiago Teos, por su apoyo incondicional hacia a mí, por estar dispuesto a ayudarme y confiar en mí.

Y CON ESPECIAL DEDICATORIA A mi hija Kiriam Daniela, esa bella princesa que con su sonrisa hace que la vida sea más fácil.

A MIS HERMANOS: Ever, Yanira y Celenia, por creer en mí y ser personas especiales, que con su apoyo han compartido mis sueños.

A MIS COMPAÑERAS DE TESIS por su amistad, con quienes he compartido buenos y malos momentos en la realización del presente trabajo.

A MI DIRECTOR DE SEMINARIO Lic. Ladislao Gilberto González Barahona, a quien admiro y respeto muchísimo.

Candelaria Anavel Gámez De Paz

I N D I C E

INTRODUCCIÓN.....	i
CAPÍTULO I	
ANTECEDENTES HISTÓRICOS ATINENTES A LA APLICACIÓN DE PENAS	
1.1. FORMÁS DE PENALIZACIÓN.....	1
1.1.1. PERÍODO DE LA VENGANZA PRIVADA.....	2
1.1.2. PERÍODO DE LA VENGANZA DIVINA.....	4
1.1.3. PERÍODO DE LA VENGANZA PUBLICA.....	7
1.1.4. PERÍODO HUMANITARIO.....	9
1.1.5. PERÍODO CIENTÍFICO.....	11
A. ÉPOCA PRIMITIVA.....	12
B. ÉPOCA DE LA PENA PUBLICA.....	13
C. ÉPOCA HUMANITARIA.....	15
D. ÉPOCA CIENTÍFICA.....	16
1.2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS SOBRE APLICACIÓN DE PENAS EN EL SALVADOR.....	17
1.2.2. APLICACIÓN DE PENAS EN EL SALVADOR A PARTIR DE LA COLONIZACIÓN.....	22
CAPÍTULO II	
ANÁLISIS HISTÓRICO DE LA DETERMINACIÓN DE PENAS EN LA LEGISLACIÓN SALVADOREÑA.	
2.1. CONSTITUCIONES DE LA REPUBLICA.....	30
2.2. LEYES PENALES.....	35
2.2.1. CÓDIGOS PENALES.....	35
2.2.2. LEYES PENITENCIARIAS.....	40
CAPÍTULO III	
CONTROLES CONSTITUCIONALES AL PODER PUNITIVO DEL ESTADO	
3.1. INCONSTITUCIONALIDAD.....	44

3.1.1. CONTROL FORMAL DE LA CONSTITUCIÓN.....	46
3.2. INAPLICABILIDAD.....	50
3.2.1. REMISIÓN A LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL.....	54
3.3. EL AMPARO.....	54
3.3.1. MOTIVOS DE PROCEDENCIA DEL AMPARO.....	56

CAPÍTULO IV

CORRIENTES PENALES PARA LA DETERMINACIÓN LEGAL E INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA.

4.1. GENERALIDADES.....	59
4.1.1. DETERMINACIÓN PENAL SEGÚN EL CRITICISMO TALIONAL.....	60
4.1.2. DETERMINACIÓN PENAL ÉTICO-ARISTOTÉLICA.....	61
4.1.3. DETERMINACIÓN PENAL DEL IDEALISMO DIALECTICO.....	61
4.1.4. DETERMINACIÓN PENAL SEGÚN EL POSITIVISMO.....	63
4.2. FACTORES Y FASES DE LA INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA.....	64
4.2.1. TEORÍAS SOBRE LA INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA.....	67

CAPÍTULO V:

DOCTRINA, JURISPRUDENCIA Y ENTREVISTAS RESPECTO A LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE HUMANIZACIÓN, TEMPORALIDAD Y FINES DE LA PENA EN RELACIÓN A LA PENA DE PRISIÓN DE 75 AÑOS DETERMINADA EN EL ART. 45 No. 1 C.P.

5.1. DOCTRINA.....	69
5.1.1. HUMANIZACIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN.....	70
5.1.2. TEMPORALIDAD DE LA PENA DE PRISIÓN.....	74
5.1.2.1. PENAS DE LARGA DURACIÓN.....	77
5.1.2.2. PENAS DE CORTA DURACIÓN.....	78
5.1.3. FINES DE LA PENA DE PRISIÓN.....	80
5.2. PRINCIPIOS DE HUMANIZACIÓN, TEMPORALIDAD	

Y FINES DE LA PENA TUTELADOS EN TRATADOS INTERNACIONALES.....	85
5.3. JURISPRUDENCIA.....	88
5.3.1. JURISPRUDENCIA SOBRE HUMANIZACIÓN DE LA PENA.....	89
5.3.2. JURISPRUDENCIA DE TEMPORALIDAD DE LAS PENAS.....	97
5.3.3. JURISPRUDENCIA DE FINES DE LA PENA.....	101
5.3.4. JURISPRUDENCIA DEL RÉGIMEN DE INTERNAMIENTO ESPECIAL DESDE LA VISIÓN DE PRINCIPIOS DE HUMANIZACIÓN, TEMPORALIDAD Y FINES DE LA PENA.....	107
5.3.5. JURISPRUDENCIA DE INAPLICABILIDAD DE LA NORMA PENAL.....	109
5.3.6. JURISPRUDENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD.....	110
5.4. ENTREVISTAS.....	117
5.4.1. ANÁLISIS DE ENTREVISTAS, DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA.....	117
CAPÍTULO VI	
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	
6.1.CONCLUSIONES.....	166
6.2.RECOMENDACIONES.....	174
BIBLIOGRAFÍA.....	179
ANEXOS.....	184

INTRODUCCIÓN

La presente investigación contiene información bibliográfica y de campo sobre el tema: “ Las penas exorbitantes reguladas en la reforma del Art. 45 No. 1 C.P. vulneran los Principios Constitucionales de humanización, temporalidad y fines de la pena”.

No obstante reconocer que la pena de prisión de setenta y cinco años citada en el Art. 45 No. 1 C.P. vulnera una serie de principios constitucionales tales como lesividad, culpabilidad, proporcionalidad, dignidad humana, igualdad, mínima afectación, etc. hemos delimitado nuestra investigación a los principios constitucionales comprendidos en el Art. 27 Incs. 2º y 3º. Cn relativos a la humanización, temporalidad y fines de la pena.

La problemática que se deja ver en las siguientes páginas de este trabajo de investigación, trata aspectos de política criminal materializadas por el Órgano Legislativo en Leyes exacerbadas; función de procuración por parte de profesionales del Derecho cuando en un proceso hay requerimientos fiscales que solicitan la aplicación de este artículo; decisiones Judiciales de Jueces de sentencia quienes a discrecionalidad aplican o declaran inaplicable el artículo en mención; Jueces de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena a quienes les corresponde darle seguimiento a la reclusión del reo en el sistema penitenciario; y consecuencias jurídicas en que deviene la aplicación del Art. 45 No. 1 C.P.

Siempre en el marco de la problemática de la que partimos para hacer esta investigación, se dan a conocer criterios jurídicos de quienes se oponen a la aplicación del aumento de setenta y cinco años a la pena de prisión basando

sus fundamentos en el espíritu de los principios constitucionales y en Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, por considerar que con la sanción penal de setenta y cinco años de prisión se les está vulnerando en su totalidad.

De manera puntual como ya hemos citado, estudiamos la problemática más que todo en la contradicción a los principios constitucionales de humanización de la pena, la prohibición de penas perpetuas y los fines de la pena. El principio de humanización porque este prescribe que la pena de prisión no debe ser aflictiva, que se debe tratar de manera justa al penado, y que se deben impedir los abusos en contra de los Derechos fundamentales de este; en cuanto al principio que prohíbe la perpetuidad de la pena, se entiende que la pena de prisión no debe ser vitalicia, más a la luz de la interpretación de la norma sobre el aumento a la pena de prisión, se advierte que implícitamente esta contiene fundamentos de pena perpetua, por la duración de esta y la edad en que comienza a aplicarse la ley penal; por último en cuanto a los fines de la pena, de manera puntual el Art. 27 en su Inc. 3º. regula que es obligación del Estado la organización de los Centros Penales para la educación y resocialización de los condenados. Ante lo que se considera que con aumentar la pena de prisión a setenta y cinco años no se está cumpliendo la función educativa ni resocializadora; primero por que las condiciones de cumplimiento de la pena son en condiciones restrictivas a la comunicación, a la información y a la libre circulación dentro del centro penal, y segundo porque probablemente el condenado muera antes de cumplir su sentencia por lo que la finalidad de educar o resocializar de la pena queda sin sentido, constituyendo en este caso la pena, un fin y no un medio para corregir al delincuente.

No obstante los fundamentos Constitucionales sobre los que se erige la defensa de los derechos humanos del condenado que hacen considerar inconstitucional la pena de prisión determinada en el Art. 45 No. 1 C. P. hay

criterios doctrinales que justifican la necesidad de crear esta reforma del Art. en mención que eleva la pena de prisión a setenta y cinco años, para el caso se citan antiguas teorías de prevención general y especial, la primera dirigida hacia la colectividad pretendiendo que la exacerbación punitiva aplicada a un condenado sea un ejemplo que el resto de la sociedad no quiera experimentar; la prevención especial cuya función es la de persuadir al autor de un ilícito penal de no cometer hechos punibles en el futuro, al tenor de la drásticidad de la sanción penal y en el caso concreto retribuirle al condenado el máximo de sufrimiento ante el mal causado, y la última del Derecho Penal de amplio espectro que se justifica por la criminalidad en avanzadas en lo cual es dable que ante una sociedad en riesgo por los altos niveles de criminalidad se ignoren los principios constitucionales para crear normás penales drásticas como única forma de contener el auge delincencial. Más si bien es cierto que el alto grado de criminalidad y la inseguridad jurídica son los factores en que se fundamenta el Poder Legislativo para reformar el monto a la pena de prisión, creando la norma jurídica como medida inmediata para frenar la delincuencia; no hay que perder de vista que el alto grado de criminalidad y la inseguridad jurídica son manifestaciones de una problemática social que tiene sus raíces en la marginación social o en la crisis económica, y que necesita de soluciones a las causas que la generan y no al efecto que producen; por lo que la represión a esa problemática con penas de prisión mayores no es la solución.

En cuanto a la muestra que nos permitió hacer valoraciones respecto a nuestra hipótesis, se hace referencia a las distintas unidades de observación que para efectos de la investigación se tomaron en cuenta, siendo para este caso las opiniones de los 18 Jueces de Sentencia del área metropolitana de San Salvador, a quienes se les entrevistó para conocer los fundamentos jurídicos en

relación a la vulneración de principios constitucionales, contenidos en el Art. 45 numeral primero del Código Penal.

En cuanto a la delimitación temporal del tema se ha tomado en cuenta que el Art.45 numeral primero consistente en el aumento de setenta y cinco años a la pena de prisión, entro en vigencia a partir del 31 de julio del dos mil uno; por lo que las sentencias analizadas fueron las que contenían argumentos jurídicos en relación al Artículo 45 No. 1 C.P. reformado, es decir, aquellas sentencias emitidas después de su entrada en vigencia; de igual manera se ha comparado con La Constitución vigente y los Tratados Internacionales ratificados y no renunciados por el Salvador en materia de Derechos Humanos.

En cuanto a la importancia que tiene el investigar este tema se han tomado en cuenta las consideraciones siguientes:

Se considera importante cuestionar y analizar si el órgano legisferante, ejerce su técnica legislativa de crear política penal, con un amplio poder al grado de no reconocer limitantes en sus acciones e irrespetar así los postulados Constitucionales respecto a los Derechos Fundamentales de las personas.

Esperamos demostrar con fundamentos jurídicos y análisis criminológicos, que el endurecimiento de las penas por parte del Estado en función de la política criminal, no es la respuesta adecuada ante el aumento de la criminalidad en el país; por una parte porque el aumento de la pena de prisión a medidas extremas, constituye un retroceso a la tendencia de humanización de los sistemas penales modernos y por otra parte por que no se están afrontando con la norma en mención las causas que producen la delincuencia.

Por último de manera puntual demostrar que el aumento a la pena de prisión expresada en el Art. 45 numeral 1º del Código Penal, violenta los principios de humanización, no perpetuidad y fines de la pena consagrados en los incisos 2º. y 3º. del Art. 27 de la Constitución, a través del análisis de

contradicciones entre la norma penal en mención y la Constitución de la República.

Otra parte importante de este trabajo, son los objetivos que con esta investigación nos hemos propuesto:

OBJETIVOS GENERALES

- Hacer análisis comparativos de la pena de prisión, principios constitucionales y fines de la pena, en la Ley Primaria y Secundaria a través de la historia en El Salvador
- Analizar las consecuencias jurídicas de la determinación de penas exorbitantes
- Estudiar si la respuesta del Estado frente a la criminalidad debe ser decretar penas exorbitantes
- Estudiar las limitaciones constitucionales al poder punitivo del Estado para aplicar penas que contravienen los fines regulados en la norma constitucional
- Valorar los criterios judiciales sobre la interpretación gramatical de la norma penal en relación con la imposición de penas o la adopción del principio de inaplicabilidad de la reforma penal del artículo 45.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Analizar los diferentes códigos penales en relación al monto de la pena
- Estudiar los principios de humanización, perpetuidad, y fines de la pena en las diferentes Constituciones en El Salvador
- Analizar las limitaciones constitucionales al poder punitivo del Estado reguladas en el Art. 27 de la Constitución

- Determinar la incompatibilidad de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos en relación al aumento de la pena de prisión
- Analizar resoluciones sobre inaplicabilidad a la reforma del artículo 45 No. 1 del código penal
- Investigar sobre los criterios judiciales de interpretación de la norma penal en relación con la pena de prisión determinada en el Art. 45 No. 1 C. Pn.

A fin de darle una orientación concreta a nuestro trabajo de investigación se enuncian las hipótesis siguientes:

HIPÓTESIS GENERAL

Se vulneran principios constitucionales de humanización, temporalidad y fines de la pena establecidos en los Incs. 2º y 3º de la Constitución, con la aplicación de la pena exorbitante de setenta y cinco años de prisión en un régimen de internamiento especial determinada en el Art. 45 No. 1 del Código Penal.

HIPÓTESIS ESPECIFICAS

- La inaplicabilidad de la norma jurídica es consecuencia de la violación de Principios Constitucionales.
- el régimen de internamiento especial es la respuesta de un Estado autoritario frente a la criminalidad
- Los principios constitucionales regulados en el Art. 27 Incs. 2º y 3º. de la Constitución, son limitaciones al poder punitivo del Estado
- El juzgador hace más uso de la interpretación restrictiva que de la extensiva cuando se dictan sentencias con penas exacerbadas como la del Art. 45 No. 1 C.P.

- Los principios de humanización, temporalidad y fines de la pena son el fundamento jurídico para declarar inaplicable el aumento a la pena de prisión.

En otro orden el contenido de este trabajo de investigación de acuerdo a los capítulos que contiene, se detalla de la siguiente manera:

En el capítulo uno se hace referencia a los antecedentes históricos atinentes a la aplicación de penas, y entre las formás de penalizar se citan la venganza privada, divina, la publica, el período humanitario y el científico. En este mismo orden nos acercamos a la forma de penalizar en nuestro país, antes y después de la colonización española.

En el segundo capítulo se hace un análisis de la determinación de penas en la legislación salvadoreña, citando para el caso las diferentes Constituciones de la Republica en las que ya aparecían reguladas algunas formás de penalizar, se citan también los primeros códigos penales y leyes penitenciarias, hasta los que están vigentes.

En el tercer capítulo se hace mención de los controles constitucionales tales como la inconstitucionalidad, inaplicabilidad y el amparo, como formás de limitar y corregir los excesos del poder punitivo del Estado.

En el capítulo cuatro se refiere a las corrientes penales para la determinación de la pena y las teorías para la individualización de la pena; se mencionan las corrientes penales que el órgano legislativo suele tomar en cuenta para elaborar las determinaciones penales en abstracto, y las teorías, fases o elementos de los que hace uso el órgano judicial para la individualización de la pena en un caso concreto.

En el capítulo cinco se presenta la parte medular de nuestro tema de investigación. Se ofrece en una primera parte la doctrina relativa a los principios de humanización, temporalidad y fines de la pena regulados en la Constitución

de la Republica y estos mismos principios regulados en tratados internacionales con relación a la pena de setenta y cinco años regulada en el Art. 45 No. 1 C.P.

En una segunda parte de este mismo capítulo se presenta una síntesis y análisis de la información obtenida de una serie de sentencias judiciales referentes al reconocimiento de los principios constitucionales en mención y el régimen de internamiento especial mencionado en el Art. 103 de la Ley Penitenciaria al que reenvía el Art. 45 no. 1 C. P. se menciona también la jurisprudencia sobre inaplicabilidad e inconstitucionalidad por violación de los principios en estudio, planteándose para el caso las resoluciones de los tribunales de sentencia del área metropolitana de San Salvador. Por ultimo se presenta el análisis producto de conjugar la doctrina, jurisprudencia y respuestas de los Jueces de sentencia, respecto a la problemática investigada; para finalmente poder demostrar la comprobación de las hipótesis que nos planteamos.

En el ultimo capítulo de este trabajo se ofrecen las conclusiones a las que llega el equipo de trabajo de acuerdo a la interpretación que se hace de todo la información del documento, valorando el contenido de los postulados de la Constitución en materia de Derechos Humanos, las reforma del código penal que eleva la pena de prisión a setenta y cinco años, el régimen de internamiento especial, la labor de los jueces de sentencia y de vigilancia penitenciaria en la interpretación de la norma constitucional, penal y penitenciaria, la técnica legislativa, la procuración de ejercen los profesionales del derecho, y la modalidad de política criminal para enfrentar la criminalidad. Tomando en cuenta las mismás conclusiones se parte para hacer las

recomendaciones que en este caso son dirigidas a jueces, procuradores, fiscales, como también a Instituciones públicas y privadas para que en el marco de un Estado Constitucional de Derecho no se sigan violando los principios y garantías que tutela la Constitución a todos los habitantes de la nación, aunque estos estén privados de su libertad por el cometimiento de un ilícito penal.

CAPÍTULO I:

ANTECEDENTES HISTÓRICOS ATINENTES A LA APLICACIÓN DE PENAS

1.1. FORMAS DE PENALIZACIÓN

El desarrollo histórico de la humanidad muestra que el hombre cuando comenzó a ser parte de una comunidad en una u otra forma según el contexto económico, social y político de la época en que vivía recibió diferentes clases de castigo por su conducta ilícita, tanto por parte de su propia comunidad o en poder de otra, consistentes en la expulsión o privación de la paz, venganza de la sangre, la lapidación, la ley del talión y la componenda; castigos que determinados pueblos basados en su costumbre creían necesarios para limitar la conducta delictual y proteger a la comunidad.

Fue el mismo hombre quien a través del desarrollo social y político, el que motivó la implementación de castigos cada vez más represivos, hasta generar un cuerpo de leyes que regularan la convivencia social.

En ese proceso histórico han existido diferentes períodos para proteger la vida comunitaria, algunos caracterizados por una inhumana dureza por la clase de castigos impuestos (lapidación, descuartización, decapitación, el pílora, etc.) y otros de carácter humanitario que prohibieron la pena de muerte, la tortura y los procedimientos inquisitivos, es decir, que se comenzó a tomar en cuenta al inculcado como persona humana propenso al dolor y con derecho a corregir su conducta indeseada.

Hay diversos tratadistas de Derecho Penal que clasifican de diferente manera los períodos del mencionado proceso histórico, para el caso citaremos la clasificación que hace Eugenio Cuello Calón y el Dr. Manuel Arrieta Gallegos, reseñándose a continuación la clasificación de los períodos que hace Cuello Calón:

- a. la venganza privada
- b. la venganza divina
- c. la venganza pública
- d. período humanitario y
- e. período científico

1.1.1 PERÍODO DE LA VENGANZA PRIVADA

Según Cuello Calón, en este período la función penal revestía el aspecto de una venganza, pero esta venganza era realizada en forma individual, es decir que se practicaba de individuo a individuo o por un grupo familiar contra otro, no podía considerarse como una forma de reacción penal, pues aquella reacción era con fines de venganza personal sin que fuera legitimada por el resto de la sociedad.

La evolución comienza con la época bárbara de la venganza, o sea cuando el ofendido o las personas que componían su familia reaccionaban violentamente contra el agresor, dando lugar así a la llamada venganza privada o venganza de la sangre, esa reacción instintiva se consideraba como una liberación moral casi como un deber; luego surge la expulsión como una forma de condenar al agresor a perder el derecho a la paz, pues al ser expulsado quedaba expuesto a la reacción arbitraria del ofendido u ofendidos; después aparece la figura del abandono noxal a través de la cual la tribu a la cual pertenecía el agresor lo entregaba a la tribu agredida para que esta le castigará y así no sufrir toda la tribu una reacción colectiva por el delito de uno de sus miembros; y fue posteriormente en esta misma época en la que a causa de los excesivos abusos en la imposición de los castigos, surge la llamada Ley del Talión, la cual suponía la existencia de un poder moderador que envolvía en sus inicios un desarrollo social considerable, puesto que se limitaba a causar un

daño exactamente igual al que se le producía a la víctima; de ahí que tenga como fórmula conocida "ojo por ojo, diente por diente"; y no obstante que también surgiera la componenda como una forma de resarcir el daño causado por el agresor, trascendió con mayor aceptación la ley del talión la que fue retomada por el Código de Hammurabi, por el Código de Israel y posteriormente en nuestro país mediante el reinado de Anastasio Aquino.

El Código de Hammurabi de Babilonia en el siglo XIV, establecía entre sus disposiciones lo siguiente: "si alguno le sacaba el ojo a otro, perdía el suyo"; "si alguno le rompía el hueso a otro, se le rompía el hueso suyo".

El aporte que éste ordenamiento jurídico antiguo dejó al Derecho Penal fueron las diferencias entre dolo, culpa y caso fortuito, entendiéndose de la siguiente manera:

- CULPA; "si alguno tocaba a otro en riña y le ocasionaba una herida y no lo hirió con intención, le pagaba al médico".
- DOLO; "si el buey de alguno era peligroso y el propietario sabiendo no le hacía los cuernos y dejaba de atarle, y el buey hería y mataba, pagaba el dueño media libra de plata".
- CASO FORTUITO; "si en el establo ocurría golpe de Dios o saltaba el león, juraba el patrón ante Dios y soportaba el amo el daño que ocurría en el establo".

En el código de Israel se le daba un enfoque religioso al sistema talional, en el cual se encontraban disposiciones similares al código de Hammurabí; por ejemplo el que golpeaba a su prójimo de modo que le dejara algún defecto o deformidad sufría el mismo mal que hubiere ocasionado.¹

¹ Cuello Calon, Eugenio. Derecho Penal. 9ª edición. Barcelona. 55

CARACTERÍSTICAS DEL PERÍODO DE LA VENGANZA PRIVADA

1. La familia de la víctima tomaba parte en la sanción del agresor, así como también no se determinaba el límite o alcance de la sanción.
2. La ley del Talión se limitaba a causar un daño exactamente igual al que se le producía a la víctima, la cual acuñó una frase que decía: "ojo por ojo, diente por diente".
3. Se dieron excesivos abusos por la arbitrariedad y crueldad con que se imponían los castigos.

En cuanto a la ubicación en el tiempo de esta fase, consideramos que fue en el siglo XIV, siendo la organización social la Gens o Clan, no había aun propiedad privada por lo que los bienes eran de uso colectivo, y el poder era ejercido en sus formas avanzadas por un consejo de ancianos conformado por las diferentes comunidades.

En referencia a la etapa antes descrita, es importante aclarar que el Dr. Arrieta Gallegos le llama época primitiva, y cuestiona la clasificación que hacen algunos autores que plantean que la venganza privada se haya basado en una reacción individual, por el instinto de conservación de la vida por parte del ofendido, pues según él las reacciones primitivas contra el delito fueron siempre colectivas, pues la conciencia individual no surgió en las comunidades más primitivas como la antes descrita .²

1.1.2. PERÍODO DE LA VENGANZA DIVINA

De acuerdo a lo expuesto por Eugenio Cuello Calón, durante el período de la venganza divina, "la represión penal tenía por fin el aplacamiento de la

² Arrieta Gallegos, Lecciones de Derecho Penal. Corte Suprema de Justicia. San Salvador. Pág. 37.

divinidad ofendida por el delito. La Justicia criminal se ejercitaba en nombre de Dios, los Jueces juzgaban en su nombre”.³

En este período como su nombre lo dice el poder era divino pues emanaba de Dios, así como lo dicen las Sagradas Escrituras “ Dios da la vida y él es el único que puede quitarla”; en esa época se practicaron los juicios de Dios los cuales eran llamados Ordalías que consistían en una prueba jurídica especial de verdad, en virtud de la cual la divinidad intervenía en una controversia, mostrándose por determinados signos, a favor del que tenía la razón, por ejemplo para probar la inocencia se sometía al penado a prueba de fuego o de agua y si no resultaba quemado o ahogado era por que Dios reconocía su inocencia y le protegía en la prueba, estos juicios tenían como objeto la revelación de la justicia divina a través de la investigación de la justicia humana.

También en este período de la venganza divina se aplicó la Ley del Talión que tuvo su origen en el período de la venganza privada y que trascendió a épocas posteriores y que se plasma en el Génesis de la siguiente manera: “El que derrame la sangre humana, por mano de hombre será derramada la suya, porque el hombre ha sido hecho a imagen de Dios”.⁴

“si en riña de hombres golpease uno a una mujer en cinta haciéndola parir y el niño naciere sin más daño, será multado en la cantidad que el marido de la mujer pida y decidan los jueces, pero si resultare algún daño, entonces dará vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura, herida por herida, cardenal por cardenal”.⁵

³ Ob. Cit. Calón, Eugenio. “Derecho Penal”. 9ª Edición. Barcelona. Pág. 56.

⁴ “La Sagrada Biblia”. Génesis, Capítulo 9, Vs. 6, Pág. 38.

⁵ Ob. Cit. La Sagrada Biblia”. Éxodo, Capítulo 21, Vs. 21 al 25. Pág. 114.

En el período de la venganza Divina el poder estaba en manos de los Sacerdotes, ellos ejercían el poder divino y consideraban el delito como una gran ofensa a Dios; en consecuencia la represión penal tenía como finalidad imponer las penas más severas.

CARACTERÍSTICAS DE EL PERÍODO DE LA VENGANZA DIVINA

1. El castigo era impuesto en nombre de Dios, ya que el poder estaba en manos de los Sacerdotes y ellos ejercían el poder divino a través de las llamadas Ordalías o Juicios de Dios que consistían en la revelación de la justicia divina a favor del inculgado en una prueba de fuego o de agua.
2. Se continuó aplicando la Ley del Talión, con una concepción que decía: "el que a hierro mata a hierro muere".

Este período tuvo su apogeo a principios del siglo XV, en cuanto a la organización social ya se advertía la división de clases en esclavos y terratenientes, pues había surgido la propiedad privada, el poder era ejercido por la Iglesia.

Comparando este período de la venganza divina de la clasificación que hace Cuello Calón con la que hace el Dr. Arrieta Gallegos se advierte que este último le llama período teleológico político de la venganza divina al mismo período de la venganza pública que veremos más adelante, es decir que no lo reconoce como un período independiente sino como complementarios u otra forma de llamarle al período de la venganza pública, pues según el se confundían los conceptos de pecado y delito, por lo que el delito se aprecia a la vez como una ofensa a Dios y al Príncipe, de ahí que la venganza divina fue tomada como motivo para medir así la gravedad de la pena.⁶

⁶ Ob. Cit. Arrieta Gallegos, Manuel. Pág. 39.

1.1.3. PERÍODO DE LA VENGANZA PÚBLICA

En Europa en el siglo XV, la represión penal aspiraba a mantener, a toda costa, la tranquilidad pública, fin que se intentaba conseguir mediante el terror y la intimidación que causaba la frecuente ejecución de las penas. Este es el ciclo en que aparecen las leyes más severas y crueles, en que se castigaban con la mayor dureza no sólo los crímenes más graves, sino hasta hechos hoy indiferentes como los delitos de magia y hechicería, que se juzgaban por tribunales especiales con el rigor más inhumano”.⁷

Para luchar contra la criminalidad desbordante de este período de la venganza pública el poder social no vaciló en aplicar las penas más crueles, la de muerte acompañada de formas de agravación espeluznantes tales como la descuartización por caballos, el pílori que consistía en abrir el estomago para que se vieran las vísceras, la decapitación en plaza pública, el apalamiento”.⁸

Era el Estado el que tomaba la justicia en sus manos por ser la organización mejor organizada para hacerlo, lo que trajo como consecuencia, que este asumiera las funciones represivas, ejercidas de antaño por la víctima, sus parientes o sacerdotes; en este sistema toma cuerpo la Administración de Justicia como función estatal confiada a los funcionarios que eran los Magistrados o Jueces.

En este período de la venganza pública existieron tres Escuelas:

1. La Escuela Correccional; el delito era una concepción “artificial” que responde a los intereses perseguidos por el ordenador del Derecho, ve al delincuente como un individuo a quien no se le enseñó debidamente las nociones convencionales que crean el delito, y que por ello demuestra ser incapaz para regir racionalmente su conducta; y la pena es merecida

⁷ Ob. Cit. Cuello Calón, Eugenio. “derecho Penal”. 9ª edición. Barcelona Pág. 56.

⁸ Ibíd. Pág. 56.

por el delincuente, la cual constituye un tratamiento racional destinado a enseñarle aquello que no sabe y que es la causa de su incapacidad de conducta.

2. La Escuela Clásica; ésta consideraba la pena como un medio de tutela jurídica para el restablecimiento del orden público la cual debía ser equitativa y proporcional al delito, y el delito era un ente jurídico que violaba el derecho; para ellos el delincuente estaba dotado de libre albedrío el cual con su libertad escoge el camino del mal y con su voluntad, lo ejecuta.
3. La Escuela Positiva; concibe el delito como un producto de las condiciones tanto físicas como psíquicas del individuo y la pena como un medio de readaptación a la vida social para la cual es un readaptado, surge la medida de seguridad como sanción penal, el delincuente es un individuo que delinque por que esta determinado a hacerlo por las condiciones en que se desarrolla tanto físicas y psíquicas.⁹

CARACTERÍSTICAS DEL PERÍODO DE LA VENGANZA PÚBLICA

1. Crueldad excesiva de las penas, o sea se generalizaba la aplicación de la pena de muerte por medios bárbaros los cuales eran el empalamiento, el ahogamiento, los azotes y la guillotina; se aplicaban además la mutilación, la jaula de hierro, las hogueras, decapitación, el trabajo forzado y el descuartizamiento.
2. Falta de personalidad de las penas es decir que la pena no se aplicaba exclusivamente al culpable, sino que trascendía a sus parientes.

⁹ Fontan Balestra, Derecho Penal. Introducción y parte General. 9ª. Edición actualizada. ABELADO PERROT. Pág. 65.

3. Desigualdad ante la Ley, el castigo no se aplicaba a todos por igual, los nobles y poderosos quedaban fuera de la sanción.
4. Falta de garantía procesal, debido a que la instrucción era secreta.

Por sus características más sobresalientes este período se ubica en el siglo XV, la división de clases estaba totalmente definida entre nobles y esclavos, su sistema de producción era capitalista, surge la creación del estado conformado por la Iglesia y la Realeza para defender los intereses de las clases dominantes, y en su fase más avanzada se da el contrato social con la finalidad de buscar un equilibrio en los irreconciliables intereses de las clases dominantes y los desposeídos.

1.1.4. PERÍODO HUMANITARIO

Según lo escrito por Cuello Calón, el período humanitario tuvo como preámbulo el pensamiento de Rosseau, quien escribe sobre el "contrato social" el cual consistía en que la sociedad no castigaría más por cuenta propia al delincuente sino que permitiría que fuera el estado el que castigara y garantizara la seguridad de los miembros de la sociedad y el derecho del delincuente a ser útil a la misma, en vista de la necesidad de mantener el equilibrio y la armonía entre los miembros de la sociedad, todo este pensamiento humanista surge con la llamada "Escuela de la Nueva Defensa Social".

Este período nace con el renacimiento en el siglo XIV-XVI y se consolida con las ideas que se promovieron en la revolución francesa del siglo XVIII, cuando se dan las ideas de los derechos del hombre y del ciudadano; y en base a las doctrinas de los enciclopedistas especialmente las obras de Becaría, Montesquieu, Voltaire, D' Alambert, retoma importancia el derecho de castigar el cual encuentra su fundamento en el contrato social.

El más sobresaliente en este período fue Cesar Becaría, en su famoso libro "Dei delitti e delle pene" (1764) "en el que cambió la pena de muerte, las penas infamantes, la tortura, el procedimiento inquisitivo y defendió ardientemente la atenuación de la penalidad, por la legalidad de las penas y por la protección del acusado mediante garantías procesales".¹⁰

Posteriormente a Becaría surgió en Inglaterra John Howard, quien se interesó en el tipo de penas carcelarias que existían en vista de las malas condiciones en las cuales se encontraban los encarcelados, las que no eran apropiadas para una persona humana por que eran calabozos sin aire, agua y luz; como consecuencia, dicho autor publicó su libro " Estado de las prisiones" en el que proponía un mejor tratamiento para los presos, puesto que se baso en un sistema moral, religioso, higiénico y de alimentación.

Como se puede observar el Derecho Penal proveniente del pensamiento de Becaría, conocido como el Derecho Penal Humanitario-Individualista, humanizó las penas, abolió la de muerte en unos países y en otros redujo los casos de su aplicación, hizo desaparecer, casi en todas partes las penas corporales y las infamantes, erigió la pena de prisión en base al sistema penal, promovió que se construyeran nuevas cárceles con mejores condiciones higiénicas, veló por el tratamiento del condenado, organizando un sistema de penas con sentido altamente correccional y cuando llegaba el momento de la libertad del individuo se le asistía y se le vigilaba mediante las sociedades de patronatos que creo en todas partes.

CARACTERÍSTICAS DEL PERÍODO HUMANITARIO

1. Este período surgió con el Renacimiento y la Revolución Francesa.

¹⁰ Cuello Calon, Eugenio: Ob. Cit. Pág. 58

2. Surgieron autores que se preocuparon por establecer una legislación más justa
3. Surge el establecimiento del principio de legalidad en todas las legislaciones
4. Surge la Escuela Penal Clásica.

Este período se da entre el siglo XV y XVI, siendo una respuesta inevitable a las acciones de barbarie que caracterizaban las formas de penalizar el delito, en un contexto social que se distinguía por la desmedida explotación de la fuerza de trabajo de la clase inferior, y en lo político el estado conformado por la clase social dominante quienes ejercían el poder a través de la intimidación hacia la clase inferior.

1.1.5. PERÍODO CIENTÍFICO

En el campo del Derecho Penal comenzó desde hace algunos años según Cuello Calón, un movimiento orientado contra las concepciones del período humanitario, contra el Derecho Penal Clásico, apareciendo así un nuevo período, el llamado período científico; caracterizado por la transformación producida en el Derecho Penal a causa de la irrupción en el terreno de las ciencias penales tales como la antropología criminal y sociología criminal. Ha comenzado a estudiarse la etiología de la delincuencia, a estimar en su producción el influjo de un considerable número de causas y factores, por lo que ha dejado de considerarse al delito tan solo como una pura entidad jurídica inscrita en el código para apreciarlo también como un fenómeno social y una manifestación de la personalidad del delincuente; así se ha desplazado, por completo el criterio de la represión antes estrictamente basada en la apreciación del hecho punible, además del delito se toma muy en cuenta las condiciones personales del reo. La pena en este período no tuvo un fin puramente retributivo, sino un fin de prevención del delito que se realiza con medios de corrección (prevención

especial), de intimidación o de eliminación (prevención general). Para ello se reputa necesaria la adaptación de la pena a la persona del delincuente (individualización), lo cual presupone el conocimiento del penado basado en su estudio biológico, psicológico y social. Junto a las penas surgen las llamadas medidas de seguridad como medios de lucha contra el delito.

En el período científico se conserva el espíritu individualista característico del período humanitario.¹¹

Ya que hemos estado haciendo alusión a la clasificación que el Dr. Arrieta Gallegos hace de los períodos históricos del Derecho Punitivo, comparándola con la que hace Eugenio Cuello Calón, es necesario citar de manera puntual, como el Dr. Arrieta Gallegos clasifica dicha evolución histórica del Derecho Penal, por lo que a continuación se hace una síntesis de ella:

A. ÉPOCA PRIMITIVA: para el Dr. Arrieta Gallegos en esta época los castigos eran impuestos por reacción colectiva y predominaron los siguientes:

a.1. expulsión de la comunidad, que posteriormente se denomina pérdida de la paz. La expulsión de la comunidad y la pérdida de la paz que dentro de ella se podía disfrutar, tenía lugar cuando un miembro de la tribu había cometido un delito contra sus semejantes o contra la tribu misma, por lo que se le excluía de la comunidad y como consecuencia perdía el derecho a la paz por quedar expuesto a la reacción del grupo imponiéndole la pena por su acción. Una de las formas más primitivas de pena era la ley de la lapidación.

a.2. venganza de la sangre, se le aplicaba al extranjero, miembro de otra tribu y el castigo tenía alcances para toda su tribu, por lo que este tipo de castigo terminaba en una lucha de una tribu con otra.

¹¹ Ob. Cit. Cuello Calón. Derecho Penal. Pág. 65 y 66

Tanto uno como otro sistema no tenían límites. Las pasiones colectivas desbordadas por la venganza, necesariamente tuvieron que limitarlo y surgió primeramente la ley de talión la cual consistía en imponer al ofensor una pena que ocasionará un mal igual o equivalente al que el mismo había causado. La ley del talión se presenta como un proceso evolutivo que regulo los instintos de venganza limitándola a la cuantía del mal causado y señalando inclusive un objeto a la pena.

En esta misma época surge el castigo denominado abandono noxal el cual consistía en entregar el agresor a la tribu ofendida para que esta no reaccionara contra todo el grupo al cual pertenecía el agresor, a fin de evitar las consecuencias de una lucha de tribu a tribu.

Por ultimo según el Dr. Arrieta Gallegos, surge la composición o componenda, mediante la cual quedaba autorizado el ofendido para que voluntariamente y en cada caso, transara con el ofensor mediante pago que este debía hacer a aquel, ya sea en metálico o con animales.

B. ÉPOCA DE LA PENA PÚBLICA.

En la medida que la comunidad primitiva evolucionó en su organización, surge el Estado como un poder supremo para legislar y administrar justicia. Se inicia entonces la época calificada "de la pena pública", por el sistema de imposición y ejecución de las mismas penas y por el hecho de ser el Estado quien las imponía a través de los Jueces, más, teniendo en cuenta la naturaleza de la organización estatal en aquel entonces, en la cual las clases dominantes fundaban su poder en el sometimiento de las clases dominadas, lógico es colegir que a través de la pena se buscaba un fin que era el de intimidar a las clases inferiores, es por eso que a esta época se le llamó también de la intimidación y período teleológico de la venganza divina, pues confundiéndose pecado con

delito se creía que con la ofensa se ofendía tanto a Dios como al Estado representado por la monarquía.

El Dr. Arrieta Gallegos cita como características de este período, las siguientes:

- a. desigualdad de los hombres ante la ley. Las clases dominantes, poderosos nobles, gozaron de fueros especiales con penas menos severas y procesos también especiales;
- b. estrecha legación entre el Derecho Penal y la religión de donde resultaban delitos de tipo religioso como la herejía, la blasfemia, el sacrilegio, que eran reprimidos con severas penas;
- c. penas inhumanas y crueles como fueron la muerte acompañada de torturas, los azotes, las mutilaciones, el pilori, el descuartizamiento, la hoguera, la decapitación, el hierro candente, los trabajos forzados;
- 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;
- f. sustitución del proceso acusatorio por el inquisitivo, 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.

C. ÉPOCA HUMANITARIA: fue con la revolución filosófica de las obras “del delito y la pena y Estado de las prisiones” de Beccaria y Jhon Howard respectivamente que renace la personalidad humana; fue a través de la obra de Beccaria que se produce una honda transformación en el derecho punitivo, iniciándose la época humanitaria y sirviendo de causa lógica a las doctrinas de la Escuela Penal Clásica. Su obra gira alrededor de los siguientes puntos:

- a. señala los abusos de la practica criminal imperante, exigiendo una reforma de fondo
- b. proclama la diferencia entre justicia divina y humana o penal, pues la justicia penal se encuentra basada en los preceptos divinos.
- c. el rigor de las penas, estableciendo que de nada sirve la pena si no va acompañada 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 hace 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 aun en forma cruel, aceptándola solo en las épocas de perturbaciones políticas; y
- f. aboga por la determinación de 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 de la Escuela Clásica.

Otro aporte importante al período humanitario lo hizo Jhon Howard con su obra “estado de las prisiones” en el que critica el inhumano estado de las prisiones; las conclusiones precisas expuestas en su obra se dirigen hacia una

reforma para remediar el mal estado de los prisioneros, y prioriza las soluciones en el orden siguiente:

- 1º. Higiene y alimentación
- 2º. Disciplina distinta para los detenidos y los encarcelados
- 3º. Educación moral y religiosa
- 4º. Trabajo y
- 5º. Sistema celular dulcificado.

Según expone el Dr. Arrieta Gallegos y Nodier Agudelo Betancur¹² 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.

D. ÉPOCA CIENTÍFICA

Conmovidos los científicos de la Escuela Penal Clásica que ahondó 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, en el estudio que se hace de la personalidad compleja del sujeto, o sea del delincuente, que es lo que se destaca en primer termino en el panorama penal.

Este nuevo período 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

¹² Agudelo Betancur, Nodier. Estudio Preliminar de la Obra de Beccaria. Editorial Temis. Bogota Colombia 1990. Págs. XXXVII.

readaptación del delincuente, o siendo imposible, su segregación de la sociedad. Surge la Escuela Penal Positiva con Cesar Lombroso, Enrique Ferri, Rafael Garfalo.

1.2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS SOBRE APLICACIÓN DE PENAS EN EL SALVADOR

No obstante reconocer que la historia de nuestro país en cuanto a la evolución del derecho penal, no comienza con la influencia de los conquistadores españoles, se nos ha hecho difícil encontrar fuentes de información respecto a la organización jurídica que haya existido en la época de nuestros antepasados.

Compartimos la opinión del Lic. Miguel Alberto Trejo, quien expresa textualmente “constituye una sobresaliente contradicción el hecho de que en las bibliotecas de nuestras casas de estudio contemos con abundantes y más o menos confiables informaciones acerca de la historia del Derecho Penal y de la evolución de las ideas penales, de milenarias culturas como las de Asiría, Babilonia, Egipto, India, China, Israel, Persia, etc. las cuales se deben al esfuerzo de los tratadistas y en lo que se refiere a nuestra realidad jurídica precolombina estamos en la más absoluta ignorancia”.¹³

Los datos con que se cuenta en relación al sistema penal antes del descubrimiento de América, son imprecisos. Generalmente están librados a la interpretación y referencia que de él hicieron los conquistadores y algunos misioneros.

¹³ Trejo Escobar Miguel Alberto. El Derecho Penal Salvadoreño Vigente. Antecedentes y Movimientos de Reforma. Ministerio de Justicia. 1ª. Edición Ediciones Ultimo Decenio. Centro de Información Jurídica. El Salvador 1980.

Según el Lic. Trejo Escobar, este abismo cultural se debe a un descuido injustificable para con nuestras pasadas instituciones jurídicas y al transcurso del tiempo que ha relegado al desconocimiento y al olvido, las concepciones penales precolombinas en El Salvador. La única explicación que el mencionado jurista da al vacío cultural respecto a la historia del derecho penal de nuestro país, es que las instituciones indígenas anteriores al descubrimiento de América, han tenido más interés para otro tipo de profesionales diferentes al jurista, tales como el sociólogo y el historiador. Establece asimismo que a ello obedece que en lo jurídico no haya certeza histórica de los usos, costumbres e instituciones de los aborígenes; y que tampoco se sepa el que hayan establecido en su forma de gobierno el sistema de leyes escritas.

Respecto a la duda que plantea el Lic. Trejo Escobar respecto a la inexistencia de leyes escritas por parte de nuestros antepasados salvadoreños, los juristas Jorge Castellanos Sol y Manuel Vidal, sostienen que si hubieron leyes escritas y que estas se publicaban por medio de edictos. Los funcionarios se encargaban de llevarlos, tenían mosqueadores de plumas que les servían de credenciales. También habían mensajeros que, a grandes gritos, recorrían las poblaciones promulgando los decretos.

Para el Lic. Trejo escobar, no hay certeza de que nuestros aborígenes se hayan dedicado de manera sistemática al estudio de las normas que habrían de regir su conducta, por lo que cualquier esbozo sobre el embrionario Derecho Penal que debió existir entre las tribus, clanes y poblaciones indígenas, resulta breve.

Como se ha afirmado es pobre la información que se tiene sobre nuestro Derecho Penal, pero con fundamento en documentos de alto contenido histórico relativos al conocimiento de la realidad social salvadoreña anterior a la

conquista, como lo es la carta del Oidor Diego García de Palacio¹⁴. El Dr. Alejandro Marroquín atribuye al derecho Prehispánico Salvadoreño algunas características propias del derecho primitivo universal que, según dicho autor, parecen manifestarse en el Derecho precolombino, las cuales se resumen de la

siguiente manera:

- a. La primera característica consiste en el sincretismo jurídico, es decir, una mezcla extraña de preceptos religiosos con preceptos jurídicos. Esto según señala el Dr. Marroquín, no es una innovación sino que en cierto sentido es la prolongación del derecho primitivo en su transición al derecho antiguo.
- b. La segunda característica es que se trata de un derecho eminentemente consuetudinario, proyectado a través de la costumbre. Manifestándose en forma de conducta colectiva que se repite regularmente y su autoridad descansa en la tradición.
- c. En tercer lugar se le atribuye a este derecho la característica de ser formalista, esto es, contener mucho ritualismo religiosos y mágico como parte del procedimiento.
- d. Otra característica es la de ser comunitario. Los sujetos del derecho no son individuos, son grupos. En tal estadio comenta el Dr. Marroquín que todavía no se ha llegado a la individualización de la pena y mucho menos a la singularización de los atributos del derecho subjetivo. Cuando se acude ante el juez, ante los consejos de ancianos o ante los tribunales respectivos, se presenta el clan, la gen, la familia o el grupo de parientes, cuando se tiene que pagar una pena todos los parientes

¹⁴ En esta carta (fechada al Rey de España en 1517) es citada en grandes fragmentos por Marroquín, Alejandro. "Derecho Primitivo" en Revista de Derecho (órgano de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la UES)

pagan la indemnización correspondiente. Esto tiene una explicación político-social en tanto que la vida es comunitaria, no existe la propiedad privada individual sino la propiedad familiar o comunitaria, la propiedad clánica o gentilicia.

Señala el Dr. Marroquín, que esas cuatro características parecen manifestarse en nuestro derecho precolombino, y que los grupos indígenas, particularmente los pipiles, los grupos mayas, de la región de Santa Ana y Chalatenango, los grupos lencas de San Miguel, tenían su propio sistema jurídico de carácter primitivo, de entre cuyas fuentes está la carta del Oidor Diego García de Palacio (antes citada), que fue presentada al rey de España en 1576, cuando estaba todavía reciente la conquista, algunos párrafos de la misiva son :

“Fuera de otras leyes que los indios tenían en toda esta provincia, tenían los de esta nación por inviolable las siguientes:

Cualquiera que menospreciara los sacrificios de sus ídolos o ritos, moriría por ello, cualquiera que se echaba con mujer ajena moría por ello. (Este es un delito privado, se autorizaba la muerte, pero era el marido o los parientes del marido los que tenían el derecho de matar).”

Cualquiera que tenía cuenta carnal con pariente, morían por ello ambos, (es el incesto, delito público en el que estaba interesada la colectividad).”

Otro autor que refiere importantísimos datos del derecho penal precolombino salvadoreño es el Doctor Manuel Vidal cuando sobre puntos de índole jurídico-penal escribe: “El adúltero lo desterraban, pero si había combatido (el adúltero) era perdonado. Los acusados de pecado carnal pagaban una fuerte multa. El que cometía un adulterio con la esposa de su amo era inmediatamente condenado a muerte. A los indios que menospreciaban los ritos

religiosos se les imponía la pena capital. El que hablaba con mujer casada lo desterraban. El que abusaba de la esclava ajena, era condenado a esclavitud, a menos que el Gran Sacerdote lo perdonase. El ayuntamiento carnal estaba prohibido entre parientes dentro del séptimo grado en línea recta y cuarto en transversal, y era castigado con la pena de muerte. El que hurtaba, si era cogido in fraganti, era entregado al dueño, que lo ataba hasta que entregara el objeto o su equivalente. Si no podía pagar se le afeitaba el cabello, y cuando le crecía, si no había satisfecho aún la deuda, se le volvía a quitar. El que cometía pecado contra la naturaleza, era apedreado. Aunque se les permitía a los hombres tener varias mujeres, una sola era considerada como legítima, las demás concubinas". Más adelante agrega el Dr. Vidal: "Se establecieron tributos cuando habían motivos para hacerlo, penando con la muerte a quien impidiese la recaudación. El homicidio, el hurto de cosas sagradas, el atentado contra el señor y el incendio provocado eran castigado con la pena de muerte. El tormento también lo practicaban, colgando de los pulgares al delincuente. Al Jefe militar que no cumplía con sus obligaciones, se le condenaba a la muerte".¹⁵

De estas interesantes transcripciones se desprende, por un lado, que algunas de las conductas prohibidas tenían un alto contenido moral y otras lo eran de naturaleza religiosa, como el ayuntamiento carnal entre parientes o el menosprecio de ritos, respectivamente, de otro lado, existía también el perdón de penas impuestas el que era otorgado por el Gran Sacerdote.

Según lo anota Palacios Motta: "Se regularon delitos como la traición, el robo, las injurias, el asesinato, el adulterio, el homicidio. La administración de la

¹⁵ Vidal, Manuel. Nociones de Derecho Penal

justicia estuvo centralizada y jerarquizada. La organización jurídica y base fundamental del Derecho Civil y Penal fue la unidad familiar monogámica”.¹⁶

A raíz de lo que hemos expuesto nos atrevemos a formular la existencia de una aproximación entre nuestro Derecho Penal aborigen y la génesis del Derecho Penal en general, manifestado que el Derecho Penal en la época de nuestros ancestros Mayas y Mayas-Quichès atravesó las etapas, que suelen ser naturales en el origen del Derecho Penal, como lo son la venganza privada o individual, la venganza colectiva, la venganza divina –sacrificios humanos que se hicieron para aplacar la ira de los dioses – y la venganza publica. Recordemos que la religión Maya se caracterizó por ser demasiado sangrienta. También podemos considerar que el gobierno, de nuestras razas fue teocrático-militar y que, como ha quedado expuesto, tuvieron acendradas penas expiatorias demasiado crueles como la lapidación, los sacrificios humanos, la esclavitud – aún para mujeres y niños -el confinamiento y, penas infamantes y pecuniarias.

1.2.1. APLICACIÓN DE PENAS EN EL SALVADOR A PARTIR DE LA COLONIZACIÓN

Las limitaciones existentes en cuanto al conocimiento del Derecho Penal Salvadoreño en la época pre-colombina, que hemos consignado en el tema anterior, los encontramos también cuando se trata de recopilar información de nuestro derecho patrio durante la época colonial, por razón de que España trasladó a sus colonias americanas, parte de su sistema jurídico vigente durante el período conquistador y colonizador.

Según material didáctico del Ministerio de Educación, en 1642 al pretender los Europeos una ruta hacia el oriente descubrieron América, es así que en el

¹⁶ Palacios Mota. Jorge Alfonso: Apuntes de Derecho Penal. Guatemala. S.M.D. Pág. 85.

siglo XVI la fundación de pueblos de españoles formaba parte de la política de colonización.

La concepción de la pena en ésta época era el castigo impuesto por el Rey de España a los indios vencidos que no pagaban las cargas fiscales; dicho castigo se resumía en azotes para estos.

Las penas eran aplicadas de forma arbitraria y tenían por único objeto la imposición de castigos.

También por la influencia de los españoles, se concibió la pena como venganza privada, ejemplo de ello es cuando los militares encarcelaban a sus enemigos políticos, reflejando con esto que la pena era ejecutada con la finalidad específica de imponer un castigo y decidida arbitrariamente.¹⁷

El Dr. Escobar Trejo, en su Manual de Derecho Penal, establece que la Historia del Derecho Penal salvadoreño es, en gran medida, la historia del Derecho hispano el cual no sólo tuvo aplicación en El Salvador si no que también en las demás colonias españolas de América. Por ello, nos referimos a algunos de esos ordenamientos tales como: el Fuero Juzgo, Real y Las Partidas. A Las anteriores disposiciones se adicionaron la Recopilación de las Leyes de los Reinos de Indias, Las Reales y las Leyes Nuevas.

Durante la época colonial el Derecho Penal en El Salvador fue, igual que en la península ibérica, un ordenamiento represivo y cruel. En esto no parece haberse registrado cambio con las leyes precolombinas, testimonio elocuente de sobre dosis de ello lo tenemos en que los delitos cometidos por los indígenas se penaban con la esclavitud incluyendo a mujeres y niños, la esclavitud podía ser perpetua o temporal; generalmente, se conmutaba la pena de muerte por la esclavitud, otras penas que se aplicaron en este estadio fueron las mutilaciones

¹⁷ Ministerio de Educación, Historia de El Salvador. Tomo I y II año 1994 Pág. 237

corporales, los azotes, la marca con hierro candente, los trabajos forzados en las minas. Es importante destacar que hubo discriminación en la aplicación de la ley penal hasta entre peninsulares y criollos (hijos de españoles nacidos en las colonias).¹⁸

Otro autor consultado es el Doctor Arrieta Gallegos quien sostiene que la primera organización política en El Salvador parte de las "Leyes Nuevas" promulgadas por la corona de España, por medio de las cuales fueron creadas las "Reales Audiencias ". En la época colonial, nuestro país, junto a Guatemala, Honduras, Nicaragua y Costa Rica conformaba un territorio español, bajo el dominio político de la Capitanía General de Guatemala, cuya capital está ubicada en Antigua Guatemala. La Real Audiencia allí establecida tenía jurisdicción sobre toda Centroamérica.

En El Salvador, por el año de 1598, se creó la Alcaldía Mayor de San Salvador. Un siglo después nuestro país volvió a integrar una unidad política con sede en Guatemala. En el año 1775 se fundaron la Intendencia (Alcaldía, primera autoridad municipal) de San Salvador y la de Santa Ana, en la que el intendente (Alcalde) desempeñaba funciones jurisdiccionales.

Esta fue, en términos generales, la forma de organización judicial de El Salvador, previa al movimiento independentista de Centroamérica.¹⁹

Años después en 1821, a raíz de la Independencia de El Salvador, se fueron implementando y consolidando instituciones y aun el sistema político mismo que había de predominar en el país, razón por la cual fue necesario elaborar leyes y mecanismos a través de los cuales se les diera cumplimiento,

¹⁸ Ob. Cit. Trejo Escobar Miguel Alberto. El Derecho Penal Salvadoreño Vigente, antecedentes y movimientos de reforma...

¹⁹ Ob. Cit. Trejo Escobar Miguel Alberto. El Derecho Penal Salvadoreño Vigente, antecedentes y movimientos de reforma...

situación que generó un cambio en el pensamiento existente en aquella época, dándose penas como la de Obras Publicas y reclusión en una Casa de Trabajo.

En cuanto a las leyes y mecanismos de cumplimiento de una manera peculiar puede citarse el caso de las cárceles en Chalchuapa, ya que en 1858 éstas se financiaban con fondos de la comunidad y las leyes secundarias que regulaban dichas situaciones no poseían un carácter permanente y respondían más a situaciones inmediatas que a una doctrina concreta.²⁰

Fue hasta 1879 que se estableció que en cada población de la República debía poseer cárceles separadas para hombres y mujeres, además cada cabecera de distrito debía de contar con instalaciones individuales para procesados, rematados y deudores. El personal que debía nombrarse para el control de dichas instalaciones correspondía al respectivo municipio y era el inspector el responsable de la buena marcha de la institución y los captores nombrados por el alcalde municipal tenían por función la vigilancia del lugar y tenían la facultad de castigar a los reos (de forma moderna) cuando estos últimos cometían una falta. Posteriormente la custodia de los presidios de las cabeceras departamentales era obligación de los guardias militares.²¹

El tema de los castigos tuvo gran importancia en los debates políticos del siglo XIX, al discutir la concepción de la pena en ese entonces, porque los jueces al decretar la pena imponían castigos corporales, un caso típico que registra nuestra historia es el de un sujeto de nombre Guillermo Zavaleta ²² quien había sido apresado y enjuiciado por el robo de café y de un caballo, razón por la cual se le condenó a cuatro años de presidio, inhabilitación absoluta

²⁰ Ministerio de Educación, Historia de El Salvador. Tomo I y II año 1994 Pág. 237

²¹ Comisión revisadora de la legislación Salvadoreña, Diagnostico Sistema Penitenciario de El Salvador, 1950 Pág. 92

²² Archivo General de la Nación, Criminales de Santa Ana, Sección Jurídica D-2# 12-1 No. 32, 1882. folios 72 y 73 Vto.

para ejercer cargos políticos, sujeción y vigilancia de la autoridad durante el tiempo que durara la condena y otro tanto más que se contaría desde el cumplimiento de ésta, además se le condenó a restituir el café que había robado y a doscientos azotes.

Desde la época de la independencia nuestras constituciones prohibían de forma expresa los castigos corporales, al presidente Rafael Zaldivar se le achacó el irrespeto a los derechos plasmados en la carta magna ya que aunque se prohibían las penas infamantes, los reos eran constantemente sometidos a atropellos de ésta naturaleza, además la normativa secundaria permitía la utilización de dichos castigos, los mismos jueces al condenar no solo establecían la privación de libertad como pena sino que juntamente señalaban el número de azotes que debían imponer en atención al delito cometido.

Años más tarde el mismo presidente Zaldivar en 1881 a través de un decreto prohibió los castigos corporales, sin embargo estos seguían formando parte de los castigos judiciales; un claro ejemplo de dicha situación fueron los castigos caporales a los que se sometió a los miembros de la organización destinada a derrocar a Zaldivar, estos en su rebelión planteaban como problema fundamental el irrespeto a los derechos de los ciudadanos por parte de dicho presidente y en 1895 se decretó el establecimiento de tres casas correccionales²³

Es en 1897 que se inaugura la Penitenciaría Central, la cual contaba con talleres de sastrería, talabartería, herrería y tejedería, además poseía bibliotecas y escuelas para la educación de los internos. El 18 de febrero de 1903 se terminó de construir la Penitenciaría Occidental y en 1950 por Decreto Ejecutivo se creó la Penitenciaría Oriental siendo presidente el Coronel Oscar Osorio.

²³ Álvaro Lucio, Revista Judicial, Tomo III N.I. Septiembre, 1908, Pág. 432.

Dicho decreto estableció una distribución geográfica bajo la cual debían ser encerrados los reos, de la siguiente forma:

- ✓ En la Penitenciaría Central se ubicaba a los reos sentenciados por los tribunales de los distritos judiciales de los Departamentos de San Salvador, la Libertad, Chalatenango, Cuscatlan y la Paz.
- ✓ En la Penitenciaría Occidental se alojaría a los reos sentenciados por los tribunales de los distritos judiciales de los Departamentos de Santa Ana, Ahuachapan, y Sonsonate.
- ✓ En la Penitenciaría de Oriente, serían internados los reos de los departamentos de la Unión, Morazán, San Miguel, Usulután y San Vicente.²⁴

Las penitenciarías de Occidente y de Oriente aún se mantienen no así la central.

A través de la Constitución de 1950 se trató de ejecutar una reforma penitenciaria, y por medio de acuerdos se organizó el personal penitenciario, pero es hasta 1964, en que a través de una comisión se elaboró un proyecto para la estructuración de un núcleo penitenciario, el cual comprendió:

- ✓ La construcción en San Salvador de un centro de reclusión;
- ✓ Cuatro granjas penales en diferentes partes del país; y
- ✓ La conversión de las penitenciarías oriental y occidental en casas urbanas de trabajo.

En las granjas penales se pensó recluir como máximo a 360 internos y en las casas urbanas de trabajo se ubicaría a internos que procedieran del área urbana con o sin oficio y con vocación o sin ella.²⁵

²⁴ Memoria de Labores del Ministerio de Justicia, 1950

²⁵ Memoria de Labores del Ministerio de Justicia, 1950

Cuando se demolió la Penitenciaría Central se planeó elaborar un nuevo edificio con capacidad para contener una mayor cantidad de internos en el cuartel de la ciudad de Ahuachapán, pero por falta de espacio, se destinó a los reclusos a diversas penitenciarías, lo cual trajo como efecto el hacinamiento en dichos lugares. En 1964 existían 6201 internos, incluyendo menores, mujeres y hombres de diversas edades. En esta fecha existían veintinueve centros de reclusión para adultos, dos para menores y un nosocomio para enfermos de tuberculosis.

En oriente y occidente las penitenciarías poseían talleres de trabajo, aspecto no contemplado en la central, por falta de infraestructura para ello.

Es importante señalar que los problemas coyunturales de ese momento influyeron notablemente en el sistema penitenciario de nuestro país debido a que diversos centros penales fueron objeto de ataques por parte de grupos armados, por lo que fueron cerrados muchos de ellos; ya que a estos se decidió utilizarlos como bases militares, con lo cual el objetivo de readaptación de los internos en esa época fue interrumpido. Además, el bajo presupuesto que se destinaba a la Dirección de Centros Penales y de Readaptación, empeoró la situación carcelaria en el país y las áreas primordiales como la salud, alimentación, trabajo y educación, fueron perdiendo efectividad en dichos lugares y los internos llegaron a ser prácticamente mantenidos por sus familiares. Algunos de los centros penales que fueron ocupados por la milicia fueron: El Centro Penal de San Salvador, ubicado en Santa Tecla, donde se estableció el centro de comunicaciones de la Fuerza Armada en 1982. El centro Penal de Cojutepeque, fue utilizado en 1983, por cuerpos de élites de contra insurgencia y el Centro de Chalatenango se usó para alojar a un Batallón en 1984.

Fue hasta 1986 que se dispuso de la penitenciaría del Centro Mariona, de Ayutuxtepeque, lugar a donde se enviaron a los internos de la penitenciaría central que como ya citamos, habían estado en Ahuachapan, pero debido a la crisis política existente en el país, los problemas han continuado, y por ello actualmente no es posible darle cumplimiento a la finalidad que la Constitución y la Ley Penitenciaria señala en cuanto a la pena.²⁶

²⁶ Memoria de Labores del Ministerio de Justicia, 1965.

CAPÍTULO II:

ANÁLISIS HISTÓRICO DE LA DETERMINACIÓN DE PENAS EN LA LEGISLACIÓN SALVADOREÑA

2.1. CONSTITUCIONES DE LA REPUBLICA

En el transcurso de la historia de El Salvador se sabe que las penas con que el poder punitivo del estado sanciona la comisión de trasgresiones a las leyes han sido diferentes y determinadas por políticas penales que a veces han afrontado el delito con severidad y otras con cierta atenuación a la luz de principios humanitarios.

Es así que en las diversas Constituciones que hemos tenido, se observa esta evolución que ha venido desde la drasticidad mayor que es la pena de muerte y perpetuidad hacia la humanización de la pena, reduciendo la cuantía y condiciones de cumplimiento de las mismas.

La primera Constitución de que se tiene conocimiento entró en vigencia el 12 de junio de 1824, la cual en lo relativo a las penas establecía en el Art. 64 que se podía hacer uso de la fuerza para asegurar a la persona, es decir que implícitamente había una aprobación para utilizar el maltrato físico como medio coercitivo para controlar el comportamiento del recluso. Como penas figuraba la de muerte, cadena perpetua y el destierro, entre otras.

En esta Constitución la imposición de penas tenía carácter retributivo, es decir que no buscaba más que castigar al infractor por haber realizado una acción prohibida por la Ley.

Posteriormente se aprueba la Constitución de 1841, la cual en su Art. 79 señaló que Todas las penas debían ser proporcionales a la naturaleza y gravedad del delito; su verdadero objeto, era corregir y no exterminar a los hombres. Por lo tanto todo apremio o torturas que no fuesen necesarias para

mantener en seguridad a la persona, era atroz y cruel. Esto significaba que a diferencia de la Constitución anterior, más que una retribución se buscaba una proporcionalidad de la pena por el daño causado, aunque aspectos como la tortura todavía se enmarcaban; pero dentro de ciertas limitaciones.

Las Constituciones posteriores de 1864 y 1871 enmarcaron en sus artículos 84 y 112 respectivamente, que las penas debían ser proporcionales a la naturaleza y gravedad del delito; su verdadero objeto, era corregir y no exterminar a los hombres, prohibiendo, además, los actos de tortura en niveles extremos, es decir, que se conservaron las mismas disposiciones referentes a la pena, que establecía la Constitución de 1841, además, la Constitución de 1864 en su Art. 85 establecía que la pena de muerte quedaba abolida en materia política; y solamente podía aplicarse por delitos de traición, asesinato, asalto e incendio si se siguiere de muerte. Es decir, que se apreciaba la adopción de los postulados de la ley del talión, pues si de la comisión de cualquiera de los delitos antes mencionado se producía la muerte, a la víctima entonces al infractor se le imponía la pena de muerte.

La Constitución del 9 de noviembre de 1872 en su Art. 30 establecía de igual forma que las Constituciones anteriores lo referente al objeto de la pena aunque sin hacer mención a aspectos como la tortura y prohibió la pena de muerte en ciertos casos, quedando vigente únicamente para los delitos de traición, asalto e incendio si se siguieren de muerte.

El 16 de febrero de 1880 se emite una nueva Constitución que prohibió expresamente toda pena infamante o de duración perpetua. Y retomaba textualmente en su Art. 26 el objeto de la pena respecto a que debían ser proporcionales a la naturaleza y gravedad del delito ya que la finalidad de la pena no era exterminar a los infractores sino corregirlos, agregaba que la pena

de muerte se limitaba a los delitos de incendio, asalto, traición si estos producían muerte en la víctima, y los delitos previstos por el código militar; pero en ningún caso en materia política.

El 4 de diciembre de 1883 se emite otra Constitución que regulaba de forma similar a la anterior en lo relativo a las sanciones penales, es así que en su Art. 22 repetía que las penas debían ser proporcionales a la naturaleza y gravedad del delito, ya que el objeto de la pena no era exterminar sino corregir, de igual manera que la Constitución de 1880, prohibió expresamente los actos de tortura contra los infractores de la ley.

Es en la Constitución del 13 de agosto de 1886 que aparecen agregados otros delitos a los que se aplicaría la pena de muerte, es así que el Art. 19 en su Inc. 1º. Establecía que la pena de muerte se aplicaría solo en delitos muy graves, puramente militares y cometidos en campaña, determinados por el código militar, además, por los delitos de parricidio, asesinato, robo e incendio si se siguieren de muerte; por otra parte en el Inc. 2 se introduce una innovación en lo referente a la aplicación de la pena, puesto que en ella se establecía la prohibición de las penas perpetuas, la aplicación de palos y toda especie de tormento.

La Constitución del 20 de enero de 1939 en el Art. 35 detallaba con mayor claridad los delitos nuevos sujetos a la aplicación de la pena de muerte, estableciendo que esta solo se aplicaría por delitos de carácter militar o por delitos graves contra la seguridad del Estado: traición, espionaje, rebelión, sedición, conspiración o complicidad para cometer los anteriores, y por delitos de parricidio, asesinato robo e incendio si se siguieren de muerte, y de igual manera que las dos Constituciones anteriores prohibía las penas perpetuas, agregándose también las infamantes, proscriptivas y toda especie de tormento.

Posteriormente se emitió el 24 de febrero de 1944 otra Constitución, la cual solo contenía reformas, no apareciendo ninguna disposición respecto a los delitos y las penas.

El 19 de enero de 1945 se emite una nueva Constitución, la cual en su Art. 19 estableció lo referente a la aplicabilidad de la pena como una copia exacta de la Constitución de 1886.

Es la Constitución de 1950 el Art. 168 Inc. 1º y 2º la que establecía al igual que la Constitución de 1939, el mismo texto que esta señalaba en su Art. 35, respecto a los delitos por los que se aplicaría la pena de muerte. Lo que si constituía una innovación fue la invocación del Inc. 3º. que expresaba la obligación del Estado de crear los Centros Penitenciarios con el objeto de corregir a los delincuentes, educarles y formarles hábitos de trabajo, procurando su readaptación y la prevención del delito.

Se emite el 8 de enero de 1962, una nueva Constitución, que en lo relativo a los delitos y las penas reguló, lo mismo que ya establecía la Constitución de 1950 y 1939, señalando en su Art. 168, el siguiente texto: “ Inc. 1º. La pena de muerte podrá aplicarse por delitos de carácter militar o por delitos graves contra la seguridad del Estado: traición, espionaje, rebelión, asesinato, robo o incendio si se siguiere de muerte en cualquiera de estos dos últimos casos. Inc. 2º. Prohíbanse las penas perpetuas, las infamantes, las proscriptivas y toda especie de tormento”.

La Constitución de 1983 a la luz de una clara tendencia humanista, expresa en su Art. 27 Inc. 1º la limitación de la pena de muerte solo para delitos previstos en las leyes militares; en su Inc. 2º. prohíbe las penas perpetuas, las infamantes, las proscriptivas y toda especie de tormento y en el Inc. 3º. en cuanto al objeto de la pena retoma lo ya establecido en la

Constitución de 1950, en lo referente a la obligación del Estado en cuanto a la creación de Centros Penitenciarios, para educar y reinserter al reo a la sociedad formándole hábitos de trabajo; para armonizar con lo plasmado en el Art. 1, que expresa, que el origen y fin del Estado es la persona humana.

Como características importantes del análisis que se hace de las políticas penales que determinaron las diferentes formas de castigar la comisión de delitos expresadas en la historia de nuestras Constituciones, se puede decir que la metamorfosis hacia penas respetuosas de la dignidad humana, no ha sido fácil ni rápida, pues los postulados de las Constituciones han tenido que ser modificados de acuerdo a logros en materia del Derecho internacional humanitario.

El historial de cómo las penas se han ido modificando, ya sea para agravarlas o atenuarlas a sido determinado también por quienes han ostentado el poder, pues las penas más drásticas se han observado con los gobiernos militares quienes plasmaron en las primeras constituciones como la de 1824 y 1841, la pena de muerte, cadena perpetua, el destierro, penas indeterminadas, penas corporales, etc. además nuestras primeras legislaciones tenían impresa la influencia de la herencia española en el marco del derecho penal, es así que los primeros códigos penales fueron retomados de la legislación española.

En las Constituciones de 1864 y 1871, ya se establecen los delitos que serán penados con la muerte, siguiendo vigente la cadena perpetua, el destierro, y los tratos crueles a los reos.

Es en la Constitución de 1880, 1883 y 1886, que se prohíben las penas perpetuas y las infamantes y toda especie de tormento, pero sigue teniendo vigencia la pena de muerte para los delitos de traición, asalto e incendio, apareciendo como objeto de la pena, el principio de proporcionalidad pero con enfoque talional.

No hubieron más Constituciones sino hasta 1939, es decir casi cien años después, en la cual se advertía la vigencia siempre de la pena de muerte y aplicada a delitos nuevos como el de parricidio, asesinato, y delitos contra la seguridad del estado tales como espionaje, rebelión, sedición, conspiración, o complicidad para cometer los mismos, y seguían prohibidas las penas perpetuas, las infamantes, las proscriptivas, y toda especie de tormento.

La Constitución de 1950, seguía conservando las mismas formas de penalización, pero proveía una novedad en cuanto al objeto de la pena, estableciendo que esta buscaba la reinserción del recluso a la vida social y productiva.

Las Constituciones posteriores no tuvieron innovaciones en cuanto a la aplicación de penas, sino hasta la de 1983, que prohibió la pena de muerte, dejando abierta la posibilidad solo para casos de guerra, prohibió también las penas proscriptivas, los tormentos, y fijo de manera más concreta la utilidad social de la pena, estableciendo la obligación del gobierno para crear centros penales con la función de reinserción del penado a la vida social y la formación de hábitos de trabajo.

2.2. LEYES PENALES

2.2.1 CÓDIGOS PENALES

En el Salvador y a nivel de Legislación Salvadoreña, la pena es regulada por primera vez en un Código Penal que fue aprobado en dos partes: la general, el 8 de abril de 1825, por la Asamblea Ordinaria del Estado; y la Especial el 13 de abril de 1826, por la misma Asamblea.

Este código en su Art. 31 clasificaba las penas en corporales, no corporales y pecuniarias.

Como penas corporales figuraba la muerte, trabajo perpetuo, deportación, destierro o extrañamiento perpetuo del territorio del Estado, obras públicas, presidio, reclusión en una casa de trabajo, vergüenza pública, ver ejecutar una sentencia de muerte, prisión en una fortaleza, confinamiento a distrito determinado y la de destierro perpetuo o temporal de un pueblo o distrito determinado.

Es evidente que éste Código se encaminaba a buscar a través de la pena, la retribución por el daño causado, al igual que la Constitución de 1824, la que establecía en el Art. 64 que se podía hacer uso de la fuerza para asegurar la persona.

Posteriormente es decretado el Código Penal del 25 de septiembre de 1859 en el cual y ha diferencia del de 1825 aparecía una calificación y descripción de penas en:

- 1- aflictivas: como la de muerte, cadena perpetua y temporal, reclusión perpetua y temporal, extrañamiento perpetuo y temporal, relegación, perpetuo y temporal, presidio menor y mayor, confinamiento mayor, inhabilitación absoluta perpetua.
- 2- Correccionales: presidio correccional, prisión correccional, destierro, sujeción a la vigilancia de la autoridad, represión publica, suspensión de cargo público.
- 3- Penas Leves
- 4- Penas Accesorias: interdicción pública, resarcimiento de gastos y pago de costas.

Sancionaba además con pena de prisión la tentativa para abolir o variar en la república la religión Católica.

Aparecían regulados también los delitos por los cuales se imponía la pena de muerte, según el Art. 324 era el homicidio con la concurrencia de las

circunstancias de alevosía, precio, premeditación envenenamiento o por incendio o inundación, y según el Art. 325 el parricidio. Expresaba también que al reo que cometía delitos cumpliendo condena se le hacía sufrir las mayores privaciones que autorizaban los reglamentos, destinándoles a los trabajos más duros y penosos.

Aparece después la emisión del Código Penal de 1880 en cual en su Art. 21 hace la misma clasificación de las penas que mencionaba el de 1859, con la innovación de que en las penas aflictivas ya no aparecía la cadena perpetua. 1859 y ampliaba la descripción del tipo de delitos comprendidos en cada clase.

En 1881 el Poder Legislativo emitió un decreto prohibiendo los castigos corporales por ser contrarios a la Constitución vigente en esa época.

En 1890 se decreta un nuevo código penal, que en su Art. 21 sigue clasificando las penas en aflictivas, correccionales, leves y accesorias, apareciendo nuevas modalidades para la aplicación de penas aflictivas como lo era el "presidio superior, mayor y menor y prisión superior, mayor y menor, las cuales se diferenciaban una de otra por la cuantía de la pena y el lugar de cumplimiento de las mismas.

El método para la ejecución de la pena de muerte decía el Art. 76 que era la fusilación, y seguía aplicándose a los delitos de parricidio y homicidio.

Posteriormente se emite el código penal de 1904, el cual clasificaba las penas únicamente en principales y accesorias.

Las penas principales eran la de muerte que seguía aplicándose a los mismos delitos de homicidio y parricidio, presidio, prisión mayor, prisión menor, arresto y multas.

Las penas accesorias eran la pérdida o suspensión de ciertos derechos, comiso, el pago de las costas y gastos del juicio.

El código de 1920 sigue manejando la misma clasificación de penas y los mismos delitos a los que se les aplicaba pena de muerte; lo que si constituyó una innovación es que aparece la cuantía de las penas, clasificadas de la siguiente manera: La pena de prisión mayor duraba de 6 a 3 años y se cumplía en las cárceles departamentales.

La pena de prisión menor duraba desde 30 días a 6 meses y se cumplía en cárceles locales.

El arresto duraba hasta 30 días y su cumplimiento era en los lugares de la detención o en la casa del mismo penado si fuere mujer honesta, persona anciana o valetudinaria, debiendo determinarse así en la sentencia, sin que el penado pudiera salir de dicha casa en todo el tiempo de la condena.

El código penal del 3 de febrero de 1973, clasifica las penas en principales y accesorias, consistiendo las principales en muerte, prisión y multa; apareciendo la posibilidad de conmutar la pena de muerte por la de pérdida de la libertad; la prisión era de duración indeterminada con un mínimo de 20 y un máximo de 30 años y desaparece el homicidio como delito sancionado con pena de muerte.

El 13 de febrero se decretó un Código Penal que entró en vigencia el 15 de junio de 1974, manteniendo la misma clasificación de las penas en principales y accesorias y reaparece la pena de muerte para los delitos de homicidio, el cual se decía que en el código de 1973 que ya no sería penado con muerte, más este en su Art. 153 establecía que esta se aplicaría en los delitos de parricidio y homicidio.

Por último citamos el código penal del 20 de abril de 1998, el cual clasifica las penas en principales y accesorias; dentro de las primeras figuran la pena de prisión, arresto de fin de semana, multa y prestación de trabajo de utilidad pública. La pena de prisión establece que será de seis meses a setenta y

cinco años según una reforma del año 2001; la pena de arresto de fin de semana tiene como duración entre cuatro y ciento cincuenta fines de semana; la pena de multa cuyo importe se cuantificara en días multas y será de cinco a trescientos setenta días multa; y la pena de prestación de trabajo de utilidad pública tendrá como duración entre cuatro y ciento cincuenta jornadas semanales; según lo establecido en el Art. 45. C.P.

Las penas accesorias son la inhabilitación absoluta cuya duración será de seis meses a treinta y cinco años; pena de inhabilitación especial cuya duración será de seis meses a treinta años; pena de expulsión del territorio nacional para los extranjeros y la pena de privación del derecho de conducir vehículos de motor cuya duración será de tres meses a seis años.

Es de notar que no obstante que en las Constituciones a partir de 1880 y 1886 se prohíben las penas corporales, la pena de muerte siguió teniendo vigencia hasta que desaparece en el código de 1998.

El homicidio y el parricidio han sido delitos penados con la muerte desde el código penal de 1859 hasta el de 1973 que la conmutaba por la pena de prisión indeterminada entre 20 y 30 años, aunque en el código de 1974 reaparece la pena de muerte sin mencionar la posibilidad de conmutación por la pena de prisión.

Es en este último Código Penal de 1998, que a la luz de una mayor tutela de derechos fundamentales del inculpado, se emite un código que en su contenido básico buscaba la humanización y utilidad de la pena, es así que en este desaparece la aplicación de la pena de muerte, establece también en su texto original que la pena de prisión será de 30 años, más en las reformas del año 2001 se incrementa según el Art. 149 entre 30 y 45 años, y en ese mismo año según el Art. 45 esta es aumentada hasta los setenta y cinco sin goce de ningún beneficio penitenciario.

En relación a la individualización de la pena los códigos anteriores al de 1974, tenían un sistema de fijación de pena fija, mientras que a partir de este código se comienza a regular el sistema de espacio de juego permitiendo al Juzgador determinar penas tomando en cuenta un mínimo y un máximo para cada delito, establecido previamente por el legislador.

2.2.2. LEYES PENITENCIARIAS

En 1873 se realizó una codificación de leyes que constituyó una recopilación elaborada por el Presbítero Doctor Isidro Menéndez que contenía leyes especiales sobre cárceles, se hacía referencia en ellas a la división que debía existir en las cárceles en cuanto al sexo de los reclusos.

En la cabecera de cada distrito debía contarse con dicha separación y hasta se señaló la creación de una cárcel especial para funcionarios públicos. En el Art. 4 de dicha ley se establecían las condiciones físicas de las cárceles señalando que las mismas debían ser amplias, ventiladas y se puntualizó que las cabeceras de distrito tendrían una o más piezas destinadas a la reclusión solitaria y otras para las detenciones que hiciera la policía antes de presentarlos a alguna autoridad competente y, en el Art. 39 se dispuso lo referente al trabajo penitenciario.

Es en 1898 según Decreto Legislativo del 23 de mayo, que se aprobó la Ley Relativa a la Penitenciaría de San Salvador, publicándose en el Diario Oficial del 26 de marzo de ese año.

Dicha Ley contenía un solo considerando donde se expresaba que era necesario armonizar el régimen de las penitenciarías con el Código Penal vigente en esa época.

Constaba la ley de 7 Art. El Art. 1 expresaba que mientras se construían en otros puntos del Estado cárceles apropiadas los Jueces de Primera instancia

y las Cámaras en su caso remitirían a la penitenciaría de la capital a todos los reos condenados a prisión o presidio, dirigiendo al director una minuta en que conste el nombre, apellido, profesión y domicilio del reo, el delito cometido, la pena a que se ha condenado por sentencia ejecutoriada, la fecha en que se hizo efectiva la detención, la del auto de prisión formal y el tiempo que de la condena hubiese devengado durante la tramitación del proceso.

El Art. 5 establecía la prohibición absoluta a que los reos se encontraran con grillos o cadenas en el interior del establecimiento o que se empleara contra ellos alguna clase de tormento, pero si salían del establecimiento se les aseguraba de la manera más conveniente para evitar su fuga.

El Reglamento de la Penitenciaría Occidental fue publicado el 2 de febrero de 1904 y el Reglamento Interno de la Penitenciaría Central fue publicado en el Diario Oficial del 3 de noviembre de 1906.²⁷

El 3 de octubre de 1945 se emitió un Reglamento General de Penitenciaría publicado en el Diario Oficial número 223, Tomo 139 del 13 de octubre de 1945, este reglamento constaba de 28 artículos; en el se expuso que cada centro penal debía contar con un Director, Secretario, Intendente y Guardia de Almacén, Tenedor de Libros, Médicos y su ayudante, también se establecían en el Reglamento las funciones que les correspondían a cada uno de éstos, y el Art. 17 describía los talleres que debían poseerse en cada centro penitenciario y hasta el tipo de educación que se debía impartir a los internos (lectura, aritmética, escritura), y se establecía la necesidad de llevar libros de registro y estados diarios en las penitenciarías a fin de establecer un control de estas. También determinó que las penitenciarías son lugares destinados para que los reos cumplan sus penas restrictivas de libertad, procurando en ellas

²⁷ Revista Judicial Tomo III, No. 1 Enero, 1978. Pág. 4

moralizar, transmitir buenas costumbres, combatir el analfabetismo y enseñar algún arte y oficio a los reclusos, en el presente reglamento se observa ya cierta influencia de las ideas humanas por las que promulgaban Jhon Howard, también se autorizo en el reglamento el funcionamiento de un departamento de sumarios para el alojamiento de reos con causa pendientes, anexo a cada penitenciaría esto no se llevo acabo porque se mantenían a reos con causas pendientes junto a reos ya sentenciados lo cual ha llegado hasta nuestros tiempos.

Además se publica en El Diario Oficial No. 180, Tomo 240 del 27 de septiembre de 1973 la Ley del Régimen de Centros Penales y Readaptación, que fue una Ley Obsoleta, desde su nacimiento con abundante terminología en desuso.

Esta ley tenia dos considerádos, el primero establecía el deber del Estado de conformidad al Art. 168 de la Constitución, a organizar los Centros Penitenciarios con el objeto de corregir a los delincuentes, educarlos y formarles hábitos de trabajo, a fin de procurar su readaptación y de contribuir a la prevención de los delitos; en el segundo establece la necesidad de decretar la ley que determine la institución apropiada y demás organismos para darle plena efectividad al precepto Constitucional citado en el primer considerando.

El Art. 5 establecía que la ejecución de penas y medidas de seguridad estaban exentas de torturas y de actos o procedimientos vejatorios

Posteriormente con el fin de desarrollar el objetivo propuesto en lo atinente a la pena según lo plasmado en la Constitución a través de una normativa de carácter secundario, se publica La Ley Penitenciaria en el Diario Oficial No. 85, Tomo No. 335, del 13 de mayo de 1997. Esta Ley desarrolla los principios Constitucionales del Art. 27 Inc. 3º. que dicha normativa también adopta una tendencia humanista. Además es la base para ejecutar la pena de

prisión de acuerdo con el Art. 47 Inc. 2º. del Código Penal que entró en vigencia el 20 de abril de 1998, en cuyos artículos se desarrolla de forma amplia aspectos de derechos y obligaciones de los internos, como parte del Título I de dicha Ley, denominado: " Principios fundamentales. ²⁸

²⁸ Revista Judicial Tomo III, No. 1 Enero, 1978. Pág. 4

CAPÍTULO III:

CONTROLES CONSTITUCIONALES AL PODER PUNITIVO DEL ESTADO

3.1. INCONSTITUCIONALIDAD

Se entenderá por Inconstitucionalidad el quebrantamiento de la letra o del espíritu de la Constitución por leyes del Parlamento, por decretos, leyes o actos del gobierno. Se conoce también como un recurso extraordinario que, según sus modalidades, tiende a declarar la inaplicabilidad de la ley por ser contraria al texto constitucional.

Según Pérez Royo, la inconstitucionalidad es un control de las normas infraconstitucionales, y tal control puede versar sobre la constitucionalidad de la formación de las normas, como sobre la constitucionalidad de su contenido.

El Salvador reconoce la posibilidad del control formal y material, indistintamente. El primero se refiere a la observancia del proceso de formación de la ley (si se trata de Decretos Legislativos), así como a las demás circunstancias en las que se haya establecido con anterioridad un proceso para la creación de una disposición jurídica. El segundo pretende confrontar el contenido de alguna disposición infraconstitucional con las normas, principios y valores contenidos en la Constitución.²⁹

Según lo expuesto por Urquilla, Carlos³⁰, el control de la constitucionalidad frente al resto del ordenamiento en el ámbito formal atiende a la superlegalidad formal, implica el control de la voluntad del poder constituyente respecto de los poderes derivados; por su parte el ámbito material se refiere a la superlegalidad material, implicando la afirmación de la vigencia del contenido que la constitución encarna e inspira para el resto del ordenamiento jurídico es decir sus valores esenciales, principios y normas.

²⁹ CSJ. Sala de lo Constitucional. Refs. 105-2000 del 28 de febrero de 2000, 266-2000 del 10 de octubre de 2000

³⁰ Urquilla Carlos, El Control de la Constitucionalidad en el tiempo. UES 2000

Desde el punto de vista jurídico tanto la dificultad de la reforma de la constitución, como el ejercicio del control de constitucionalidad, representan garantías efectivas de la vigencia constitucional en el ordenamiento jurídico.

El control de constitucionalidad se encuentra instituido desde la misma Constitución; así el Art. 174 dispone: " la Corte Suprema de Justicia tendrá una sala de lo Constitucional a la cual corresponderá conocer y resolver las denuncias de inconstitucionalidad de las leyes decretos y reglamentos...", de la misma manera el Art. 183 reza: " La Corte Suprema de Justicia por medio de la Sala de lo Constitucional será el único tribunal competente para declarar la Inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos en su forma y contenido, de un modo general y obligatorio, a petición de cualquier ciudadano.", finalmente el Art. 149 Inc. 2º. que al referirse a los tratados reza:" la declaratoria de Inconstitucionalidad de un tratado, de un modo general, y obligatorio, se hará en la misma forma prevista por esta Constitución para las leyes, decretos y reglamentos." Luego las regulaciones siguientes, el Decreto Legislativo 2996, aprobado el 14 de enero de 1960, que contiene la Ley de Procedimientos Constitucionales, cuyo Artículo 2 prescribe "cualquier ciudadano puede pedir a la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, que declare la Inconstitucionalidad de las Leyes, decretos y reglamentos en su forma y contenido de un modo general y obligatorio."

Existe una competencia exclusiva de conocimiento de los procesos de inconstitucionalidad, que se atribuye a la Corte Suprema de Justicia, mediante la Sala de lo Constitucional, cuyas resoluciones requieren el voto conjunto y conforme de cuatro de los cinco magistrados que la integran.

3.1.1. CONTROL FORMAL DE LA CONSTITUCIÓN

En el entendido que solo puede devenir en inconstitucional las normas jurídicas que contradicen la Constitución, y sabiéndose que la acción de emitir normas es función del poder legisferante, debe examinarse si el poder legislativo tiene un ámbito absolutamente discrecional para fijar las penas para los delitos en su merecimiento abstracto, o si por el contrario las decisiones que se asumen en este tópico de la Política Penal, están sujetas a algún mecanismo de control como la inconstitucionalidad, en otras palabras: Si la Asamblea Legislativa decide reformar el marco punitivo, puede hacerlo sin ningún tipo de limitación, justificando ese acto de poder en el hecho de ser el órgano emisor de la legislación infraconstitucional; es de advertir que aunque goza de un ámbito de discrecionalidad no puede llevar al absurdo de entender que es un poder ilimitado, al contrario, los límites que el legisferante tiene le vienen dados por la misma Constitución de la República y por todos los principios, derechos y garantías que la Carta Magna tutela de manera especial. En tal sentido, el legislador, al momento de crear las normas que emanan de su seno, está sometido a un poder distinto al legislativo, para salvaguardar el equilibrio del ejercicio del poder, cuestión que constituye el fundamento esencial del pensamiento democrático-liberal y representa la piedra angular del Estado Constitucional de Derecho.

De acuerdo a lo acotado por Palazzo Francesco, el Estado constitucional de Derecho se ve caracterizado por el principio de constitucionalidad, que significa que todo poder incluido obviamente el legislativo está sojuzgado a la Constitución, y ninguno de los actos de los poderes que se han constituido puede rebasarlo legítimamente ese marco constitucional, y en caso de suceder así, la Constitución tiene suficiente imperio para imponerse a las decisiones que alteren o transgredan sus principios o garantías estatuidas, así como las que

violen los derechos que ella reconoce. Esta aptitud de la Constitución para someter todo acto contrario a ella, es lo que la Sala de lo Constitucional – citando a Hesse- entiende como fuerza normativa de la Constitución, cuestión que ubica a la norma constitucional como fuente de Derecho; pero, no se trata de cualquier manantial normativo, sino de la afluencia suprema de donde se deriva inexorablemente todo el orden jurídico, que debe guardar una afinidad que no constituya un averroísmo jurídico en cuanto a la efectividad de la norma constitucional.

Establece a la vez que la Constitución tiene fuerza normativa y que es primaria en cuanto al ámbito de su aplicación, debe señalarse que la misma debe ser respetada por todos los órganos que constituyen el Estado y ejercen su poder; ningún órgano está habilitado para transgredir el orden constitucional, es decir contrariar la Constitución. Así, en el ámbito legislativo, donde esta situación puede llegar a ser más sensible por la reserva de ley que tiene el legisferante, la obligación de tal poder es emanar normas que respeten el orden constitucional, si ello no sucede así, la elección para los jueces es clara: la legislación infraconstitucional que emana ordinariamente del poder legislativo no puede estar sobre lo que dispone el marco constitucional, porque el poder que descansa sobre el órgano legislativo no es un poder arbitrario, sino sometido a los dictados de la Constitución.

En materia de Política criminal y más precisamente de Política penal, el autor citado menciona que el legislador está vinculado al orden constitucional, y al respeto de todos los principios y garantías que emanan de la normativa primaria para tutelar los derechos que se le reconocen a los habitantes de la República. La persecución de la criminalidad y del delito no es una facultad que se pueda ejercer desde el ámbito de la normativa secundaria por fuera de la Constitución, ésta configura un límite real, verdadero y extremo a todo el

descisionismo legislativo que es el que va configurando los preceptos Penales. Así, la realidad del delito debe ser enfrentada por los órganos del poder público con un apego irrestricto a la constitucionalidad. Es por ello, que en materia sancionadora rigen todas las garantías que limitan el poder Penal del Estado, para que no se vuelva irrazonable, campea entonces el principio de legalidad, el de lesividad, el de culpabilidad, el de dignidad humana, el de proporcionalidad, entre otros.

Las decisiones de Política Criminal que asume el legisferante, y que en algunos casos se materializan en leyes, con la creación de figuras penales que prohíben o imponen conductas y señalan penas ante su contravención, están sujetas a cumplir indefectiblemente con el conjunto de principios constitucionales que son una especie de salvaguarda a las libertades públicas de los habitantes; las injerencias en esos ámbitos, de parte de un órgano de poder para que sean legítimas deben ser razonables, y esa razonabilidad se mide de acuerdo con la forma en que la restricción normativa se vincula a los principios que la Constitución establece. En tal sentido: si hay una trasgresión esencial a dichos principios, porque se afecta garantías volviéndola inoperante para cumplir su papel tutelador, esa norma deviene en alteradora del orden constitucional y debe ser conjurada por el mecanismo de su inaplicabilidad, si es que se está ante un tribunal ordinario de la constitucionalidad ³¹.

Ello es lo que en resumen se entiende de los mecanismos de protección constitucional que están previstos en los artículos 246 Cn. Que dice: "Los principios, derechos y obligaciones establecidos por esta Constitución no pueden ser alterados por las leyes que regulen su ejercicio" y artículo 185 Cn. que impone a los jueces el mandato supremo que "Dentro de la potestad de

³¹ Palazzo Francesco "Estado Constitucional de Derecho y Derecho Penal" traducción de Vanna Andreini en "Teorías Actuales del Derecho Penal". Editorial AD-HOC. 1ra.edición, Buenos Aires, Argentina, 1998, Pág. 178.

administrar justicia, corresponde a los Tribunales en los casos en que tengan que pronunciar sentencia, declarar la inaplicabilidad de cualquier ley o disposición de los otros Órganos contraria a los preceptos constitucionales”.

Al respecto también Bidart, Campos, establece que el Derecho Penal debe tener ese carácter subsidiario y fragmentario, en el sentido que únicamente es legítimo, desde el orden constitucional, para sancionar con pena, aquellas conductas que lesionen bienes jurídicos trascendentales, cuando otro segmento del orden jurídico no pueda hacerlo de manera más efectiva. La fragmentariedad se vincula a que no toda ilicitud debe ser absorbida por el derecho Penal, sino únicamente las que resulten más intolerables para el orden social, en atención a la intensidad del ataque hacia los bienes jurídicos. La pena y el Derecho Penal, tienen como misión; la protección de los bienes jurídicos y únicamente mediante la tutela de éstos, el resguardo de valores ético-sociales relevantes. El Derecho Penal por ende, no es moralizador, no tutela meras desobediencias al orden normativo, sino que se encarga de contener conductas lesivas para los bienes jurídicos más relevantes.

Para el autor citado el legisferante debe tomar en cuenta ciertos límites al momento de diseñar una figura delictiva, reconociendo que la Constitución y los principios y garantías que de ella dimanen, son el verdadero límite que debe observar para fijar las penas en abstracto. En suma, aunque el legisferante tiene una amplia facultad de crear delitos e imponer penas, esta potestad no es un poder arbitrario que quede a la entera discreción del legislador sino que, se encuentra limitado por el orden constitucional, con lo que para legislar legítimamente el poder legislativo debe observar los mandatos normativos de la Constitución.³²

³² German J. Bidart Campos: El Derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa. Ediar Buenos aires Argentina. 1995. Págs. 268,269

3.2. INAPLICABILIDAD

Es la facultad inherente a la actividad jurisdiccional, y que confiere la Constitución a todos los tribunales de la Republica, para declarar inaplicable todas las disposiciones que contravengan los preceptos constitucionales, en los casos que tenga que pronunciar sentencia.

La Constitución en el artículo 185 establece que dentro de la potestad de administrar justicia, corresponde a los tribunales, en todos los casos que tenga que pronunciar sentencia declarar la inaplicabilidad de cualquier Ley o disposición de los otros órganos contraria a los preceptos constitucionales. En este precepto constitucional se funda la facultad aludida y es lo que configura el control difuso de la constitucionalidad.

En la inaplicabilidad no se preceptúa un trámite determinado y genérico, puesto que la atribución referida se puede ejercitar en cualquier clase de proceso y de acuerdo a las normas que gobiernan cada proceso en el que se de, pero lo que si se ha establecido es la fundamentación de la declaratoria regulada en el artículo 130 Pr Pn. que dispone que la resolución que declare la inaplicabilidad deberá expresar las razones que la fundamenten, la norma o acto cuya inaplicabilidad declara y el precepto o principio constitucional que se considere infringido, es lógico que con esto se pretende que la sentencia no sea arbitraria, sino que sea un deber del juzgador razonarla, y también se pretende establecer si la norma o acto cuya inaplicabilidad se declaran son inaplicables al caso y que de validez, de ello dependa la tramitación del proceso o el fundamento de la resolución que se pronuncie en el mismo, demás esta decir la importancia que esto reviste ya que no se puede concebir que el juez declare la inaplicabilidad de una norma secundaria que nada tenga que ver con el caso que esta bajo su conocimiento, permitir esto significa estar contraviniendo a la Constitución misma, es requisito sine qua non, que la declaración se refiera a

disposiciones invocadas o no en la demanda, pero que sean aplicables al caso concreto.

Para Bidart Campos, el examen de Constitucionalidad puede hacerlo el juez o tribunal a instancia de parte o de oficio, lo anterior se explica por que tratándose de un punto de derecho no puede quedar al arbitrio de las partes, la aplicación o no de las normas jurídicas a la cosa litigada, las partes exponen los hechos y el juez aplica el derecho.

Los efectos de la inaplicabilidad declarada por el juez no tienen alcances más allá del juicio decidido, no afecta a la Ley en si misma, la cual continua vigente. El mismo juez si se le presenta para su decisión otra controversia análoga, no esta jurídicamente vinculado para resolver de la misma manera, pudiendo incluso sostener la constitucionalidad de la Ley que antes declaro inconstitucional, esto constituye un inconveniente, ya que provoca una falta de coordinación e interrelación que debe haber en los sistemas de control constitucional vigente, para que exista un solo criterio en los mismos.

La determinación de si el tipo penal derogado recobra su vigencia a partir de la declaración de inaplicabilidad, porque en virtud del principio de legalidad a los jueces les está vedado la creación de conductas penales y de penas; esa materia está reservada al poder legislativo, por ende cuando un tribunal declara inaplicable una norma en atención a que la pena ahí merecida es contraria a los principios Constitucionales, no puede seguir manteniendo ese precepto Penal y dotarlo de una pena que no sea emanación de la decisión del poder legislativo; ante tal situación se presenta una laguna que tiene que ser colmada con fundamento en el principio de estricta legalidad.

En los casos en que la declaración apareja la no aplicación general de la norma, puede hablarse de una abrogación de la ley, quiere decir que, dentro de la práctica constitucional, un acto emitido por órgano estatal es susceptible de

derogación por otro. Ello ha sido juzgado por algunos autores como una confusión de poderes, contraria al principio divisorio. La declaración de inconstitucionalidad no responde al propósito de derogar judicialmente la disposición inconstitucional. De lo contrario en vez de obtenerse la inaplicabilidad de ésta, se estaría sustituyendo al poder que la emitió – en el caso de las leyes, se estaría invadiendo la competencia del órgano legislativo³³.

Como ya ha sido citado la inaplicabilidad es un mecanismo conferido al Órgano Judicial para que éste, a través de las diferentes Jueces que lo componen, se convierta en un doble defensor constitucional, con plenas facultades para dejar de dar cumplimiento o aplicación a una disposición que infrinja la Constitución.

Debido al juramento de fidelidad a la Constitución, se entiende que el pronunciamiento de inaplicabilidad se realiza por iniciativa propia del Juez sin requerir para ello de petición previa de alguna de las partes del proceso. Sin embargo, no existe tampoco inhibición para que medie solicitud de parte, tendente al pronunciamiento de inaplicabilidad.

Lo anterior se traduce en un cuestionamiento sobre la oportunidad procesal para el pronunciamiento oficioso, y sobre la oportunidad procesal para presentar la solicitud de inaplicabilidad, si se realiza por parte interesada.

Inicialmente hay que decir, que la Constitución faculta a los Jueces a declarar la inaplicabilidad en los casos en que tengan que pronunciar sentencia, con lo cual se concluye que la inaplicabilidad tiene viabilidad en caso de conflictos, siendo la naturaleza del mismo la que determina la posibilidad de inaplicación de disposiciones contrarias a la Constitución, y no el desarrollo procesal mismo. Con esto también debe concluirse que la oportunidad procesal

³³ German J. Bidart Campos: El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa. Ob. Cit. Págs. 248,249

para el pronunciamiento oficioso de inaplicabilidad o la interposición de solicitud en ese sentido, no está sujeta a preclusión, por cuanto es obvio que no existe una etapa procesal determinada en la cual debe de emitirse ese pronunciamiento.

El Juez, en cualquiera de las instancias y hasta en casación, al percatarse de la contradicción con la Constitución debe pronunciar la inaplicabilidad, en el acto.

Esto permite comprender si nos limitamos a la petición instada de la inaplicabilidad, que la solicitud puede ser planteada como acción o como excepción. Ocurriría por acción, cuando el actor del proceso (demandante, fiscalía y querellante) peticione al Juez la inaplicabilidad de alguna disposición; dicha solicitud, por lo mencionado, no está condicionada a ser interpuesta en alguna etapa procesal determinada, y puede ser presentada hasta el último acto procesal anterior a la sentencia; o incluso en la tramitación de los recursos que sean admisibles en el proceso. Se resolverá de inmediato, escuchando a la parte contraria en el proceso, para que expusiera su opinión sobre la inconstitucionalidad fundante de la inaplicabilidad.

Sería opuesta como excepción cuando el demandado o imputado alega inconstitucionalidad de alguna disposición relativa al caso que se encuentra sometido a proceso, con lo cual se produciría un incidente que el Juez resolvería oyendo a las partes sólo en presentación de argumentos y no de pruebas pues la discusión es de mero derecho, teniendo para ello el Juez todas las facultades y poderes necesarios para ordenar a las autoridades que considere pertinentes, la remisión de documentos y actas, cuando el esclarecimiento de la solicitud lo amerite, por ejemplo, al alegar inconstitucionalidad por forma y sea necesario corroborar alguna situación fáctica, como una remisión del proyecto de ley, en este caso, el incidente sería producido al ser opuesta la excepción, existiendo

oportunidad para ello en cualquier etapa del proceso, en cualquier instancia aún en casación.³⁴

3.2.1. REMISIÓN A LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL

La Ley de Procedimientos Constitucionales regula que cuando el juez en la sentencia declare la inaplicabilidad de una disposición de carácter general y esta quede firme deberá extender certificación de ella y la remitirá a la Sala de lo Constitucional, equivaliendo esto a un requerimiento para que se de inicio a un proceso de inconstitucionalidad.

Creemos que es una regulación que garantizaría que la depuración del ordenamiento jurídico sea dinámico y sistemático y para que la norma objetada como inconstitucional por el juez se resuelva en forma general y se configura la integridad jurídica.

La ley trata de solventar los grandes problemas que se dan en los procesos constitucionales, porque en definitiva no existe certeza en cuanto a los principios que rigen dicho proceso, cabe destacar la trascendencia, incidencia que va a tener la inclusión del principio de oficiosidad ya que esto permitirá a la Sala tener una labor más investigadora³⁵.

3.3. EL AMPARO

El amparo es el proceso constitucional regulado en la Ley de Procedimientos Constitucionales en sus artículos 12 al 37.

El Art. 12 de la Ley de Procedimientos Constitucionales regula que la acción de amparo únicamente puede ejercerse cuando el acto contra el que se

³⁴ Ob. Cit. Urquilla, Carlos. El Control de la Inconstitucionalidad en el tiempo. UES. 2000

³⁵ Pérez García Astrid Guadalupe. Tesis: Eficacia de los Procesos Constitucionales que Tutelan Derechos Fundamentales. UCA 2000. Pág. 183

reclama no puede subsanarse por el respectivo procedimiento mediante otros recursos.

En el anteproyecto de la Ley de Procedimientos Constitucionales, en el Art. 83, se establecía que antes de iniciarse este proceso debía existir un agotamiento previo de los recursos ordinarios; a la vez en el mismo anteproyecto se mencionaba el acceso directo a tal proceso sin necesidad de dicho agotamiento previo.

En el primer caso deben haberse agotado infructuosamente los recursos ordinarios que concedan los respectivos procedimientos. En el segundo caso se establecen tres situaciones las cuales dan lugar a que se inicie directamente el proceso de amparo, es decir, sin agotar los respectivos recursos, estas situaciones son:

- a) cuando no existan recursos para subsanar el acto reclamado o aquellos no estuviesen regulados; en este caso se establece un acceso directo al amparo cuando los recursos no estuviesen regulados o no existieren. Consideramos conveniente que se preceptuó que no es necesario la previa interposición de recursos que no se encuentren reglados para solicitar el amparo.
- b) Si la resolución cuestionada es ejecutada o trata de ejecutarse antes de vencerse el plazo para recurrir, y
- c) Cuando la violación del derecho fundamental pudiera convertirse en irreparable, si se exigiere que se agoten dichos recursos.

En la situación b y c se responde a una tutela efectiva, ya que en ambos se trata de proteger el derecho fundamental antes de que sea violado, o bien, como en el caso c) que tal violencia puede recurrir en daños irreparables, situaciones que en la Ley no están reguladas por lo tanto, sería una atinada innovación.

Para algunos juristas como Ignacio Burgoa, el amparo implica la obligación del agraviado de agotar previamente a la acción constitucional, a través de los recursos que la ley que rige el acto reclamado establece para atacarlo, sea modificándolo o revocándolo, de tal suerte que existiendo dichos medios de impugnación, si el quejoso no los agota el amparo es improcedente.

El amparo, es el arma jurídica suprema de que dispone la persona para proteger sus derechos fundamentales y si su ejercicio pone en movimiento a la más alta función jurisdiccional, es deducible antes de intentarlo se intente por parte del interesado utilizar todos los medios que conceden los respectivos procedimientos para invalidar el acto reclamado.

3.3.1. MOTIVOS DE PROCEDENCIA DEL AMPARO

En la Ley de Pr. Cn. según el Art. 12 se extiende la protección del amparo contra toda violación de los derechos constitucionales excepto el derecho a la libertad, ya que este es de conocimiento exclusivo del Habeas Corpus.

El amparo procede cuando la violación de los derechos fundamentales, entendiéndose por estos, no solo los consagrados en la Cn, sino también los que tienen que ver con la privación, restricción, obstaculización, desconocimiento y amenazas, fueran por acciones u omisiones de cualquier autoridad o funcionario del Estado o de sus órganos descentralizados; así como de las sentencias definitivas pronunciadas por la Sala de lo Contencioso administrativo que violen el ejercicio de aquellos derechos, así se establece en el Art. 12 Inc. 2º. de la L. Pr. Cn, con lo cual sin decirlo de manera categórica se limita el amparo contra acciones u omisiones de autoridades o funcionarios, eliminando el Amparo contra particulares, esto se infiere del contenido del Art. 14 L Pr Cn. en donde se obliga al demandante a que exprese la autoridad o funcionario demandado; lo que relacionado con la obligación que se le otorga e impone a la Sala de lo

Constitucional, en el Art. 18 para revisar que no falte alguno de los requisitos del Art. 14 en la demanda y mande a completarla, con la consecuencia de declarar su improcedencia si no se aclara, se corrige o se completa.

Según Gutiérrez Mauricio, en su libro de Derecho Constitucional³⁶, con base a la jurisprudencia, establece que el amparo procede también contra actos futuros, de acuerdo a la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional y su antecesora la Sala de amparo, citando para el caso, como ejemplo de tal jurisprudencia el siguiente párrafo de una sentencia " En relación con la procedencia del amparo contra actos no ejecutados, o sea contra actos futuros, es de señalar que el amparo procede no solo contra actos que se han cometido, si no contra los que se están cometiendo o están por cometerse por las autoridades demandadas ya que el amparo no sólo es un medio de remediar mediante la reparación correspondiente al daño personal y constitucional causado, sino de prevenir que se cause tal daño al gobernado y a la Constitución. En este sentido ha sido uniforme y constante nuestra jurisprudencia al sostener la procedencia del amparo contra actos futuros pero de inminente realización, es más la presentación de la demanda antes de la ejecución de un acto inminente es ideal de esta justicia de garantía, pues es lo que hace factible la suspensión del acto y evita la consumación del daño o agravio e impide la violación constitucional. Nuestra Ley de Procedimientos Constitucionales trata en su Capítulo II de la Suspensión del acto reclamado la cual opera desde luego siempre que se trate de actos no ejecutados y tiene por objeto evitar que la ejecución del acto pueda ocasionar un daño irreparable o de difícil reparación por la sentencia definitiva"³⁷

³⁶Gutiérrez Castro, Gabriel Mauricio. Derecho Constitucional Salvadoreño. Catálogo de Jurisprudencia. talleres gráficos de la CSJ. San Salvador. 1989. Pág. 97.

³⁷ Amparo No. 24-5-87, Sentencia 1988

Por último en lo atinente al Amparo, se infiere de la interpretación del Art. 247 Inc. 1º Cn. que solo podrá iniciarse este proceso por violación de derechos consagrados en la Constitución ya que los Derechos fundamentales son precisamente los reconocidos en ella; por lo cual quedarían por fuera los derechos reconocidos sobre derechos humanos vigentes en El Salvador que no estén en la Constitución, aunque en la finalidad del anteproyecto se hayan incluido, pues el Art. 247 Inc. 1º Cn. es claro al establecer “ toda persona puede pedir amparo ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, por violación de los derechos que otorga la presente Constitución”.³⁸

Hemos de reconocer que el amparo en materia penal, solo procede cuando se reclama la violación a derechos que son tutelados además por la Constitución, tales como, legalidad, presunción de inocencia, y derecho de defensa, por citar algunos; pero en ningún caso para detener la ejecución de actos judiciales que afecten la privación de libertad que se ataca con el recurso de exhibición personal, o suspender los efectos de una sentencia condenatoria, pues entraríamos a la competencia del recurso de casación de la sentencia.

Otra anotación al respecto, es que no obstante que el Art. 12 de la L. Pr. Cn. establece que deben agotarse los recursos previos antes de solicitar el amparo, jurisprudencialmente la Sala de lo Constitucional, ha creado doctrina, pues existen diversos casos en los que se advierte que el agotar los recursos previos antes de llegar al amparo provocaría un irreparable daño al agraviado, por lo que este fundamento a dado lugar a que la Sala de lo Constitucional admita amparos con la modalidad de acceso directo, es decir sin haberse evacuado recursos ordinarios.

³⁸ Pérez García Astrid Guadalupe. Tesis: Eficacia de los Procesos Constitucionales que Tutelan Derechos Fundamentales. UCA 2000. Pág. 160

CAPÍTULO IV: CORRIENTES PENALES PARA LA DETERMINACIÓN LEGAL E INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

4.1. GENERALIDADES

Se parte del entendido que determinación legal de la pena, no significan lo mismo que individualización judicial de la pena, siendo la primera la asignación de la clase y cantidad de la misma que hace en abstracto el legislador, fijando los márgenes en que oscilaran las penas mínimas y máximas para cada delito, a fin de poner a disposición del Juez ese espacio de juego en el marco legal para que este valore la dosis de la pena de acuerdo a la gravedad del ilícito penal; por su parte, individualización judicial de la pena, será en un caso concreto, la elección de la pena que hace el Juzgador, del marco penal elaborado previamente por el Legislador, es decir es la delimitación cuantitativa y cualitativa que hace el Juez por la trasgresión de la norma penal, a la luz de todos los elementos y factores que se conjugan con el hecho y el autor.

Es así que se exponen a continuación las diferentes corrientes penales, de las que parte el Legislador para hacer su tarea de la determinación legal de la pena para ser plasmadas en los códigos penales.

De lo dicho por Juan Ramón P. en su libro de la Peligrosidad, se infiere que cualquiera que sea la técnica que siga el legislador, los criterios para la determinación legal de la pena no pueden estar ausentes, porque ello significaría que ese código es un instrumento inútil y casi inconcebible.

Sostiene el mismo que los criterios de determinación legal de las penas que hay en los códigos dependen siempre de cual sea el concepto y fin de la pena y consiguientemente, de cual sea el derecho penal que se realiza legislativamente.

Para el autor en mención la determinación legal de la pena es la coronación de todo sistema penal; aunque no se puede pasar por alto que en los sistemas concretos, suele haber serias inconsecuencias debidas al legislador o a los intérpretes.³⁹

4.1.1. DETERMINACIÓN PENAL SEGÚN EL CRITICISMO TALIONAL.

La imagen del hombre que se acepta es la de un ente capaz de autodeterminarse, al que el imperativo categórico le impone el deber de respetar al prójimo como a si mismo. La violación del imperativo demanda un castigo y el derecho penal es la garantía social de la efectividad del mismo. La pena será, pues, un castigo a esa violación, que solo puede concebirse como penas pues requiere un contenido de dolor dado que es castigo, debiendo ser un dolor equivalente al producido por el delito. De allí que el delito constituya la aceptación de un resultado elegido racionalmente y la pena sea el castigo o retribución que estará talionalmente vinculado con la magnitud del injusto y del reproche de culpabilidad. Solo habrá, pues, penas que retribuyan la culpabilidad de un hombre que ha actuado libremente y las medidas se destinan a los que no actúan libremente (los no culpables), a los que no se puede reprochar nada, Hay, pues, dos categorías de hombres: los que actúan libremente- que son penados - y los que no actúan libremente- los inimputables -que son sujetos a medidas. Este derecho penal se maneja con penas que retribuyen, a culpabilidad por el injusto (talión) y medidas que atienden el peligro- en sentido amplio- para los inimputales.⁴⁰

³⁹ RAMOS JUAN P. La peligrosidad en el Código Penal, Argentina. 1926 Pág. 5

⁴⁰ Ob. Cit. Pág. 9

4.1.2. LA DETERMINACIÓN PENAL ÉTICO-ARISTOTÉLICA.

Se parte de la base de que el delito es una conducta antijurídica (que componen caracteres objetivos y subjetivos) reprochable a un autor, al que se concibe como un ente capaz de autodeterminarse. Hasta allí todo parece coherente, pero se dice que la pena es la retribución del reproche del acto, sino en "combinación" con la personalidad de manera reprochable. Así, la medida de la pena será la retribución de la inclinación de su personalidad (que suele llamarse o fundarse en un pronóstico de conducta) es la peligrosidad positivista, que aquí aparece dentro de la culpabilidad, no ya como una cuestión meramente descriptiva, sino como un aspecto reprochable de su personalidad misma. Dentro de este sistema, todas son penas, y nada obsta a que una medida pueda ocupar el lugar de una pena puesto que la cuantificación de la pena y de la medida es la misma, fundadas ambas en el reproche de la personalidad (de lo que el hombre es y no de lo que el hombre hizo), de modo que esta cuantificación puede dar lugar a una sistema de penas únicamente o a un sistema de medidas⁴¹.

4.1.3. DETERMINACIÓN PENAL DEL IDEALISMO DIALÉCTICO.

La imagen del hombre del idealismo dialéctico es la de un sujeto que actúa en forma libre o en forma no libre. La imagen del hombre del idealismo dialéctico es la de un sujeto que únicamente actúa cuando lo hace libremente. La comunidad jurídica está integrada por los hombres que actúan libremente. Las penas son la necesaria consecuencia de que la conducta de esos hombres viola el derecho y se impone la necesidad de repararlo. El delito es la conducta (libre) que lesiona el derecho (una culpabilidad antijurídica). La pena es la

⁴¹ Ibíd. Pág. 14

reparación del derecho por vía de la negación del delito; también aquí asume la forma de una reafirmación talional del derecho; la pena niega el delito y reafirma el derecho). La pena tendrá en cuenta el grado del injusto, que dependerá del grado de libertad. Los que son libres no realizan conductas y no merecen la pena, porque no lesionan al derecho. Ellos no forman parte de la comunidad jurídica. En esta categoría no entran únicamente los inimputables, sino también los que no comparten los valores sociales de la comunidad (el grado de civilización) que les permiten considerarse libres (categoría en la que pueden entrar desde los indígenas hasta el enemigo político). A estos se les aplican las medidas que corresponden a las cosas peligrosas, en función del derecho de policía del estado.⁴²

Para este derecho penal quien no es libre no pertenece a la comunidad y no merece el trato de persona, sino que debe atenderse a su peligro. Sin embargo, no hace una clasificación tajante de hombres libres y no libres, sino que reconoce categorías intermedias, pues reconoce que hay hombres que actúan con menor libertad. Aquí, puede tomar dos caminos: uno consiste en aplicarle una pena que retribuye el injusto en la medida en que lo funda una culpabilidad y con ellos repara la parte de libertad cuyo uso lesionó al derecho, agregando a esa pena una medida, con la que neutraliza el peligro que la parte "no libre" representa (sistema de la doble vía, que suma penas retributivas y medidas preventivas); el otro deja al criterio del Juez determinar si se trata de un sujeto que merece considerarse libre o no, pudiendo en el primer caso aplicar la pena retributiva y en el segundo la medida preventiva.⁴³

⁴² *Ibíd.* Pág. 18

⁴³ *Ibíd.* Pág. 20

4.1.4. DETERMINACIÓN PENAL SEGÚN EL POSITIVISMO

Para el positivismo, el delito es la expresión extrema de un pensamiento causalista mecanicista, en que el delito es la causación de un resultado socialmente dañoso. El autor causa la lesión socialmente dañosa porque está determinado a ello y la sociedad responderá con la sanción penal que requiera para la neutralización de la determinación del sujeto para el delito (que es la peligrosidad). Es decir que la sanción se aplica al delincuente según su grado de peligrosidad. Para un derecho penal según el cual el hombre es un ente determinado y el delito es un síntoma de una determinación socialmente dañosa, el delincuente no es más que un ente peligroso y la sanción no es otra cosa que una medida necesaria para neutralizar su peligrosidad. Si los autores son imputables o inimputables, mayores o menores, sólo interesa para saber cómo neutralizar su peligrosidad, pero las sanciones que se aplican a todos son idénticas en naturaleza, no pudiéndose llamar "penas", porque pasa a segundo plano el contenido penoso que tienen para el autor. El derecho penal así concebido no se distingue del derecho de policía del Estado respecto de las cosas peligrosas. El delito se compone de la dañosidad social y de la peligrosidad del autor; la sanción o medida está dada por la peligrosidad, que se pone de manifiesto con la dañosidad de la conducta.⁴⁴

Al final del recorrido por los cuatro sistemas antes expuestos se advierte que ninguno realmente ofrece a través de la determinación legal la solución a los problemas de criminalidad ofreciendo a la vez la alternativa de recuperación delictual al inculgado, dado que unas corrientes sostienen que la pena debe determinarse en función de la necesidad de garantía jurídica del imperativo categórico, sin ningún sentido político criminal; otras que la determinan

⁴⁴ *Ibíd.* Pág. 25

talionalmente, como necesidad de reparar el derecho, también la enuncian como necesidad de neutralizar una cosa peligrosa, y finalmente, otras que declaran que la pena debe estar dada por el grado de irreprochabilidad, pero que en lugar de reprochar el acto reprochan la personalidad, lo que, en definitiva, tampoco es lo que conlleva a una eficiente política criminal, vaciada en la determinación legal de la pena.

Una vez citadas las corrientes para la determinación legal de la pena, corresponde exponer lo referente a la individualización judicial de la pena, de lo cual citamos a continuación los factores que habrá de tomar en cuenta el Juzgador.

4.2. FACTORES Y FASES DE LA INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

De lo dicho por el Dr. Eduardo Demetrio Crespo, con cita de Gunter Spendel, la individualización judicial de la pena debe atender a los siguientes factores, real, final y lógico, pues las precisiones conceptuales y metodológicas que de ellos se derivan configuran la estructura básica de la dogmática de la individualización judicial de la pena:

- a) Fundamento real o causa essendi de la medida de la pena: consiste en la valoración de los antecedentes y circunstancias del hecho, los cuales es necesario tomar en cuenta al momento de la individualización judicial de la pena.
- b) Fundamento final o causa finalis, consiste en la valoración que hace el Juzgador en función del fin que se persigue con la imposición de la pena, es decir que la pena debe corresponder, a que si el fin es la retribución, la prevención o la resocialización del penado, asimismo a la gravedad del hecho para la asignación de una medida justa.

- c) Fundamento lógico o ratio cognoscendi: que vincula los presupuestos de la individualización con la individualización misma, deben consistir en la combinación consecuente, libre de contradicciones de los otros fundamentos.

Los tres factores se hallan entrelazados y constituyen una unidad al momento de la individualización judicial de la pena.

Sostiene el Dr. Crespo, que en relación a los factores antes citados, Jans Jurgen Bruns no los considera factores de la individualización judicial de la pena sino fases de la misma, y a la vez complementa el esquema de Spendel, ampliándolo a cinco fases, siendo estas las siguientes:

- a) Ajuste a los fines de la pena;
- b) Averiguación de los factores de hecho relevantes para la individualización de la pena;
- c) Determinación de la dirección valorativa de los factores reales;
- d) Ponderación de las circunstancias de la individualización de la pena entre si;
- e) Clasificación del caso en la escala de penas del marco penal previo.

Sostiene el Dr. Crespo que esta clasificación ha sido criticada por Frans Streng, pues considera éste que dicha clasificación no ayuda a solucionar los problemas de la individualización judicial de la pena, aunque le reconoce el valor de facilitar una exposición ordenada de los mismos.

Afirma el autor citado que lo que se pone de relieve con la descripción de diferentes factores y fases en el proceso de la individualización judicial de la pena, es que esta constituye un momento de la intervención del sistema penal que no puede relegarse a la intuición sino a un proceso determinado de racionalización, que es de alguna manera argumento recurrente tanto para defender opiniones como para rebatirlas y en este sentido ha sido invocado por multitud de autores que se han ocupado del tema.

Siempre en razón de la individualización judicial de la pena, hay autores que proponen unir la decisión individualizadora a reglas de cálculo partiendo de la pena normal, tales como:

- a. intensidad de la retribución,
- b. la cantidad de culpa, y
- c. la influenciabilidad del concepto. Reglas que serían sopesadas matemáticamente y utilizadas para la determinación de la pena.

Así también Dubs sostuvo un modelo analítico de la individualización judicial de la pena basado en la valoración de cada uno de sus factores, es decir un análisis particular de cada elemento relevante, previa fijación de aquellos puntos de vista que deben entrar en juego, evitando que un determinado punto de vista sea valorado en exceso en el caso concreto o que un elemento importante deje de ser tenido en cuenta. El Juez habrá de partir de la pena normal para el delito cometido en el ámbito del correspondiente tipo legal conforme a la culpabilidad y la gravedad del hecho; posteriormente habrá que analizar y valorar las circunstancias atenuantes y agravantes de modo que estas provoquen un aumento o disminución porcentual en la pena fijada anteriormente.

Este modelo evita la arbitrariedad, a la vez que deja espacio al Juez para el ejercicio de su poder discrecional.

- a) Finalmente el Dr. Crespo menciona a Bruckmann y sus puntos de vista para la medida de la individualización judicial de la pena, los cuales nos parecen interesantes por reflejar de alguna manera la realidad en la que se ve inmerso nuestro Juzgador, al estar ante la paradoja del fin utilitario de la pena de cara a la incapacidad del Estado para proveer la tan pregonada resocialización del penado, por lo que este autor descarta tomar en cuenta el fin resocializador de la pena, para determinar la dosificación de la misma,

dado que cualesquiera que sea la medida de esta no alcanzará jamás la resocialización del penado; y en defecto de esta sostiene que se debe valorar, la responsabilidad del autor que constituye la base o fundamento al que tiene que orientarse el Derecho de la individualización y para encontrar la medida de la misma, para lo cual habrá que utilizar según él un método aritmético que contemple solo tres factores:

- la peligrosidad del autor,
- la gravedad del hecho y
- la relación entre el autor y la víctima; deduciéndose la pena resultante de la operación siguiente: multiplicar la peligrosidad del autor por la gravedad del hecho y sumarlo o dividirlo en relación al comportamiento de la víctima, siendo todo esto igual a la pena final. El porque hay que sumar o dividir el comportamiento de la víctima es porque con la actitud de esta hacia el autor se puede añadir o restar pena ya que en si no modifica el hecho pero puede relativizarlo.

4.2.1. TEORÍAS PRINCIPALES SOBRE LA INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

Según el Dr. Eduardo Demetrio Crespo, sobre este importante punto, hasta ahora en la doctrina se destacan dos teorías que son:

- a. la teoría de la pena exacta o puntual, y
- b. la teoría del espacio de juego, que representan, a su vez, los dos modelos principales de solución en relación al problema de encontrar la pena adecuada al caso concreto.

Para la teoría de la pena exacta o puntual existe una única pena completamente determinada que corresponde a la culpabilidad del autor. Esta teoría niega por tanto el concepto de un "espacio de juego" por lo que según

esta teoría existe una única pena justa y por lo tanto adecuada a la culpabilidad del autor.

Por el contrario la teoría del espacio de juego, afirma que la pena adecuada a la culpabilidad comprende un marco determinado entre un máximo y un mínimo.

Con esta teoría lo que se hace es buscar un equilibrio entre lo que es la función preventiva de la pena y sus limitaciones a través de lo que son los principios de proporcionalidad referido a la gravedad del injusto, como también se atiende a la culpabilidad del autor.

Mediante la aplicación de esta teoría se le da la facultad al juez para que sea el quien decida según su criterio en que medida debe aplicar la pena dentro del espacio de juego.⁴⁵

Según la historia de nuestra legislación penal, en el primer Código de 1825 las penas de prisión y de trabajo en obras publicas tenían cuantía y esta era fija o exacta, fue a partir del código de 1859 que aparecen las penas mínimas y máximas, es decir las basadas en la teoría del espacio de juego del marco penal, para lo cual el legislador ya ha establecido con anterioridad esos márgenes en los que puede moverse el Juez, para que una vez tomados en cuenta todos los factores, fases o teorías que tienen que ver con el hecho, el autor y la victima, pueda determinarse cual es la cuantía y condiciones del cumplimiento de la individualización de la pena.

⁴⁵ Corte Suprema de Justicia. Prof. Dr. Eduardo Demetrio Crespo. Revista Justicia de Paz No. 12 año V- volumen II. Mayo – Agosto 2002. Impresos Múltiples. S A de CV.

CAPÍTULO V:

DOCTRINA, JURISPRUDENCIA Y ENTREVISTAS RESPECTO A LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE HUMANIZACIÓN, TEMPORALIDAD Y FINES DE LA PENA EN RELACIÓN AL AUMENTO DE 75 AÑOS A LA PENA DE PRISIÓN DETERMINADA EN EL Art. 45 No. 1 C.P.

5.1.DOCTRINA

En este capítulo se establecerán comparaciones entre doctrina, jurisprudencia y entrevistas hechas a jueces de sentencia en el marco de la hipótesis que se investiga.

Dado que el tema de investigación es acerca de la reforma determinada en el Art. 45 numero 1º. del código Penal, referida al aumento de 75 años a la pena de prisión, como vulnerantes de los principios constitucionales de humanización, temporalidad y fines de la pena determinados en el Art. 27 Incs. 2º. y 3º de la Constitución; la hipótesis que en este capítulo pretendemos establecer es la siguiente: LAS PENAS EXORBITANTES DETERMINADAS EN EL Art. 45 NUMERAL 1º. DEL CÓDIGO PENAL VULNERAN LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE HUMANIZACION, TEMPORALIDAD Y FINES DE LA PENA.

Es en razón de la hipótesis precitada que el contenido de esta parte doctrinal hará referencia a los principios constitucionales contenidos en los Arts. 27 Incs. 2º y 3º. de la Constitución; la pena de prisión establecida en el Art. 45 No. 1 del Código Penal y el reenvió que este hace al Art. 103 de la Ley Penitenciaria.

En su orden el Art. 27 incs. 2º. de la Constitución reza "Se prohíbe la prisión por deudas, las penas perpetuas, las infamantes, las proscriptivas y toda especie de tormento, a su vez el inc. 3º, establece que el Estado organizará los

centros penitenciarios con objeto de corregir a los delincuentes, educarlos y formarles hábitos de trabajo, procurando su readaptación y la prevención de los delitos”⁴⁶.

Por su parte el Art. 45 numeral 1º. del código penal reza de la siguiente manera: “la pena de prisión cuya duración será de seis meses a setenta y cinco años. En los casos previstos por la ley el cumplimiento de la pena será en una celda o pabellón especial de aislados, debiendo cumplirse desde su inicio no menos del diez por ciento de la condena”.⁴⁷

Por último el Art.103 numerales 1º y 2º. de la Ley Penitenciaria establece: “ Los internos que sean enviados a los Centros de Seguridad por su alto grado de agresividad o peligrosidad o hayan sido condenados por delitos de narcotráfico, crimen organizado, homicidio agravado, violación, secuestro o que fueren reincidentes, estarán sometidos a un régimen de internamiento especial, de conformidad al Art. 45 del Código Penal que implicará las siguientes limitaciones:

1. el cumplimiento de la pena en una celda o pabellón especial;
2. restricción a su libertad ambulatoria dentro del centro de detención⁴⁸;

Comenzaremos haciendo alusión a los principios constitucionales de humanización, temporalidad y fines de la pena a los que hace referencia el Art. 27 de la Constitución.

5.1.1. HUMANIZACIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN.

Por humanización de la pena de prisión se entenderá el respeto a Derechos fundamentales del condenado durante el tiempo que cumple una pena de privación de libertad, básicamente en lo referente a evitar aplicar penas con

⁴⁶ Constitución de la Republica. FEPADE, Tercera edición, Republica de El Salvador. Art. 27. 1983

⁴⁷ Código Penal. Editorial Jurídica Salvadoreña, 17ª edición. Art. 45. reforma de 31 julio 2001

⁴⁸ Ley Penitenciaria. Editorial Jurídica Salvadoreña, 17ª Edición. Art. 103 reforma del 31 julio 2001

duración excesiva, al no empleo de la tortura y de actos o procedimientos inhumanos o degradantes.

Según el Dr. Cuello Calón, el período de humanización de las penas tiene su origen en el fundamento de los primeros tratados de Derechos humanos; y el "contrato social" que fue el resultado de la necesidad expresada por la sociedad para mantener la armonía entre sus miembros; delegando en el Estado la obligación de garantizar la seguridad de las personas y tutelar a la vez el derecho del delincuente a ser un ente útil a la sociedad, según el autor precitado estos lineamientos son promulgados por la llamada "Escuela de la Nueva Defensa Social".

Otro precursor de la humanización de las penas fue Cesar Becharia, quien exhortó a los gobernantes de su época para que se aboliera la pena de muerte, las penas tortuosas, y el usado procedimiento inquisitivo. Se dice que el promovió la creación de normas para la atenuación de las penas, las garantías procesales de protección al acusado y logró que no se penalizara con pena de muerte en muchos países.

A raíz el auge del pensamiento humanitario de las penas, el Derecho Penal fue reformándose con fundamentos de Derecho Penal Humanitario-Individualista, para hacer menos aflictivas las penas de prisión, prohibiendo el uso de la pena de muerte o limitándola a delitos altamente reprochables, como también abolir la aplicación de penas corporales y las infamantes.

De lo dicho por Cuello Calón, se infiere que este mismo pensamiento humanitario es expresado en los postulados de las Constituciones, lo que lleva a que por mandato de la misma, se procure la organización de los centros penales, con instalaciones adecuadas para dignificar las condiciones físicas y

psíquicas en que habrá de cumplirse una pena de prisión y que además esta tenga un función utilitaria que es la de resocializar al interno.⁴⁹

Nuestra Constitución retoma precisamente ese carácter humanitario al estatuir en su Art. 27 Inc. 2º. de forma terminante la prohibición de la utilización de la tortura y de actos o procedimientos que atenten contra la dignidad del interno en la ejecución de la pena, esta prohibición, esta dirigida a todos los establecimientos penitenciarios, prohíbe también en el mismo inciso las penas perpetuas, las proscriptivas y toda especie de tormento físico y psíquico.

Siempre en el marco de lo que establece la doctrina respecto a la humanización de las penas, la disposición constitucional antes mencionada es acorde a los Arts. 10 No.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y al Art. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el sentido de salvaguardar la dignidad de una persona que, al estar privada de libertad, está desprotegida aún más que el ciudadano que goza de ella.

Señala la normativa Internacional en los artículos antes citados que cada persona privada de libertad debe ser tratada con humanidad, con el respeto de la dignidad inherente a la persona humana.

En referencia al respeto de la dignidad humana, Pérez Luño señala que la actividad estatal debe estar guiada por principios racionales, que deben traducirse en un orden político justo consistente en mecanismos o condiciones jurídicas de hecho, que presidan el funcionamiento del Estado, basado en ciertos presupuestos fundamentales como son:

⁴⁹ Cuello Calon, Ob. Cit. Derecho Penal... Pág. 58

- a. la limitación de la actividad estatal de los órganos del poder, por la constitucionalidad y la legalidad;
- b. la garantía por parte de ésta de los derechos fundamentales; y
- c. la teoría del control jurisdiccional de toda la actividad del Estado.

En cuanto al regulativo de la dignidad humana expresa el autor citado que debe ser el preámbulo de la Constitución, en razón de ser uno de los fundamentos de la convivencia nacional; a través también del respeto a los derechos fundamentales inherentes a ella, sobre todo por que la Constitución se basa en una concepción personalista o humanista⁵⁰.

Siempre de lo dicho por Pérez Luño, se rescata que el carácter humanista de la Constitución, parte del preámbulo de la misma, por lo tanto esta no tendrá la visión de una pena que restrinja los derechos fundamentales de las personas, que son objeto de imposición de penas privativas de libertad, pues de lo contrario no se estaría armonizando con la centralidad que tiene el hombre como fin y no medio de la actividad estatal.

Otros autores consultados en relación a la doctrina respecto a la humanización de la pena, es Legaz y Lacambra, quines mencionan que el hecho que las Constituciones tengan una concepción humanista, significa dos cosas: una, que el derecho es obra del hombre; y la otra que el derecho esta al servicio del hombre; tal afirmación no debe limitarse a una consideración formal o retórica, sino que debe traducirse en una efectiva tutela a los derechos fundamentales de la persona humana. En cuanto a la primacía del bien común, se consideró: en ese orden de ideas, que no caven interpretaciones que sacrifiquen el interés de la sociedad en beneficio del interés egoísta de un

⁵⁰ Antonio Enrique Pérez Luño, Los Derechos Fundamentales. Editorial Tecnos. Tercera Edición. Madrid 1988. Págs. 21, 24

individuo, pero tampoco puede sacrificarse totalmente un solo de los derechos de la más modesta de las personas, en aras del interés social. Lograr la justa armonía debe ser la función social del legislador⁵¹.

De lo citado por Luigi Ferajoli, en Revista Judicial Española, se establece que para los efectos de contar con un límite a la función punitiva estatal, el concepto de derechos humanos puede interpretarse de dos maneras; en un primer término puede tener una función negativa concerniente a los límites de la intervención penal y en segundo lugar una función positiva respecto a la definición del objeto, posible pero no necesario de la tutela por medio del derecho penal. De esta manera, el derecho penal de los derechos humanos puede constituirse como una técnica de tutela de los derechos fundamentales. La ley penal se justifica en cuanto que tutele los derechos del más débil, en contra de las violaciones arbitrarias del más fuerte.⁵²

5.1.2. TEMPORALIDAD DE LA PENA DE PRISIÓN

Las penas de prisión no deben significar la reclusión Penitenciaria para toda la vida del condenado, sino por el contrario debe tener como principio la temporalidad en el cumplimiento de la pena de prisión.

Bustos Ramírez escribe respecto a la temporalidad de las penas expresando preocupación por las ideas modernas que remueven la teoría de la prevención especial, en razón del tiempo máximo o mínimo que debe prevalecer la estancia en prisión. Para el autor citado no puede hablarse de un tiempo no controlado por la pena, pues esto ha propiciado que los penitenciaristas incluso

⁵¹ Legaz Lacambra. Teoría general del Estado. Barcelona 1934 Pág. 124

⁵² Ferajoli, Luigi: El Derecho Penal Mínimo en Poder y Control. Revista No. 10. Barcelona 1986. Pág.39

ya en el siglo pasado⁵³ plantearan la conveniencia de limitar esos tiempos o de aumentarlos en razón de cumplir las finalidades de la pena de prisión; pues tanto las penas cortas como las excesivamente largas le son lesivas tanto al interno que cumple una sentencia como también a las Instituciones financieras las cuales por mandato Constitucional tienen la misión de resocializar y reeducar al penado para propiciar su reinserción al tejido social.

Señala Bustos Ramírez, que la prisión perpetua o las penas de larga duración, ya no son aceptables en un sistema penitenciario que tiene como finalidad la resocialización del que cumple una pena de prisión, y que genera en este expectativas de una incorporación fructuosa a la vida social. Básicamente este tipo de penas excesivamente largas presenta un doble aspecto crítico: por una parte, un período de reclusión de estas características no da lugar a que el penado una vez cumplida la pena pudiera rehacer su vida, por lo que la condena lleva irremediamente a la destrucción del penado como ser social. Por otra parte señala el autor que investigaciones hechas han demostrado que los largos períodos de reclusión provocan en el penado daños irreversibles en su personalidad, añadiendo que hay numerosos casos de reducción de las funciones vitales del penado a causa de largos períodos de reclusión, así como procesos de regresión a estadios infantiles y otros tipos de disfuncionalidades, por lo que se convierten estas penas en inconstitucionales.

Por último agrega el citado autor que el quantum de la pena debe establecerse según sea la función que se cree que esta debe perseguir; por lo que antes de imponer una pena se debe reflexionar sobre el fin de esta ha

⁵³ Congreso sobre Derechos Humanos. Londres, 1872; San Petersburgo, 1890.

lograr en beneficio del penado.⁵⁴

Al respecto de los límites a la pena de prisión, Bacigalupo señala que el límite máximo de la pena no puede exceder la culpabilidad por el hecho, más sin embargo, señala él mismo haciendo alusión al Derecho Argentino, y al nuestro por supuesto, que se acostumbra imputar por el hecho sin que el concepto de culpabilidad se extienda a consideraciones referidas a caracteres de personalidad del sujeto y a inclinaciones o perversiones de conductas anteriores⁵⁵; es por eso que de lo dicho por el autor, en este punto es importante destacar que no queda clara cuál es la dosimetría penal con la que se está castigando proporcionalmente la culpabilidad de un hecho delictivo, pues al respecto consideramos que no hay parámetros concretos que establezcan la certeza de una dosis justa en la aplicación de penas, pues si se hacen comparaciones sobre opiniones en materia de dosimetría penal; tendremos planteamientos divididos, pues para quienes se inclinan por un Derecho penal humanitario y que ven en la pena un fin de utilidad social, les parecerá que treinta años de prisión son excesivos e innecesarios para rehabilitar al interno, más sin embargo a la luz de un derecho penal exacerbado con rasgos de prevención general, otros considerarían que treinta años no son suficientes, y aboguen por que ese límite se extienda a los setenta y cinco años como lo está considerado en la legislación penal vigente.

⁵⁴ Juan Bustos Ramírez: Manual de Derecho Penal, Parte General. Tercera edición. Editorial. Corregida y puesta al día. Editorial: Ariel Derecho. Págs. 384 – 393.

⁵⁵ Bacigalupo. Enrique, en *Strafreschsreform and Rechtsvergleichung*, Berlín, 1979. Pág. 123.

5.1.2.1. PENAS DE LARGA DURACIÓN

Según un estudio realizado por FESPAD, sobre política criminal, se establece que no obstante que en algunos países sigue estando vigente la cadena perpetua como una pena formal; en la practica en el marco de un sistema penal progresivo, existen mecanismos que evitan el cumplimiento de por vida; señala el mismo estudio al que hacemos referencia que como ejemplo en Alemania los condenados a esta pena son indultados casi todos antes de los veinticinco años de cumplimiento efectivo, y sólo un 0.6 % aproximadamente llega a los treinta años de prisión; más la existencia de estos mecanismos de política penitenciaria que permiten que el penado no cumpla una pena a perpetuidad, generan debates pues para algunos la pena perpetua no debe salir del ordenamiento constitucional por considerar que es necesaria para reforzar la conciencia jurídica y el sentimiento de seguridad jurídica. Agregan también que otro de los países que cuenta en su ordenamiento jurídico con la condena a perpetuidad es Italia, pero que en la práctica Judicial se concede de forma generalizada el indulto o la libertad condicional a los veinte años.

Para el caso de nuestro país, la cadena perpetua deja de serlo a partir del C.P. de 1870, que aunque se mantuvo como norma penal, previó la concesión de indultos a los treinta años, y fue hasta en el código de 1928 que desaparece definitivamente. Siempre en el estudio político-criminal citado se expone que una vez que fue abolida la cadena perpetua de nuestro ordenamiento jurídico, el debate se centro en determinar cual habría de ser legalmente la duración máxima de la pena de prisión para que no resultara disfuncional con la metas de humanización de la pena que exponía la Constitución, es por lo mismo que en atención a la información del Derecho comparado, los actuales setenta y cinco años de prisión establecidos en la legislación penal resultan excesivos por que constituyen materialmente un retroceso a tiempos en que estaba instituida

expresamente la cadena perpetua, pues la imposición de la pena de setenta y cinco años tácitamente constituye una pena perpetua, pues la perpetuidad de la misma se estima en razón del promedio de vida de las personas y la aplicación de la pena en razón de la edad del imputado; pues al tener en cuenta que la pena se aplica cuando la persona ya ha cumplido 18 años de edad y que estudios realizados en el Salvador demuestran que la esperanza de vida oscila alrededor de los 70 años de edad⁵⁶; esto significa que imponer 75 años de prisión en el Salvador equivale prácticamente a imponer una pena perpetua.

De lo obtenido del estudio criminológico en mención se advierte que las investigaciones apuntan a que la duración de una pena de reclusión no debe superar de forma continuada los quince años, después de ese tiempo se dice que comienzan a aparecer graves trastornos en la personalidad, muy difíciles de reparar.⁵⁷

No obstante que es obvio comprender porque se consideran nocivas al recluso las penas de larga duración, también se afirma que las penas de corta duración tienen efectos negativos en la vida de los inculcados, es por eso que a fin de mostrar que cualquier pena de prisión es negativa y no cumple su fin resocializador, se exponen también los efectos de una pena corta.

5.1.2.2. PENAS DE CORTA DURACIÓN

De lo dicho en publicaciones de FESPAD, se extrae las penas de corta duración también presentan una problemática específica. Por lo general, se entiende por penas cortas de prisión aquellas cuya duración no sobrepasa los seis meses. Según la publicación Político-criminal de FESPAD, el tratamiento de estas penas ha dado lugar en Europa a una diversa oferta de alternativas con la

⁵⁶ V. PNUD. “Informe sobre desarrollo humano: El Salvador 2001”, compilador Willian Adalberto Pleitez, 1ª. Edición, San Salvador, 2001

⁵⁷ FESPAD, consideraciones Político-criminal, San Salvador. 2002

aparición de penas de corta duración y dosificadas, de instituciones de prueba o de penas privativas de libertad atenuadas. En nuestro país los esfuerzos por evitar las penas cortas de prisión en el Código Penal actúan en tres frentes distintos; en primer lugar, no castigando ningún delito con pena inferior a seis meses; en segundo lugar, introduciendo la sustitución preceptiva de las penas que traspasen el límite de los seis meses debido a la aplicación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad; y finalmente, con reformas para suspender a los internos con supuestos altos grados de peligrosidad, todo tipo de beneficio penitenciario para evitar el cumplimiento corto de la pena de prisión.

De lo dicho por FESPAD, en el estudio precitado, se plantea que las investigaciones en torno a los problemas que plantean estas penas surgen en el pasado siglo, desde entonces se sabe que cualquier reclusión superior a unos días lesiona gravemente las relaciones sociales del condenado, a diferencia de las penas de mayor duración, en donde esas lesiones pueden compensarse o atenuarse con programas de intervención sobre aquel. Se sostiene que cuando se trata de penas cortas no hay tiempo para desarrollar ningún programa resocializador, ni ninguna ayuda para consolidar y experimentan conductas conforme al Derecho, por lo que en el momento de la libertad del sujeto se encuentra de nuevo solo frente a sus antiguos problemas, ahora incrementados. Se ha señalado también que las posibilidades de contagio criminal en los casos de penas cortas son muy altos. Por otra parte, la ejecución de estas penas comporta una grave alteración de la vida en prisión y su costo económico es muy considerable.

FESPAD asegura que todos estos extremos han sido corroborados por investigaciones estadísticas, como las de ALBRECH en Alemania, que tras comparar grupos de penados que cumplieron penas de prisión inferiores a seis

meses con otros que fueron condenados a penas de multa, resultaba un porcentaje de reincidencia entre los primeros tres veces superior a los segundos, y que por estas razones, desde hace unas décadas en el Derecho comparado se buscan formulas que eviten ir a prisión por tiempo inferior a seis meses.

No obstante, en la actualidad, como apunta LANDROVE DÍAZ, se observa una fuerte resistencia a la de separación de estas penas debido al incremento de la criminalidad imprudente, incluso puede afirmarse que hay un cierto resurgir de las penas muy cortas dosificadas en breves períodos de tiempo de dos o tres días; sus defensores opinan que este tipo de penas produce un afecto de SHOCK de llamada de atención sin llegar a perturbar las relaciones sociales del penado.⁵⁸

5.1.3. FINES DE LA PENA DE PRISIÓN

Doctrinariamente la pena tiene como función posibilitar a las personas declaradas culpables y sujetas al cumplimiento de una pena de prisión, reincorporarse a la sociedad. No se niega también que razonablemente se maneje otro concepto que es el de confirmar la primacía del Derecho mediante la protección de bienes jurídicos. La Constitución en materia punitiva sabiamente no impone una clave valorativa de asunción de valores como finalidad de la pena, ello se demuestra cuando se escogita el vocablo "procurando"⁵⁹.

Según consideraciones de Ignacio Verdugo, la pena es un mecanismo de coerción, pero no obstante ello, la persona condenada a una pena no debe

⁵⁸ FESPAD, consideraciones Político- criminales, El Salvador 2002

⁵⁹ Art. 27 Inc. 3°. Constitución de la Republica de El Salvador.

asumir una determinada moral o ética social, pues debe entenderse que esta aspira proporcionar los medios que posibiliten al recluso, una opción de cambio de vida, pero no al estilo de manipulación de su conciencia interna, pues esta ha de mantenerse intangible para los fines estatales.

En cuanto a los fines que deben ser el fundamento de la implementación de penas de prisión, el autor citado hace alusión a los fines que la Constitución Española distingue que habrán de cumplirse a través de la ejecución penal; siendo el primero:

a. la reeducación y reinserción social.

Al respecto aclara Ignacio Verdugo, que el concepto de reeducación en los establecimientos carcelarios es contradictorio con la realidad que se vive en las cárceles, ya que ésta se encuentra bastante alejada de la idea de educación o reeducación, pues el mismo concepto de reeducación presenta controversia dado que la idea de educar o reeducar a través de la privación de libertad, puede interpretarse como una imposición coactiva por parte de la Administración penitenciaria en el marco de un código de valores distinto al que tiene el interno. Consecuentemente esta posibilidad no es compatible con las reglas mínimas que deben ser respetadas en un Estado de Derecho. Sostiene el autor que la pena privativa de libertad no puede utilizarse para imponer coactivamente ningún género de ideas, y menos aún sus valores que defienden quienes detentan el poder.

El autor distingue del concepto de reeducar, el de resocializar, afirmando que este último es una finalidad, en el entendido de no realizar en el futuro más hechos delictivos, lo que posibilita la reincorporación pacífica del individuo en la sociedad, sin perjuicio de que su puesta en práctica pueda presentar serios problemas, más la finalidad de los establecimientos carcelarios no puede ser

otra que la preparación de los internos para la libertad, que se reincorporen a su medio de la mejor manera posible, permitiéndoles volver a tomar parte de la vida social de la que han sido extraídos.

b. retención y custodia de los detenidos.

Este es el segundo fin que señala el autor que debe cumplirse a través del cumplimiento de la pena privativa de libertad, explicando que la tarea de retención y custodia de los penados configura elementos importantes en la actividad penitenciaria, pero que en ningún momento esta retención y custodia ha de constituirse en un fin en si misma, es decir que no debe retenerse y custodiar al penado con la única finalidad de apartarlo de la sociedad a la que no le es grata su conducta, y que en aras de la protección de otros bienes jurídicos, es mejor extraerlo del medio social para una mejor convivencia colectiva, sino lo contrario, la retención y custodia no deben ser más que medios para conseguir el fin de la reinserción social de los condenados, a través del tratamiento penitenciario.

c. asistencia y ayuda a favor de detenidos y liberados.

Este fin según Ignacio Verdugo, consiste en la ayuda, tanto moral como material que se presta a los internos que ya hayan cumplido una condena o que sean beneficiados con una libertad condicional, la ayuda se extiende a los familiares, buscando la reinserción social de aquellos. De esta forma se intenta reducir en la medida de lo posible los efectos negativos de la pena privativa de libertad.

Explica el autor que la ayuda no se limita al tiempo que dura la detención, sino como ya se expuso se prolonga a la etapa postpenitenciaria, pero siempre guiada por la finalidad de la reinserción social del condenado.

Además, para que la asistencia social pueda tener algún éxito, debe ser recibida de forma voluntaria por el interno y sus familiares.

De acuerdo a la Constitución Española, tal como lo señala Ignacio Verdugo, el cumplimiento de estos fines se estructura en torno a la permanencia del interno en el establecimiento penitenciario, esto es, en la privación de su libertad ambulatoria. Por ese motivo, la actividad penitenciaria exige como una garantía esencial el respeto del principio de legalidad, disponiendo que la actividad penitenciaria se desarrolle con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Ley, los reglamentos y las sentencias judiciales, sin embargo debe recordarse que la privación de la libertad ambulatoria no puede privar al interno de otros derechos y libertades que son compatibles con la pérdida de libertad: comunicarse, practicar deportes, tener acceso a la cultura, trabajar, mantener relaciones sexuales, etc. todo ello se relaciona con la calidad de vida del interno que debe ser protegida por el ordenamiento jurídico y respetada por la administración carcelaria⁶⁰.

Consecuente con las ideas antes expuestas, pero en forma más concreta Bustos Ramírez, expresa que cuando se impone una pena de prisión la opción primera que se persigue es la rehabilitación del interno en cuanto a su conducta delictiva, y éste logro lleva a la segunda que es la prevención de los delitos; señala que es por ello que el sistema carcelario debe optar por priorizar la educación y el trabajo como mecanismos de opción, para formar en la persona privada de libertad una conciencia de respeto a los derechos fundamentales de sus conciudadanos, agrega que la pena de prisión no ha de legitimarse por su drasticidad pues la dureza de las penas, sólo es una muestra

⁶⁰ Ignacio Verdugo Gómez de la Torre, Juan Carlos Ferré Olive, José Ramón Serrano Piedecabras: Manual de Derecho Penal, parte general III. Editorial Praxis. Madrid España 1992. Págs. 59-61

irracional del uso del poder que irrespeta la Constitución en razón del fin utilitario de debe tener la pena de prisión.

De lo dicho por Bustos Ramírez, respecto a las penas de amplio espectro y en relación con el fin resocializador que debe cumplir esta, se advierte que estas son perniciosas y generan en el reo una sub-cultura carcelaria nociva para su realización como persona y por ende para su readaptación, lo cual se agrava cuando más larga es la dosimetría de la pena, por lo que se infiere que la pena excesiva de libertad no puede ser resocializadora, ya que destruye la personalidad del sujeto, así también los llamados efectos de prisionización y de despersonalización que tiene la cárcel, lo cual conduce a la llamada subcultura carcelaria que aumenta la conciencia violenta o delictiva del sujeto.

Para Bustos Ramírez, el sistema clasificatorio de la Ley Penitenciaria contradice abiertamente la Constitución, y consecuentemente también el llamado régimen cerrado (establecimientos de máxima seguridad), ya que esa diferenciación con el régimen ordinario no tiene una fundamentación compatible con la Constitución.

En otro orden de ideas pero siempre en relación a los fines de la pena, Bustos Ramírez establece que en cuanto al Derecho Penal como última ratio, habría que señalar que cuando el injusto es mínimo o vago e igual en el caso de la responsabilidad y aparece la irremediable opción de imponer una pena, en razón del principio de necesidad el juzgador debe prescindirse de su aplicación; pues como menciona el propio Bustos Ramírez, las penas restrictivas de la libertad han caído en crisis, por varias razones, señalando que no logran prevenir el delito y no tienen utilidad social⁶¹.

⁶¹Juan Bustos Ramírez: Manual de Derecho Penal, Parte General. Ob. Cit. Pág. 384 – 393.

De lo dicho por Bustos Ramírez, se desprende que la pena de prisión de setenta y cinco años que se regula en el Art. 45 del Código Penal, no cumple los fines de readaptación que la Constitución establece para la pena privativa de libertad, y atenta contra el principio de rehabilitación de las personas, transgrediendo además el principio de dignidad humana y afectando en su núcleo esencial el derecho fundamental de libertad. En nuestra legislación Constitucional el del Art. 27 inciso 3º. Cn., presupone que la finalidad esencial de la pena privativa de libertad es la reforma y la readaptación social de los condenados; pero contrario a este fin, la reforma al artículo 103 de la Ley Penitenciaria, supone un fin de castigo y aislamiento social.

Es necesario entonces recalcar que la función de la pena aun reconociendo su amarga realidad ha de ser vista desde su entorno constitucional, para ello es necesario que el principio superior del ordenamiento jurídico sea la Constitución, que en sus preceptos sustente la determinación de la pena tanto en su aspecto cuantitativo como en su orden cualitativo, que los principios de dignidad de la persona, de humanidad, de justicia del Estado Constitucional, de proporcionalidad se trasmuten en valores, que estén situados en la cúspide del orden jurídico y cuyo centro sea la persona humana y por ende los mismos sean superiores a las potestades Penales del Estado.

5.2. PRINCIPIOS DE HUMANIZACIÓN, TEMPORALIDAD Y FINES DE LA PENA TUTELADOS EN TRATADOS INTERNACIONALES CON RELACIÓN AL ART. 45 No.1 C.P.

A la luz de la normativa internacional, en relación a los principios de humanización, temporalidad y fines de la pena, que a nuestro criterio están siendo vulnerados con la sanción contenida en el Art. 45 No. 1 del C.P.

Se cita en primer termino Las Reglas mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, en cuyo texto y respecto al principio de humanización de las penas expresa que el aislamiento de un interno en un centro penal no constituye una pena adecuada y por el contrario es una pena cruel, inhumana y degradante. A estos efectos debe diferenciarse entre aislamiento y clasificación de población penitenciaria, una cosa es el trato diferente clasificatorio y otro que la pena, como consecuencia jurídica del delito, se imponga con la modalidad de aislamiento.

De manera concreta la regla 32.1 de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos en su literalidad dice " las penas de aislamiento y de reducción de alimentos, se aplican cuando el medico, después de haber examinado al recluso, haya certificado por escrito que este pudo soportarlos".

Dichas penas, como se indica no son consecuencia de delito cometido, y constituye consecuencias de faltas muy graves al Régimen Penitenciario, y se ubican en el acápite de Disciplinas y Sanciones⁶².

Otro documento de normativa internacional es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual respecto de los principio en estudio, define en el Art. 7 proscribire las penas crueles, inhumanas y degradantes y que como comentario amplio establece que el confinamiento solidario prolongado de los detenidos o encarcelados puede constituir actos prohibidos de tortura; al respecto debe tomarse en cuenta que el mismo comité de Derechos Humanos a sentado precedentes al establecer que el aislamiento por más de un mes es prolongado y viola los derechos del recluso a ser tratado con dignidad⁶³; así como el Art. 10 del mismo pacto, que establece: "toda persona privada de

⁶² Reglas mínimas para el Tratamiento de los Reclusos. Naciones Unidas. Departamento de Información Pública Nueva York, 1984 Art. 32.1

⁶³ Comité de Derechos Humanos. Caso Larrosa versus Uruguay. Comunicación No. 88/1981.

libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”⁶⁴.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece también en el Art. 5.2. “Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido; inherente al ser humano”.⁶⁵

Asimismo La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, el cual establece en su Art. 2 inc. 1º. reza” para los efectos de la presente convención, se entenderá por tortura, todo acto realizado intencionalmente por el cual se infrinja a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales con fines de instigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como, medida privativa, como pena o con cualquier otro fin”. En los mismos términos el Art. 5 inciso 2º. reza: “ni la peligrosidad del detenido o penado, ni la inseguridad del establecimiento carcelario o la penitenciaria, pueden justificar la tortura”.

Siempre respecto a los principios de humanización, temporalidad y fines de la pena, La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, en su Art. 1 define la Tortura como: “ Todo acto por el cual se inflija intencionalmente, con el fin de obtener de ella o de un tercero, información o una confesión, o intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario publico u otra persona en el ejercicio de funciones publicas con instrucción suya o con su consentimiento o aquiescencia. No se consideran torturas los dolores o

⁶⁴ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Art. 10

⁶⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Art. 5.2

sufrimientos que sean consecuencias únicamente de sanciones legítimas o que sean inherentes o accidentales a estas ⁶⁶.

De todo lo antes expuesto destacamos el aislamiento es un acto de tortura por lo tanto inhumano que en razón de la humanización de la pena de prisión ya no tiene cabida en el sistema penitenciario moderno, pues inflige graves afectaciones de orden físico y psíquico al confinado y estos actos deliberados para causar mayor aflicción están proscritos como pena de acuerdo a toda la normativa internacional en el marco de los derechos humanos, pues ni aún la peligrosidad del condenado lo justifica, por ello al preverse el aislamiento como pena, en suma lo dispuesto en el Art. 45 no. 1 C.P y 103 de la Ley Penitenciaria, como pena de prisión con régimen de aislamiento especial, vulnera las disposiciones internacionales precitadas.

5.3. JURISPRUDENCIA

En esta parte se hará un análisis de cómo los principios constitucionales de humanización, temporalidad y fines de la pena consagrados en el Art. 27 Incs. 2º y 3º. Cn. antes desarrollados en la parte doctrinal, son o no vulnerados con la reforma del Art. 45 No. 1 del código penal que aumenta la pena de prisión a setenta y cinco años, de acuerdo a resoluciones de los distintos tribunales de sentencia del área de San Salvador.

Para hacer una racional e imparcial valoración del tema en estudio, se han analizado diferentes resoluciones de los seis tribunales de sentencia en estudio, emitidas después de la entrada en vigencia de la norma penal en comento, más es importante destacar que a excepción del Tribunal Tercero de sentencia que declaró inaplicable el Art. 149 y el 45 No. 1 C. P. en cuanto a la

⁶⁶ La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Art. 1

excesiva penalización, y a algunos votos razonados del Tribunal Cuarto de sentencia, el resto de los Tribunales no ofrecen mayor fundamentación en sus resoluciones por lo tanto no aportan información que sirva para apoyar o desmerecer nuestra hipótesis. En tal sentido se han tomado como fuente de información los criterios vertidos por el Tribunal Tercero de Sentencia en las resoluciones 78-2001-1ª, 42-2001 y la de referencia 252-3-2001 del Tribunal Cuarto de Sentencia.

5.3.1. JURISPRUDENCIA SOBRE HUMANIZACION DE LA PENA

Las resoluciones judiciales estudiadas que hacen alusión a este principio son unánimes en establecer - al menos en abstracto- que las penas de prisión que el poder legislativo determine a través de la norma penal, deben respetar la dignidad del ser humano y la finalidad resocializadora que debe cumplir la pena; por ello mismo, no pueden ser excesivas, por que en lugar de socializar, por su mayor duración lo que producen es la disociación del condenado; al respecto el Tribunal Tercero de Sentencia sostiene que aunque el legislador tiene libertad de configuración para disponer que penas fijará, esta discrecionalidad no es absoluta ni arbitraria, es una facultad regulada por la misma Constitución, que la subordina al respeto de los derechos fundamentales del ser humano.

Advierte el mismo Tribunal Tercero, que la necesidad de elegir medios para el cumplimiento de una pena, no justifica que el mismo restrinja los derechos fundamentales de una persona de lo que no se le puede privar incluso a los condenados a pena de prisión, la pena debe alcanzar su finalidad procurando el menor grado de lesividad de los deberes y libertades personales. Opinan los jueces que las penas de prisión de larga duración y en condiciones de confinamiento lesionan excesivamente el derecho de libertad, sacrificándolo hasta el punto de volver la pena de prisión una pena de por vida, ello denota

que las medidas elegidas en cuanto a penas exasperadas, ni cumplen su función resocializadora y si son profundamente lesivas del derecho de libertad, aniquilándolo física y psíquicamente, y ello hace que dicha pena sea inhumana.

Se desprende de las mismas resoluciones que las penas con fines perpetuos trasgreden a su vez el principio de humanización por que la sanción penal respecto a la culpabilidad queda desmedida, contrariando el principio de proporcionalidad de la pena respecto a la culpabilidad; con ello, al final se afecta también la dignidad humana, puesto que el ser humano aunque culpable no puede ser sometido a sanciones desproporcionadas, ello afecta la centralidad de la persona expresada en la Cn, que constituye el fin primordial del Estado, por lo que la finalidad principal de la pena está centrada en el rescate de la persona, para reinsertarlo a la sociedad, cuestión que no es posible con penas severas que lo confinan en la cárcel por mucho tiempo.

Se concluye también de las resoluciones en comento que para diseñar la pena, la persona humana ha de ser tomada en cuenta, tanto en lo que corresponde a la determinación abstracta de sus límites como en la modalidad o forma en que habrá de ejecutarse, es decir que la pena no es un mero objeto, sino que es el sujeto material sobre el cual recaerá la sanción, y por ende debe ser considerado respecto de la pena como un fin y no como objeto o instrumento para alcanzar fines ajenos a la realización ulterior de la persona, que en este caso están cimentados sobre la oferta de una pena verdaderamente readaptativa que potencie la socialización del condenado o al menos que no lo disocialice más y no que sea utilizada como un instrumento de castigo.

Sostienen los Jueces en sus argumentos para declarar inaplicable la norma penal que aumenta la pena a setenta y cinco años, que esta ha de estar orientada a los fines esenciales del hombre que son los que proclama nuestra Constitución de la República cuando declara en su preámbulo que la Asamblea

Legislativa establecerá los fundamentos de la convivencia nacional en base al respeto de la dignidad de la persona humana. Declaración que se concretiza en el Art. 1 Cn. al establecer que se reconoce a la persona humana como el origen y fin de la actividad del estado, que esta organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común.

Sostienen los jueces en sus resoluciones que a la luz de esos principios inspirados en la Constitución es obvio que la pena no puede legítimamente en nuestra Republica, ser excesiva como un acto de pura retribución del mal, por el mal causado, pues según el sentido de doctrinas idealistas, la pena no debe constituir un acto de venganza asumida por el Estado y sus gobernados, infligiendo la mayor cantidad de daño a la persona del condenado, ni puede ser la pena un instrumento con el que se pretende intimidar a los demás al imponerse de forma severa y despiadadamente sobre la persona que la habrá de padecer instrumentalizandola de manera irrazonada, ni puede pretender la pena, aislar, castigar o segregar a la persona humana, separándola de la sociedad por considerarla un delincuente con características especiales, al cual hay que infligir más castigo.

A criterio del mismo Tribunal esa visión retrotrae un derecho Penal proscrito por el derecho Penal democrático, pero que se traslada de manera disfrazada la ejecución de la pena desconociendo los principios de humanidad y dignidad, señalan además que el condenado por ser culpable no pierde el ejercicio de sus derechos fundamentales, estos sólo se encuentran restringidos de manera proporcional, tampoco la condena resta en nada a la persona su calidad de ser humano y el derecho a ser tratado como tal; el condenado no es un ser extraño a la sociedad, no es una especie de ente asocial, sino que a pesar de la condena forma parte importante del cuerpo social , con plenitud de sus derechos, si no se han visto afectados por una ley que goce de estimación

constitucional, de ahí que aparte de la privación de libertad los restantes derechos del reo permanecen incólumes, es por ello que la pena proporcional y no deshumanizada será un parámetro para fomentar la responsabilidad del condenado, enseñándole que aun ante su delito, la pena no es un acto de ensañamiento contra su persona. De ahí que con la pena de prisión se pierda la libertad ambulatoria de manera relativa, pero no los derechos civiles que tiene el ciudadano.

En reproche a la violación del principio de humanización, agregan los Jueces, que la efectiva tutela de los derechos fundamentales pasa por reconocer que el privado de libertad, mediante condena, mantiene indemne la dignificación como persona, se encuentra privado de libertad, pero ello no significa en un Estado Democrático de Derecho que por esa razón pierda sus derechos fundamentales; si bien la pena de prisión significa la pérdida de la libertad ambulatoria; ello no implica que el régimen de la pena de prisión afecte otros derechos fundamentales, para agudizar los caracteres de la pena, volviéndola un instrumento deliberadamente aflictivo; tal decisión sería irrazonable, desproporcional y arbitraria porque no respeta los derechos fundamentales, sino que los pretende aniquilar, causando un máximo de aflicción.

Cita la jurisprudencia que otro artículo que se violenta con las penas excesivas y la modalidad de aislamiento, aludiendo que la ley penal, para respetar verdaderamente la dignidad y la primacía de la persona, solo puede ordenar a la luz del principio de proporcionalidad, que algunos de los derechos fundamentales resulten restringidos como consecuencia de la condena,

respetando el ejercicio de los demás derechos fundamentales que estatuye el Art. 2 de la Constitución⁶⁷.

Establece además la jurisprudencia que hay un principio que subyace en todo orden Penal y que funciona como limite a los excesos, es el principio de dignidad humana; que adquiere mayor relevancia en lo pertinente a las consecuencias jurídicas del delito. Las penas y también las medidas de seguridad aunque restrinjan legítimamente derechos fundamentales de las personas, no deben confrontar la dignidad humana de la persona, ese es el limite irrebasable para la determinación de las sanciones en su ámbito cuantitativo y cualitativo. Es por ello, que están proscritas de nuestro ordenamiento, toda pena que explícitamente o implícitamente signifiquen penas perpetuas o aquellas que por su forma de ejecución sean tormentosas, degradantes o impliquen un trato cruel e inhumano; la razón es que tales penas, resabios de un Derecho Penal pretérito, afrentan a la racionalidad del concepto del hombre y a su dignidad como ser humano. Y es que nuestra Constitución reconoce a la persona humana como centro y fin de toda la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común⁶⁸. De ahí que toda la actividad del Estado, en este caso la sancionadora, debe respetar la primacía del ser humano.

Sostienen los Jueces que su visión solo resulta contrapuesta por visiones autoritarias del poder, que asumen fines trascendentales al de la persona humana por el contrario; el Derecho Penal y los poderes del que éste emana,

⁶⁷ Constitución de la Republica 1983. Art. 2: toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegido en la conservación y defensa de los mismos; se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

⁶⁸ Constitución de la Republica. Ob Cit Art. 1

deben respetar al hombre como fin y no volverlo medio, destruyendo con ello la dignidad de la persona.

De lo dicho por los Jueces se advierte que el ser humano es digno, por la sola razón de ser hombre y los fundamentos que se han dado a tal abolengo, son variados y todos ellos atendibles a dimensiones religiosas, ontológicas, éticas y sociales. Entre otros hay cuatro aspectos fundamentales que el Estado en toda su actividad debe no solo respetar sino asegurar:

- a. que en virtud de esa dignidad, la persona humana, no puede ser discriminada en forma alguna;
- b. que por dicha dignidad el ser humano, aunque se encuentre en una situación que afecte su condición biofísica, psíquica o social, no pierde la jerarquía de persona humana;
- c. que toda persona humana, en atención a esa condición, no puede ser privado esencialmente de sus derechos fundamentales;
- d. que la persona, por su dignidad, no puede ser objeto de instrumentalización.

Al respecto citan los Jueces que nuestra Constitución prohíbe en el Art. 27, no solo las penas perpetuas, infamantes y proscriptivas, sino también toda especie de tormento, señalan que la interpretación al respecto debe ser amplia, se prohíbe que el Estado o los particulares por cualquier forma impongan a la persona humana, cualquier clase de actividad que constituyan tormento de "toda especie". Entendiéndose lingüísticamente a la acción de atormentar como todo dolor o padecimiento grande, figurativamente alcanza los actos que son angustia o aflicción.

Técnicamente el tormento como pena implica un castigo expiatorio que inflige dolor o daño, que puede ser corporal o moral, la pena de prisión se entiende como una acción aflictiva, más si le agregamos un período de prisión

en aislamiento, comporta una especie de tormento, puesto que no se negará que dicho confinamiento acrecentará el daño moral en el condenado, lo cual inclusive puede afectarlo corporal y síquicamente, en suma se trata de un castigo que pretende inferir una mayor dosis de aflicción y sufrimiento por la característica de esa privación de libertad, mediante aislamiento; ello como ya se dijo antes contraviene el Art. 27 Cn. que prohíbe cualquier especie de tormento y el estar privado de libertad aislado, es un tormento que atenta contra el principio de humanización y fines de la pena.

Puntualizando respecto a la humanización de la pena diremos que La jurisprudencia consultada establece que la pena de prisión es cruel, inhumana y degradante por las siguientes razones:

- a. una pena es de la naturaleza que afirmamos cuando es excesiva, vale decir desproporcionada, ello porque entramándose la pena de prisión, con el aislamiento se pierde toda noción de rehabilitación y se opta por la inflicción de un castigo, confinando a la persona aisladamente en su pena privativa de libertad;
- b. una pena es cruel, inhumana y degradante, cuando no es razonable, la irracionalidad está asociada al principio de proporcionalidad y mide los efectos perjudiciales que como consecuencia se generan de la restricción de los derechos; así cuando el derecho se limita de manera desmedida, la restricción, en este caso la pena de prisión, es ya irrazonable; aun dentro de su carácter aflictivo;
- c. una pena es cruel e inhumana cuando es innecesaria, y ello debe medirse respecto del criterio de función de la pena, vinculado al de idoneidad, respecto del principio de proporcionalidad. Bajo ese esquema no es necesario para la rehabilitación del condenado el aislamiento para el

cumplimiento de la pena, sino por el contrario pues el aislamiento potenciará aún más la disociación del condenado;

- d. una pena es cruel e inhumana cuando es fijada arbitrariamente, la arbitrariedad puede tener diferentes connotaciones, en el área de creación de sanciones, la pena será arbitraria cuando no se respete los principios constitucionales, en esta caso el de humanización, resocialización, proporcionalidad, y cuando no se observen los cánones de los Pactos suscritos por el Salvador, y que también son ley de la republica;
- e. la pena es cruel e inhumana cuando produzca dolor o sufrimientos indebidos. La pena de prisión; ya de por si es aflictiva, se agrega que un período de ejecución de la misma será cumplida en aislamiento en celda o pabellón especial, esa aflictividad se agudiza y dicho confinamiento es generador de un sufrimiento que ya es indebido, ello lesiona indebidamente el derecho de dignidad personal e incluso el núcleo esencial del derecho de libertad y por ende la pena es cruel e inhumana, violando a su vez el principio de proporcionalidad ⁶⁹.

En otro orden de ideas siempre en relación a la jurisprudencia; la Corte Interamericana de Derechos Humanos, define que deshumanizante también se considera el aislamiento como modalidad del cumplimiento de una pena de prisión, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en diversas ocasiones en situaciones similares, exponiendo entre otros los argumentos siguientes: “ una de las razones por las cuales la incomunicación es concebida como un instrumento excepcional es por los graves efectos que tiene sobre el detenido. En efecto, el aislamiento del mundo exterior produce en cualquier persona sufrimientos morales y perturbaciones psíquicas, la coloca en

⁶⁹ Tribunal Tercero de Sentencia. Ref. 78-2002-12-07

una situación de particular vulnerabilidad y acrecienta el riesgo de agresión y arbitrariedad en las cárceles”⁷⁰

“El aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva a los que se ve sometida la víctima representan, por si mismos, formas de tratamiento cruel e inhumano, lesivas de la integridad psíquica y moral de la persona y del derecho de todo detenido al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano⁷¹. El aislamiento como agregado a la pena de prisión, hace involucrar el principio de la humanización de las penas. La primera forma privativa de libertad en aislamiento tuvo lugar en la llamada “prisión canónica” que por fines propios de redención establecía la “pena penitencial”, el régimen que se utilizó fue el celular como una forma de aislamiento en soledad, con el fin de que se expiase el pecado y dar lugar al arrepentimiento, a la enmienda y a la salvación.

5.3.2. JURISPRUDENCIA SOBRE LA TEMPORALIDAD DE LAS PENAS

Se desprende de la jurisprudencia consultada que para los Jueces la pena de prisión debe ser un mecanismo que no tienda a la drasticidad, señalando que es entendible que la pena tenga un contenido simbólico, ello siempre será así, dado que se trata de una conminación Penal, que amenaza al ciudadano con privarlo de sus derechos, y ese fin instrumental será legítimo, siempre que no sea excesivo, citando para el caso el aumento a la pena de prisión que eleva su cuantun a setenta y cinco años, contenida en al Art. 45 No. 1 C.P.

Señalan que las penas de amplia duración, no cumplen ni con su cometido de prevención general, es decir que no transmiten el mensaje de “ejemplarizantes” ni tampoco con el cometido de permitir la reincorporación del

⁷⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Suárez Rosero. Sentencia de 12 de noviembre 1997. párrafo 90

⁷¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Fiaren Garbi y Solís Corrales. Sentencia de 15 de marzo 1989. párrafo 49.

delincuente, sostienen la jurisprudencia que esos efectos preventivos generales exacerbados trasgreden lo establecido en el Art. 27 inc. 2º. de la Constitución, en cuando a que prohíbe las penas perpetuas.

Siempre en el mismo entorno, los Jueces manifiestan que el Art. 45 No. 1 C.P. cuya pena esta estipulada en setenta y cinco años de prisión cuya constitucionalidad se enjuicia en esta investigación, encierra una clara posición de política Penal que ha tomado el legisferante, y es que las personas que sean sancionadas con la pena que determina este artículo no tengan ninguna opción de libertad, es decir ningún beneficio penitenciario, por lo que el inculpado tiene que cumplir necesariamente toda la pena de prisión. Esta decisión expresan los Jueces que debe valorarse no aisladamente sino en los márgenes de la pena de prisión que tiene fijado cada delito en particular, pues debe tomarse en consideración la edad de la persona sujeto de derecho penal que en nuestro ordenamiento es no menos de dieciocho años de prisión en el régimen ordinario.⁷²

Consideran los jueces de sentencia de los tribunales citados que una pena de hasta setenta y cinco años de prisión, a la cual se añade la prohibición del beneficio de la libertad condicional, implica tener que cumplir toda la pena de prisión, lo cual importa ya una especie de pena de prisión perpetua, que si bien es cierto no es expresa, si constituye materialmente una verdadera pena de esa especie, que de manera sutil a sido encubierta de una pena relativamente indeterminada pero ya hurgando en su materialidad es una pena de toda la vida en el centro Penal, no se trata de una pena propiamente temporal, sino que implícitamente de una prisión perpetua.

⁷² Art. 17 Código Penal.

Plantea la jurisprudencia que las penas perpetuas pueden ser expresas y tacitas. Cuando el legislador las plantea explícitamente y las describe como aquellas penas que tendrán que ser cumplidas por el resto de la vida del condenado, es decir se trata de una sanción vitalicia consistente en el extrañamiento del condenado del resto de la sociedad a consecuencia de la comisión de un delito, pero las penas de prisión perpetuas, pueden ser concebidas de manera más sutil, que son precisamente las denominadas formas implícitas de prisión perpetuas, en las cuales a pesar de que la norma jurídico Penal no reconozca formalmente ese confinamiento de por vida, sí, lo hace al no establecer un parámetro temporal de la pena que sea proporcional a las expectativas de vida de los condenados.

En opinión de los jueces de sentencia del Tribunal Tercero al declarar la inaplicabilidad del Art. 45 No. 1 del código Penal que señala setenta y cinco años de prisión, es por que se deja claro que el pretender que una persona pueda estar en prisión hasta setenta y cinco años, constituye ya una pena perpetua, si se toma en cuenta que en el derecho penal de adultos, la edad para hacerlo efectivo con todo su rigor punitivo parte de los dieciocho años de edad según el Art. 17 del código Penal; aunando que la disposición penal citada establece que la persona juzgada no podrá tener acceso a ningún beneficio penitenciario, lo que como consecuencia obvia ilustra que el penado permanecerá un mínimo de noventa y tres años de prisión efectivamente cumplidos en el régimen penitenciario, en tales condiciones la prohibición de gozar de beneficios penitenciarios convierte a la pena de prisión en un verdadero confinamiento de por vida en el sistema carcelario, y ello no es otra cosa más que una pena perpetua que de manera implícita se ha implantado en el Código Penal, contraviniendo con ello el principio constitucional que prohíbe las penas perpetuas preceptuado en el Art. 27 Inc. 2º. Cn. y lesionando en su

núcleo esencial la dignidad de la persona humana y el derecho fundamental de la libertad, dado que el aumento a setenta y cinco años de prisión significa el aniquilamiento de la vida de las personas juzgadas.

La jurisprudencia sostiene que la prohibición de las penas perpetuas explícitas o implícitas, tiene un sentido en la Constitución, y es por que si esta fuera permitida se estaría desobedeciendo el respeto a la dignidad humana y a la centralidad del hombre como fin del Estado, pues si ello es así, es obvio que la pena de prisión debe reflejar esa concepción humanista y lo hace en el Art. 27 Inc. 3º. Cn. cuando establece que la función de la prisión será esencialmente la readaptación del condenado. Tal principio de rehabilitación de la persona condenada es transgredido flagrantemente cuando se disponen penas que generan materialmente un confinamiento de por vida del recluso, ello sin duda alguna destruye la función rehabilitadora que la pena pretende como forma de legitimación para restringir el derecho a la libertad. Esa función de resocialización del penado que debe de cumplir la prisión como consecuencia jurídica del delito no es compatible con la pena de prisión de setenta y cinco años y que constituye una pena perpetua, pues implica determinar un extrañamiento de la vida ordinaria de la sociedad por el resto de la vida del recluso.

Estima la jurisprudencia que no se debe perder de vista la finalidad de la pena de prisión en el esquema constitucional pues su observancia es imperativa, por lo tanto las penas que el legislador fije tienen que tener una opción que siempre permita realizar una verdadera realidad de oportunidad readaptativa del inculpado, si la pena por su duración ya no permite razonablemente estos efectos la misma es desproporcionada, llegando en el caso del Art. 45 No. 1 C.P. a constituir una prisión vitalicia, pues el someter al condenado a un extrañamiento tan prolongado es irrazonable, mucho más si el mismo es por

vida, desnaturalizando el fin de la pena de prisión prescrito por la Constitución, el cual sólo se puede alcanzar si se ejecuta adecuadamente un tratamiento penitenciario que de acuerdo a las mencionadas reglas mínimas para el tratamiento de reclusos, deben tener por objeto, en tanto que la duración de la condena lo permita, inculcarles, la decisión de vivir conforme a la ley, mantenerse con el producto de su trabajo, y crear en ellos la aptitud para hacerlo. Dicho tratamiento estará encaminado a fomentar en ellos el respeto de si mismos y desarrollar el sentido de responsabilidad.

5.3.3. JURISPRUDENCIA SOBRE FINES DE LA PENA.

En las resoluciones Judiciales consultadas, los Jueces determinan que ante toda sentencia a pronunciar se debe reparar antes en cuales son los fines de la pena en un estado constitucional de Derecho, cual es la función de esta y porque es necesaria, pues se sabe que esta constituye una restricción grave a los derechos fundamentales de una persona, no obstante es legitima cuando se utiliza racionalmente.

Expresan los jueces de sentencia en sus resoluciones que el derecho penal es la forma más violenta de control social, que el Estado, de manera formalizada, ejerce sobre los sujetos a su jurisdicción y que estas formas de control se ejercitan de la siguiente manera:

1º. Mediante la conminación de la pena, es decir, mediante la prohibición de ciertas conductas, bajo amenaza de pena.

2º. Ante la realización de tal prohibición, si ella ha sido de una manera ilícita y culpable, la sanción se aplica a quien ha resultado responsable de la misma.

3º. La pena impuesta como consecuencia del delito, debe ejecutarse, por lo que la persona se ve afectada en alguno o algunos de sus derechos fundamentales. En este ámbito juegan un papel coadyuvante, el legislador, el juez y la

administración penitenciaria a través de los jueces de vigilancia penitenciaria; el legislador por que crea las conductas y fija las penas, para lo cual tiene un amplio poder configurativo que únicamente debe encontrar sus límites en la Constitución y todo su bagaje de principios y garantías; el segundo aspecto dicen los jueces les corresponde a ellos como poder judicial, dado que son el único órgano que con exclusividad juzga conductas e impone penas, precedido de la acusación del órgano requirente; y por último la ejecución de la pena, que aunque corresponde a sede administrativa, en su aplicación directa, esta sujeta siempre en su realización al poder tutelador de la jurisdicción, mediante los jueces de vigilancia respectivos. Las acciones que en razón de sus funciones realicen cada uno de estos autores ha de ser congruente con el respeto a la dignidad humana, ya sea que se piense en la determinación abstracta, su merecimiento concreto, o en cuanto a las formas de ejecución; la pena en su conjunto, siempre debe estar inspirada por la limitación de ese poder punitivo, por lo tanto no puede haber un abuso excesivo e irrazonable de la pena que la vuelva desmedida.

Establecen los jueces, que la pena no es un fin en si misma; es decir, que no puede legitimarse por ella misma, sino que debe tener determinadas finalidades; consecuente con esta posición la misma Sala de lo Constitucional ha reconocido en diferentes resoluciones, que la pena no es un castigo o la forma de venganza que opte 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; ni tampoco cuando se ejecuta; pues pensar de esta manera sería retroceder en la aplicación de penas a sistemas penitenciarios en los que la pena de prisión era meramente retributiva, que buscaba la expiación del delito, mediante el sufrimiento del que la padecía.

Para la jurisprudencia la pena tiene un sentido ético, que la diferencia del simple castigo pues aunque constituya una privación de derechos; busca la readaptación de quien ha delinuido, como alternativa que el estado debe garantizar, aunque el individuo no la asuma. Además se señala y como ya se dijo antes en la parte doctrinal, la pena también se impone aunque no sea reconocido expresamente, en razón de la importancia que el Estado otorga a determinados bienes jurídicos, mediante la tutela Penal; bienes que se ven reconfirmados cuando la norma se transgrede y tiene que imponerse una sanción al que culpablemente ha quebrantado ese orden normativo.

Afirman los Jueces que la pena, no puede ser un instrumento irracional que pretenda buscar un castigo como especie de reivindicación pública, ante el delito, la pena sólo se justifica; si a partir de ella puede reintegrarse al individuo al tejido social, brindándole una propuesta de readaptación determinando que lo que antes se entendía como venganza o castigo, ahora en un Estado Constitucional, se concibe como una opción de recuperación del hombre, es así como la noción de pena que emana del Art. 27 Inc. 3º Cn. no es para seres inconversos; es decir, 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 ser un hombre realmente útil al orden social, tampoco debe ser en el orden de importancia de la finalidad de la pena, la protección de los bienes jurídicos y la vigencia del derecho por encima de los fines de readaptación del penado.

Señalan los Jueces que las penas de prisión que el legislador determine, deben ser consecuentes con el respeto a la dignidad del ser humano y la finalidad resocializadora de la pena; por lo mismo las penas, no pueden estar desvinculadas de un fin integrador, por que en lugar de socializar, por su falta

de utilidad social lo que se producirá será un déficit en la reincorporación del individuo a la sociedad, es por ello que de la opinión de los Jueces se establece que aunque el legislador tenga libertad de configuración para disponer que penas fijará, esta discrecionalidad no es absoluta ni arbitraria, es una facultad regulada por la misma Constitución, que subordina esa facultad legislativa a los principios de dignidad humana y de una pena utilitaria hacia la readaptación del condenado. De ahí que si la pena es ya excesiva en su determinación por el legisferante, cuando fija los límites abstractos de la misma en sus rangos mínimo y máximo, esa pena por estar desprovista de la finalidad resocializadora es lesiva del principio de prohibición de exceso de la pena.

Se establece en la jurisprudencia que la pena no puede ser un instrumento irracional que pretenda buscar un castigo como especie de vindicación pública, porque está erguida sobre la razón y es que la pena solo se justifica si a partir de ella puede reintegrarse al individuo al tejido social, brindándole una propuesta de readaptación y generando un razonable sentimiento de la importancia de la tutela de los bienes jurídicos, siempre la pena debe tener esa visión de ser un instrumento de reincorporación del individuo.

Añaden que la pena en nuestro sistema constitucional, según su interpretación gramatical, ejerce una función utilitaria, pues busca en primer lugar la resocialización del condenado a pena de prisión, específicamente en lo relativo a la pena el principio de utilitarismo se manifiesta con la creación de la pena que hace el legislador y la aplicación de la misma que hace el juez, solo y estrictamente en la medida y grado necesario para que la pena que se imponga cumpla con esa finalidad esencial de resocializar sin desnaturalizar su carácter utilitario o instrumental en relación a tales fines, más la pena dispuesta en el Art. 45 No. 1 C.P. en su cumplimiento material se aleja del respeto a los

principios fundamentales que emanan de la interpretación del Art. 27 Cn. en lo relativo a la humanización de la pena, la temporalidad y los fines de utilidad social que esta debe cumplir en la significación de una oportunidad de integración para el penado.

En el marco de lo expuesto consideran los jueces que el punto fundamental está en preguntarnos, si una pena de setenta y cinco años de prisión tiene por finalidad cumplir con el principio de rehabilitación del condenado que específicamente establece el artículo 27 en su Inc. 3º. de la Constitución, coincidimos con los tribunales en que una pena de privación de libertad con esa cuantía en sus límites, hace inalcanzable una verdadera opción de readaptación del condenado, y lo que se persigue con penas de amplio espectro como la discutida, es el aniquilamiento de la persona, por la segregación que de ella se hace respecto de la sociedad; no es posible pretender cumplir penas con fines readaptativos con la sanción penal discutida, dado que esta por su larga duración implicara que la vida de la persona transcurra dentro de la institución carcelaria. Con ello se degrada el principio de humanidad de las penas y se afecta los núcleos esenciales de la dignidad humana y de la libertad, puesto que la pena bajo parámetros excesivos, ya no es un instrumento al servicio de la readaptación del hombre, sino un mecanismo que pretende encerrar por el mayor tiempo a las personas, apartándolas de la oportunidad de integrarse nuevamente a la sociedad.

Expresa la jurisprudencia que con penas de setenta y cinco años, queda proscrita toda posibilidad de que se cumplan fines de readaptación, y contrariamente se percibe que como política penal, se piensa que por su larga duración de cumplimiento la pena devolverá a la sociedad personas en una etapa de senitud, que por esa razón ya no representan un factor criminógeno.

Establecen los Jueces que si esta tesis fuera acertada, tal idea de prevención no es de recibo por la Constitución que inspirada en la supremacía de la persona humana como centro de la actividad del estado, en materia punitiva ha optado por la visión de que la sanciones deben tender sobre todo a la readaptación de las personas, y ello significa, la oportunidad que debe tener el recluso de volver al seno de la sociedad, cuando haya cumplido su pena, en condiciones de vida tales que le permitan una verdadera incorporación al tejido social.⁷³

Apunta la jurisprudencia que en razón del principio de proporcionalidad, la reforma del Art. 45 No. 1 C.P. en la que se incrementa la pena a setenta y cinco años de prisión y prohíbe cualquier beneficio penitenciario, imponiendo el cumplimiento total de la pena, hay un irrespeto a los mismos, y en el marco de su fundamentación cita los siguientes criterios:

El primer fundamento del principio de proporcionalidad, es la llamada idoneidad de los medios utilizados, los cuales deben razonablemente garantizar el fin propuesto, hay que preguntarse si exasperar la pena a setenta y cinco años de prisión ayuda, potencia o realiza la función de la pena de readaptar a las personas; y si la prohibición absoluta de libertad condicionada que impone un cumplimiento total, aunque sea de por vida, ayuda en manera a la resocialización de las personas. De parte de los Jueces en mención la respuesta es negativa, pues sostienen que el endurecimiento de las penas a niveles maximizados de setenta y cinco años, no presentarán colaboración a la readaptación del individuo; tampoco la prohibición de libertad condicional ayudará a readaptarse a la persona y es que para los mismos se ha perdido la dimensión de que la libertad condicional que es un subrogado que el interno logra con su comportamiento, es uno de los pilares fundamentales de la función

⁷³ Tribunal Cuarto de Sentencia. Ref. 252-3-2001

de la resocialización, pues tal beneficio solo se explica bajo el sentido de que, quien da muestras reales del cambio de su conducta, obtiene una libertad anticipada, porque la pena en prisión ya es innecesaria según el grado de resocialización.

En suma se puede decir que el aumento de setenta y cinco años a la pena de prisión y la prohibición de beneficios penitenciarios, no son idóneas para alcanzar el fin de la pena, que es la resocialización del condenado y por ende constituyen una pena desproporcionada⁷⁴.

5.3.4. JURISPRUDENCIA RESPECTO AL RÉGIMEN DE INTERNAMIENTO ESPECIAL DESDE LA VISIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE HUMANIZACIÓN, TEMPORALIDAD Y FINES DE LA PENA

En términos del reenvío que hace el Art. 45 No. 1 C.P. al Art. 103 de la Ley Penitenciaria, en el que se establece que la pena de prisión que menciona el Art. 45 No. 1 C.P. que es de setenta y cinco años con la modalidad de cumplirse en un régimen de encierro especial, del cual se describen sus peculiaridades en el mencionado artículo; las sentencias condenatorias analizadas hacen alusión en específico a que tanto la dosimetría de la pena de prisión como también las condiciones de su cumplimiento no son respetuosas de los principios constitucionales relativos a la respeto a la dignidad, humanización de la pena y fines de la pena.

El mencionado reenvío al Art. 103 de la Ley Penitenciaria, al que se refiere el Art. 45 No. 1 C.P. que determina las condiciones de cumplimiento de la pena de prisión reza en su literalidad: " los internos que sean enviados a los centros de seguridad por su alto índice de agresividad, o peligrosidad o hayan

⁷⁴ Tribunal Tercero de Sentencia. Ref. 78-2002-12-07

sido condenados por delitos de narcotráfico, crimen organizado, homicidio agravado, violación, secuestro, o que fueran reincidentes estarán sometidos a un régimen de internamiento especial, de conformidad al Art. 45 del C.P. que implicará las siguientes limitaciones:

1. el cumplimiento aislado de la pena en celda o pabellón especial;
2. restricción a su libertad ambulatoria dentro del centro de detención;
3. prohibición de obtener información televisiva, y el material escrito que reciban deberá ser supervisado;
4. comunicaciones telefónicas Internas, supervisadas o monitoreadas;
5. las visitas familiares sólo podrán ser realizadas ante la presencia de custodio con separación que evite el contacto físico; y
6. en ningún caso será permitida la visita íntima.

Por la naturaleza de nuestro tema de investigación sólo retomaremos lo concerniente a los dos primeros numerales del artículo antes mencionado.

Se establece en las resoluciones judiciales consultadas que el reenvío del artículo 45 No. 1 del Código Penal al artículo 103 de la Ley Penitenciaria, permite que esas restricciones al derecho de libertad en sus diferentes manifestaciones, se asocien como parte de la pena de prisión, llevando la pena a alcances más allá del criterio meramente cuantitativo, dado que se extiende al aspecto cualitativo de la pena privativa de libertad, a la cual, aparte de la restricción de la libertad locomotiva se suman por reenvío otras restricciones que atañen un agudizamiento mayor a la libertad ambulatoria, al precisar que parte de la pena se cumpla asiladamente, que la libertad deambulatoria ya de por sí restringida al centro penitenciario, se limite aún más dentro del centro Penal.

Al hacer la comparación de los principios tutelados en el Art. 27 Incs. 2º, y 3º Cn. referentes a la humanización, temporalidad y fines de la pena y la

reforma del Art. 45 No. 1 C.P. determinan los Jueces que se invierte totalmente el sentido de ambas normas, pues en primer lugar se vulnera el principio de proporcionalidad al asociar a la pena de prisión una condición de suma aflictividad, como es el aislamiento, ello es la regla general; pues constituye un elemento de la pena de prisión y esta no es otra cosa que la consecuencia jurídica de un delito, por ende, importa un trato desmedido que vulnera el principio de dignidad humana, contenido en el Art. 1 Cn. y desarrollado en el Art. 2 C.P. que dice literalmente: " toda persona a quien se atribuya un delito o falta, tiene derecho a ser tratado con el respeto a la dignidad inherente al ser humano.

El régimen de encierro especial al que hacemos alusión consiste en la parte que nos atañe, a que la pena de prisión por un período de tiempo del diez por ciento de la condena total, se manda a cumplir bajo el sistema de aislamiento, mejor conocido como de "confinamiento celular" en el cual el recluso pasa solitario o aislado, vulnerando como ya se dijo, los principios de humanización, y por ende el de fines de la pena, pues al aislar al inculcado, no se resocializa sino que contrariamente disocia al penado que sufre este tipo de penas.

5.3.5. JURISPRUDENCIA DE INAPLICABILIDAD DE LA NORMA PENAL

La jurisprudencia consultada establece que el Juez puede hacer uso de la inaplicabilidad en virtud de lo dispuesto en el Art. 172 Cn. que manda a los jueces estar sometidos únicamente a la Constitución como ley primaria, asimismo el artículo 235 Cn. que les impone el cumplir y hacer cumplir la Constitución; además el artículo 246 Cn. que establece que los principios, derechos y obligaciones que estatuye la Constitución no pueden ser alterados por las leyes que regulen su ejercicio; y el artículo 185 Cn. que les confiere el

poder de declarar inaplicable cualquier disposición legal de otros órganos que contraríen preceptos constitucionales.

En tal sentido señalan los Jueces que tienen la potestad de declarar inaplicable cualquier norma que contraríe la Constitución expresa o implícitamente, para el caso concreto se citan el Art. 149 y 45 No. 1 C.P. los cuales ya han sido declarados inaplicables por el Tribunal Tercero de Sentencia⁷⁵, pues incrementan la pena de prisión a medidas exorbitantes, lesionando de esta manera los fines de la pena que estatuye el Art. 27 Cn. pues no puede haber resocialización para quienes sean objeto de la aplicación de una condena que implícitamente puede ser perpetua por lo excesiva de la misma y al no haber la posibilidad de subrogaciones penales, profundizándose la forma de penalizar por las condiciones deshumanizantes en que habrá de cumplirse pues debe hacerse en aislamiento físico y social; todas estas trasgresiones a la Constitución deben llevar al poder judicial a declarar la inaplicabilidad de dicha norma.

5.3.6. JURISPRUDENCIA SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD

Respecto a este punto medular de la investigación, la jurisprudencia determina que el agravamiento de la pena de tal forma que exceda la medida y grado necesarios para el cumplimiento de sus fines, deviene en inconstitucionalidad por violentar los principios de humanización, temporalidad y la función de la pena privativa de libertad preceptuada en el artículo 27 de la Cn. sostienen los jueces en sus resoluciones que la inconstitucionalidad no debe verse solo desde la aplicación simple de la ley, que es de exclusiva competencia del poder judicial, sino que parte desde la formulación de la norma que construye el tipo Penal, función que en virtud del principio de legalidad le

⁷⁵ Tribunal Tercero de Sentencia. Ref.78-2000-1ª. Ob. Cit.

corresponde al órgano legislativo. Por lo tanto consideran errónea la visión de que es al juzgador a quien le compete, haciendo uso de la sana crítica, ponderar la racionalidad de la pena que habrá de imponer, cuando la ley penal ya le determina los parámetros en lo que debe oscilar la imposición de la pena, es decir que su función de sancionar se reduce considerablemente por los rangos que le establece el legislador en la norma, y que no obstante venir de un órgano que debe reconocer la supremacía constitucional la desconoce creando penas tan excesivas como lo es la de setenta y cinco años de prisión para ciertos delitos.

A manera de buscarle justificación a la acción del legislador al aumentar la pena de prisión a un límite de setenta y cinco años de prisión, sostienen los Jueces que esta no tiene más asidero que el de una implantación de política penal de mayor drasticidad hacia el delito; es decir, se decide elevar el rango de la pena por una mayor aspiración de que los hechos sean castigados para servir de ejemplo y así prevenir delitos, sin embargo, esta justificación que en el ámbito no profano, se determinaría como una vocación por la prevención general negativa de la pena, lo cual de acuerdo a criterio de los Jueces este presupuesto no cumple con los fines constitucionales de la pena de prisión. La pena desde la Constitución, no está concebida para que el delincuente sea sancionado más drásticamente, o con mayor severidad mediante penas dilatorias, que buscan infligir un mayor castigo y mostrar un panorama de dureza ante el delito.

La pena de prisión como ya la jurisprudencia lo ha citado antes, es una pena dotada de utilidad para tratar de rehabilitar a la persona del delincuente, dándole expectativas de reincorporación, fundamento de ello son las penas razonables, no exacerbadas en cuanto a los límites de privación de libertad que impongan; una pena que no asuma esa naturaleza, pierde su perfil de opción de

readaptación y se transforma en un mero instrumento de castigo, incompatible con la formulación de una pena que tenga por centro al hombre que aún siendo delincuente, no pierde la dignidad de ser persona humana. Es por ello que, ante la dureza de las penas, la decisión que asume la sala de lo constitucional en muchas de sus resoluciones, es totalmente justa y preservadora del orden constitucional, al establecer que el agravamiento de las penas adoptadas como una medida para sancionar con mayor severidad a los delincuentes no se adecua a la finalidad prescrita por el Art. 27 Cn. pues se desnaturaliza su función resocializadora y se convierte en un mecanismo intrínsecamente represivo, concluyéndose en su inconstitucionalidad.

Concretizan los Jueces que la reforma de que fuere objeto al Art. 45 C.P, que incrementó la pena a setenta y cinco años de prisión, es excesiva y tiene como único fundamento, la mayor sanción a la criminalidad, a partir de infligir el mayor mal posible por el delito cometido, sin otro propósito que la exacerbación punitiva. Lo anterior se podría justificar en un Estado autoritario, pero no en uno que se precie de ser Democrático y en el cual impera la Constitución, porque la pena, en el orden Constitucional no se vislumbra como un instrumento atormentador del ser humano, capaz de infligirle todo el mal que sea posible mediante la privación de sus derechos. Al contrario, la pena, desde la Constitución, es un instrumento que se justifica esencialmente por ser una opción de rehabilitación, no pretende hacer sufrir al condenado como acto de venganza, ni confinarlo por largo tiempo para apartarlo de la sociedad; la pena en suma, no es aunque tenga por naturaleza un carácter aflictivo un mecanismo de exclusión social, sino que aspira a ser un mecanismo integrador de la persona que ha delinquido. En tal sentido, las penas drásticas que únicamente tienen como fundamento, generar un mayor rigor en la privación de los derechos fundamentales, desnaturalizan la misión resocializadora que la

Constitución le otorga a la pena, al señalar su finalidad de readaptar a las personas y la misma protección de bienes jurídicos que tienen sentido intrínseco y extrínseco; y al alterarse esa finalidad ante penas excesivas, se transgreden los principios de dignidad humana y su función rehabilitadora, así como los principios de culpabilidad y de proporcionalidad; en este último caso, en su variante de prohibición de exceso que exige que las penas que se adopten sean ponderadas de acuerdo al disvalor del hecho, pero también a la culpabilidad del autor, y una pena desproporcionada rebasa la culpabilidad del justiciable la cual no es ilimitada.

Se advierte en las resoluciones que es admisible concluir que cuando una norma deviene en inconstitucionalidad, la primera es decir por la que fue reformada recobra su vigencia si a consecuencia de ello pueden resultar graves perjuicios que afecten la normalidad de la vida institucional del país, pues también esta fue creada por el legislador y es una norma que ha gozado de constitucionalidad y que al final contenga una pena que en todo caso es también más favorable a los imputados por lo que en nada se perjudica el principio de *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*. Se añade también un precedente establecido por la Sala de Lo Constitucional al establecer que es viable cubrir cualquier vacío creado a partir de las declaraciones de inconstitucionalidad, lo cual puede ser aplicado por los tribunales judiciales, porque a ellos, según mandato del Art. 185 Cn. se les ha encomendado el control de la constitucionalidad, la Sala al respecto expresa " cuando un caso no tiene una norma a partir de la cual puede solucionarse, ni expresa ni tácitamente, o que teniéndola esta es manifiestamente errática o contraria a la constitución; en tal caso amparase incluso la facultad aplicadora del juez con la consecuente obligación del juzgador de cubrir el vacío que se haya generado"⁷⁶.

⁷⁶ CSJ. Sala de lo Constitucional. Sentencia de Amparo. Referencia 787-99. 11 de julio 2001

En el marco de lo expuesto se sostiene que el Art. 45 No. 1 C.P. reformado es contrario a la Constitución si lo contrastamos con el Art. 27 de la Carta Magna, por lo que, el Juzgador al declarar la inaplicabilidad el Art. 45 No. C. P. por considerarla contraria a la Cn. ante tal inaplicación, este debe cubrir el vacío creado, y dado que en materia penal la lealtad hacia el principio de legalidad, prohíbe configurar penas al juez; la forma de respetar el principio de legalidad, es reconocerle vigencia a la norma anterior que era una emanación del poder legislativo y que era constitucional, con ello el juez no está creando ninguna pena, ya que ésta ha sido creación del legisferante, y cumple con los parámetros de constitucionalidad y con ello queda a salvo el principio de legalidad.

Determinan los Jueces que las penas excesivas en abstracto, fijadas por el legislador, quebrantan principios de prohibición de penas perpetuas, puesto que la pena en su mayor volumen sólo obedece a fines de un mayor castigo del delito, lo que no es constitucionalmente válido cuando por esa laxitud de la pena, ésta se vuelve desproporcionada; los efectos materiales de la sanción Penal generan un encarcelamiento por el cual la persona condenada pasará el resto de su vida en prisión.

Establece la jurisprudencia que estas formas discretas de insertar penas de prisión con una modalidad encubierta constituyen verdaderos fraudes a la Constitución, puesto que de una manera latente se viola el orden constitucional que para nuestro caso conjura las penas perpetuas, al prescribir el Art. 27 Cn. que se prohíbe la prisión por deudas, las penas perpetuas, las infamantes, las proscriptivas y toda especie de tormento.

La dosimetría en abstracto de la pena, es una elección del legisferante en la cual tiene amplios poderes de configuración, pero ello en ningún caso significa arbitrariedad al legislar, los límites para graduar el merecimiento de la pena, le están dados al legisferante por el respeto de la Constitución y sus principios, en el caso de la pena privativa de libertad, debe respetarse el principio de resocialización o de rehabilitación de la persona condenada por delito. Tal consideración ya ha sido manifestada por la Sala de lo Constitucional al indicar que la determinación en abstracto de tal monto máximo de la pena es facultad libre del Órgano Legislativo, pero la misma debe responder a un criterio de razonabilidad para no violentar la regulación constitucional del fin de la pena que es importante recordarlo es la resocialización del delincuente y no la imposición de un castigo por el mal producto.

Señalan los Jueces que si bien es cierto que el legisferante tiene amplia libertad de configuración para decidir; si de acuerdo a su Política Penal, como parte de la Política criminal, debe incrementar la punibilidad de algún delito, incluir nuevos supuestos de prohibición, crear nuevas conductas Penales o descriminalizar aquellas que entiende ya no merecidas de protección Penal. En materia exclusiva de sanción, el legisferante puede optar por hacer más o menos drástica una determinada pena, en ello como indicamos hay libertad configurativa y al menos en el ámbito de validez formal lo que debe asegurarse es un debate pluralista, representativo y deliberativo del tema, así como el respeto al proceso de formación de ley que postula la Constitución. Sin embargo, ello no es suficiente para estimar que una norma guarda armonía con la Constitución, además de observar estos parámetros que se preindican, deben respetarse por el legisferante todos los principios y derechos entre otros que estatuye la Carta Magna, no pueden ser alterados por las leyes secundarias que pretenden desarrollar la normativa fundamental; toda norma

infraconstitucional debe guardar la debida simetría con las normas Constitucionales. Con lo que se indica que aunque el legislador tiene la libertad en el ámbito político criminal para crear conductas delictivas y decidir la penalidad con las que las sancionará, no puede realizar esa delicada función quebrantando por ejemplo el principio de legalidad, ordenando que las tipificaciones sean retroactivas, o creando tipos penales abiertos, o leyes penales en blanco con infracción del principio de reserva de ley, o creando tipos penales vagos e imprecisos. Tampoco podría crear delitos para proteger meras inmoralidades o dispensar tutelas a conductas auto referentes, o para proteger funciones y no bienes jurídicos, o anticipar indebidamente la punición a estadios previos a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Ni podría legítimamente crear delitos a los que asocie penas perpetuas, infamantes, proscriptivas, o que configuren un suplicio, o penas excesivas por su drasticidad, que impidan la función resocializadora de la pena y la perviertan de un instrumento de readaptación a un artefacto jurídico de expiación y castigo.

Por último determinan que los límites de la sanción penal surgen de la limitación al *ius puniendi*, estos confines de la actividad de política penal del legisferante, deben imperar como ya se ha dicho, en todo Estado que se precie ser Constitucional y de Derecho, y dichas reglas son aplicables para la configuración de la sanción penal tanto cuantitativa como cualitativamente, de ahí que el poder legislativo aunque tiene amplio margen de configuración punitivo, no tiene una libertad absoluta, excepto en regímenes autoritarios, para fijar las sanciones penales, puesto que debe observar ante todo el orden Constitucional.

5. 4. ENTREVISTAS

Tomando en cuenta que la investigación de campo se hizo a través de una guía de entrevista estructurada a informantes claves; técnica en la cual lo que se incluyen son temas cuyas respuestas pueden constituir un comentario, una crítica o sugerencia por lo que resulta difícil hacer un procesamiento de datos de total confiabilidad, es por eso que la información obtenida de las entrevistas se tabuló elaborando dos o tres categorías de respuestas por cada una de las preguntas que se les hizo a los dieciocho jueces entrevistados.

A la interpretación de las respuestas por categorías se le asignó un porcentaje de acuerdo a la frecuencia con que coincidieron los Jueces en sus respuestas; posteriormente se filtró esa información a un resumen, tomándose este último resultado como aquel que en conjugación con lo que dicta la doctrina y la jurisprudencia, definirá la tendencia hacia la comprobación o rechazo de la hipótesis planteada.⁷⁷

5.4.1. ANÁLISIS DE ENTREVISTA, DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

A continuación se enuncian las preguntas hechas a los Jueces de Sentencia, se ofrece una tabulación de sus respuestas, se compara con la doctrina y jurisprudencia para hacer por último un análisis integral de la trilogía de los fundamentos tomados en cuenta en este trabajo de investigación.

1. ¿Considera inconstitucional la pena de prisión de setenta y cinco años contemplada en el artículo 45 No. 1 del código Penal?

El 20% de los jueces sostuvieron que se están violando principios establecidos en el Art. 27 de la Cn. por lo que esta penalidad no es congruente

⁷⁷ ver anexo de procesamiento de la información

con los fines de la pena que consisten en la resocialización del recluso y que riñe además con principios de proporcionalidad, humanización y dignidad humana establecidos en la Constitución de la República.

El 50% de los jueces puntualizaron que se violan principios fundamentales, derechos y garantías que establece la Constitución, así mismo se considera esta penalización de setenta y cinco años de prisión como un fraude a la Constitución por disfrazarse en ella una prisión perpetua ya que imponer esa pena es confinar a la persona de por vida a una cárcel. Lo señalado anteriormente transgrede el Art. 246 de la Constitución que fija los límites indicando que ninguno de sus principios y normas pueden ser alterados por la norma secundaria, dicha alteración se hace de manera implícita por no establecer expresamente la pena perpetua pero a eso conduce la normativa.

El 30% de los jueces estuvieron de acuerdo en que el aumento a setenta y cinco años como pena de prisión es inconstitucional porque se está atentando contra los Tratados Internacionales suscritos por el Salvador, específicamente en lo relativo a que no pueden haber penas perpetuas y pena de muerte. Por lo tanto con dicho incremento a la pena de prisión se esta condenando a perpetuidad pues el inculpado pasará en la cárcel el resto de la vida, o peor aun se morirá antes de cumplir la sentencia que le fue impuesta.

ANÁLISIS

En la doctrina se analizan las corrientes con visión humanista del sistema penal que se basan en el respecto a la dignidad humana y utilidad de la pena de prisión. En la jurisprudencia se hace alusión a resoluciones judiciales como la Sentencias 78-2002 y 30-02-3ª. 2002. del Tribunal Tercero de Sentencia y la Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Transitoria de Emergencia contra la

Delincuencia y el Crimen Organizado. En la entrevista se evalúan los criterios jurídicos de los jueces respecto a la inconstitucionalidad del Art. 45 C.P.

a. Respecto a las posiciones doctrinales en las que descansa la inconstitucionalidad del incremento a la pena de prisión, se citan las siguientes:

a.1 humanización de la pena de prisión, al respecto se han citado antes en el capítulo 2, a algunos autores tales como Jhon Howard y Cesar Becaría, que se han pronunciado por que las penas de prisión dejen de significar un castigo deshumanizante y degradante de la dignidad humana, a la luz de reconocer que las personas no por infringir la ley y ser sometido al poder punitivo del estado, pierden el respeto a sus derechos fundamentales.

a.1. fines utilitarios de la pena, estos fines según los doctrinarios no es más que la responsabilidad del estado en procurar la recuperación que habrá de experimentar el recluso a través del cumplimiento de la pena de prisión, es decir que a través de esta el penado será reeducado y se le propiciarán las condiciones necesarias para que al cumplir su condena pueda integrarse nuevamente al tejido social del que fue extraído para la aplicación de la sanción penal.

b. En cuanto a la jurisprudencia se analizan:

b.1. las sentencias 78-2002 y 30-02-3ª. 2002 del Tribunal Tercero de Sentencia, en las cuales se advierte que el aumento a la pena de prisión establecida en el Art. 45 N° 1 C.P. adoptada como una medida para sancionar con mayor severidad al inculcado, no armoniza con los principios constitucionales relativos a la prohibición de pena perpetua, humanización y fines de la misma, tal como se expresa en el Art. 27 Cn . y señalan que la dureza de las penas corresponde a la adopción de una política penal retributiva, que busca devolver al delincuente a través de la pena el mismo mal que el causó a la víctima,

constituyendo esta posición una muestra irracional del uso del poder punitivo que irrespeta la Constitución.

b. 2 Ley Transitoria de Emergencia contra la Delincuencia y el Crimen Organizado, con la cual se sentó un precedente constitucional al declarar inconstitucionales los artículos 2 Inc. 2º y 4º, y 6, siendo que en los fundamentos jurídicos los magistrados de la sala de la Constitucional señalan que la determinación penal por parte del órgano legisferante que excede los treinta años y no estipule un límite máximo temporal para el cumplimiento de la pena privativa de libertad, transgrede el Art. 27 de la Constitución.

c. En las entrevistas la tendencia mayor en las respuestas de los Jueces, tal como se denota en los párrafos anteriores, consiste en que consideran que el incremento a setenta y cinco años a la pena de prisión es inconstitucional, ya que se están violando principios fundamentales, derechos y garantías que establece la Constitución, citando de manera puntual los artículos 1 y 27 Cn. Se hace también la consideración de lo citado por los Jueces en cuanto a que el Art. 45 C.P. atenta contra instrumentos internacionales de Derechos Humanos, específicamente en lo relativo a que no pueden haber penas perpetúas, de muerte, ni torturas física y psicológica.

Por todo lo antes expuesto, consideramos que nuestra posición no debe ser otra más que la de estar de acuerdo con los criterios antes citados en la doctrina, la jurisprudencia y la opinión de los Jueces, pues son unánimes en apuntar que hay violación a los principios constitucionales de que es objeto toda persona humana, cuando se incrementan las penas tanto en lo cuantitativo como en lo cualitativo, como es el caso del Art. 45 C.P.; creemos que no hay una armonía entre lo establecido en dicho artículo, con lo que establece la Constitución de la República ya que la pena desde la Constitución, no está concebida para que el delincuente sea sancionado más drásticamente. En tal

sentido cuando en casos como el que se plantea existe una trasgresión a los principios de temporalidad, perpetuidad y fines de la pena, esa norma deviene en alteradora del orden constitucional.

2. ¿Cree que se violan principios constitucionales al someter al penado a un régimen de internamiento especial?

El 40% de los jueces entrevistados estuvieron de acuerdo en que si bien es cierto que con la privación de libertad se ven limitadas ciertas garantías constitucionales inherentes a derechos civiles y políticos, no es legal que se afecten los derechos fundamentales de que es sujeto todo ser humano, en tal sentido específicamente el Art. 1 de la Cn. referente al Principio de Dignidad Humana al reconocer a la persona como el origen y fin de la actividad del Estado, puntualizando la obligación del mismo en velar por que toda persona sea respetada en todos sus derechos, sin importar su situación jurídica; y el Art. 27 Cn. que regula sobre la humanización de las penas, prohíbe las penas perpetuas, infamantes, y establece fines utilitarios de la pena de prisión.

El 20% de los Juzgadores estuvieron de acuerdo en que además de violar principios Constitucionales también se lesiona el espíritu de la Ley Penitenciaria que se basa en un sistema progresivo, a través del cual el interno puede llegar a obtener su libertad condicional antes de cumplir la totalidad de su condena si da muestras de estar reformando su conducta indeseada, pero este avance no es posible observarlo si al interno no se le somete a ningún régimen progresivo por estar este aislado del resto de los internos.

El 40% de los entrevistados opinaron que la Constitución prohíbe penas tormentosas, inhumanas y aflictivas, determinándose que el aislamiento que además de privar del derecho de libertad deambulatoria, restringe el de comunicación social, en una celda o pabellón especial es un tormento, una

pena cruel e inhumana por que se aplica con la única finalidad de generar un sufrimiento en la persona, y que además este tipo de tratamiento penitenciario esta prohibido por el pacto internacional de derechos civiles y políticos.

ANÁLISIS

En la doctrina se analizan la violación de los principios de humanización y fines de la pena ante un régimen de internamiento especial. En la jurisprudencia se hace mención a resoluciones que han declarado inaplicable dicho artículo por vulnerar principios constitucionales y el espíritu de la ley penitenciaria. Por último en las entrevistas se analizarán los argumentos jurídicos de los jueces en los que se basan para considerar el contenido del Art. 45 C.P. como atentatoria de principios constitucionales.

a. En cuanto a la doctrina se analiza en primer lugar;

a.1 la violación al principio de humanización, al destacar que los sistemas penales modernos ya no conciben el aislamiento como modalidad para cumplir penas de prisión, pues en el marco de implementar regímenes penitenciarios de corte humanista, se descarta el aislamiento del recluso por las lesiones físicas y psicológicas que este produce, pues a través de regímenes penitenciarios del pasado tales como el confinamiento celular, sistema crofton y montesinos entre otros, se ha demostrado que los resultados no fueron alentadores ni para los propósitos de seguridad social como tampoco para las expectativas sociales del recluso. En la actualidad se considera al aislamiento como una violación al principio de libertad deambulatoria, pues aunque sea dentro del recinto carcelario el interno debe circular con cierta libertad, es también considerado una tortura por la soledad obligatoria a la que se somete al recluso y por que disminuye la capacidad locomotora de sus extremidades. Algunos tratados internacionales como "las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos",

“la convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura, pacto internacional en contra de la tortura y otros tratos crueles inhumanos o degradantes; prohíben también el aislamiento como un elemento para cumplir penas de prisión por contener una mayor degradación del ser humano, afectando irrazonablemente sus derechos, aún más aquellos que ya se encuentran restringidos.

a.2 violación al principio de fines de la pena, en el sentido que las penas drásticas únicamente tienen como fundamento, generar un mayor rigor en la privación de los derechos fundamentales, desnaturalizando la misión resocializadora que según la Constitución debe cumplir la pena de prisión para gozar de legitimación, por lo que el aislamiento de un interno en un Centro Penitenciario no constituye una pena que se encamine a esa función utilitaria de la pena, pues como podrán generarse las condiciones adecuadas al recluso para que logre corregir su tendencia al delito y sea reintegrado posteriormente a la sociedad para serle útil a esta, si se encuentra cumpliendo su pena en total aislamiento social.

b. Por su parte la jurisprudencia respecto a la violación de principios constitucionales con el régimen de internamiento especial cita:

b1. Violación al principio de humanización, estableciendo que la pena de prisión de por sí ya es aflictiva, y si a esto se le agrega un período de prisión del 10 % de la condena en aislamiento, tal como lo establece el Art. 45 C.P. esta se convierte en una especie de tormento, acrecentando las probabilidades de un daño corporal y psíquico en el interno que lo sufre, contraviniendo de esta manera, tratados internacionales regulativos de derechos humanos. Particularmente el Art. 27 de la Constitución de la República prohíbe el uso de tratos crueles inhumanos y degradantes de la dignidad humana.

b2. El espíritu de la ley penitenciaria. La cual establece en el Art.76 L.P. que el sistema carcelario se basa en un régimen progresivo el cual establece que el recluso será sometido a un sistema estructurado en fases por las que irá avanzando el recluso a su propio ritmo de recuperación hasta llegar a lograr su libertad anticipada; más a la luz de la interpretación que se hace del Art. 45 C.P. que menciona que para ciertos delitos la pena de prisión habrá de cumplirse en un régimen de internamiento especial. Estableciendo que estos reclusos recibirán un trato diferenciado con características de privación de derecho a la libertad deambulatoria, la comunicación, y en aislamiento celular, contradiciendo así la misma exposición de motivos de la ley, y más aún el fundamento humanitario en que se inspira la Constitución de la República.

c. En las entrevistas, los jueces en un mayor porcentaje determinaron que el sometimiento del recluso a un régimen de internamiento especial es un tormento, una pena cruel e inhumana por que se implementa únicamente para generar sufrimiento en el penado, volviendo con esto a retomar la teoría absoluta de la pena, a través de la cual se le retribuye al infractor de la ley la misma dosis de dolor que el causó al cometer un delito. Por otra parte no deben aplicarse estas penas por estar prohibidas por la Constitución.

Por lo tanto advertimos que tanto el Art. 45 C.P. que impone la pena de prisión de setenta y cinco años, como también el 103 de la Ley Penitenciaria, que regula las condiciones de cumplimiento en que habrá de cumplirse la ya excesiva condena, son violatorios de los Arts. 1,2, y 27 de la Cn. Pues estos tutelan justamente los derechos y garantías de que los artículos 45 C.P. y 103 de la Ley Penitenciaria, intentan abolir con la implementación de penas exacerbadas en su cantidad y calidad. También ambos artículos atentan contra instrumentos internacionales de Derechos Humanos, para el caso se cita el contenido del Art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

3. ¿La creación de un régimen de internamiento especial para internos considerados de alta peligrosidad debe ser la respuesta del estado ante la criminalidad?

El 90% de los jueces expresaron que no es inocuizando al delincuente como se cumplirán los propósitos de una política criminológica tendiente a la prevención general o especial, pues la concepción de nuestra Constitución es garantista de Derechos Humanos, en tal sentido la pena de prisión debe tener un carácter utilitario como readaptador del recluso para reinsertarlo a la sociedad después de cumplir su pena. Por lo que con penas larguísimas y en un régimen de internamiento cuyas características sean el aislamiento es imposible lograr estos fines, opinan además que nuestro sistema penitenciario, no ha tenido resultados positivos de reinserción de penados al tejido social después de cumplir penas; no se ha podido con penas inferiores a los treinta años acompañados de programas de desarrollo dentro de las cárceles por lo tanto menos podrán lograrse los fines de la pena manteniendo al recluso en encierro.

El 10% de los entrevistados respondieron que es una respuesta de política penal deshumanizada que probablemente disminuya la delincuencia en el sentido que la cárcel se convierta en un contenedor en donde se deposita al delincuente que se ha sacado de circulación, pensando en que no importa como pase sus días en la cárcel pues morirá en ella antes de cumplir su pena y si logra salir con vida, este será una persona anciana que no significara ningún peligro para la sociedad; obviamente esta respuesta del Estado ante la criminalidad no es bien vista a la luz de los derechos fundamentales relativos a la libertad ambulatoria, la comunicación, unidad familiar, humanización, y sobre todo de los fines de la pena de prisión.

ANÁLISIS

En la doctrina se analizan las corrientes de política criminal tales como, la prevención general, la teoría absoluta de la pena, la ley y el orden y la criminalidad en avanzadas. En la jurisprudencia se valoran las consideraciones relativas al poder punitivo del estado y la determinación penal. En las entrevistas se analiza la posición de los jueces respecto a la política penal que desarrolla el órgano legislativo.

a. En la doctrina se cita:

a.1. la teoría de la prevención general. Según los tratadistas, los estados optan por endurecer las leyes y rigurizar los sistemas penitenciarios para enviar un mensaje de prevención hacia la colectividad, a fin de que esta se abstenga de infringirla, más se ha demostrado a través del paso del tiempo que la implementación de esta política penal no ha logrado reducir la tendencia a delinquir, pues el infractor no piensa en la ley al momento de delinquir ni deja de hacerlo por que la pena que le espera sea drástica o moderada. Por lo que para el caso del Art. 45 C.P. esta política penal que le manda un mensaje a la colectividad de que si comete los ilícitos penales de secuestro, narcotráfico, homicidio, o concurso real de delitos, será sancionada a setenta y cinco años de prisión sin beneficios penitenciarios, en aislamiento; no creemos que vaya a significar una motivación a no cometer los delitos en comento, por lo que sería inapropiada esta respuesta adoptada por el poder punitivo para controlar el fenómeno de la criminalidad.

a.2. teoría absoluta de la pena. La retribución por el mal causado, dicen los doctrinarios que tampoco debe ser la mejor respuesta del estado ante la criminalidad, más aun si este se hace llamar un "estado constitucional de derecho", pues no obstante que para proteger a la sociedad de la delincuencia,

debe contenerse al inculpado, no es ocasionándole un sufrimiento innecesario que se logrará corregir su conducta delictiva para no significar un peligro social.

a.3. La ley y el orden. No obstante reconocer que esta puede ser una política que al dotarla de todos sus recursos puede llegar a dar buenos resultados en el control de la delincuencia, solo tiene cabida en sistemas de gobiernos autoritarios que no reconocen el respeto a derechos fundamentales como la libertad, dignidad, humanización, proporcionalidad, legalidad, igualdad jurídica, etc., no así en los que dicen llamarse democráticos que obviamente tutelan los derechos antes mencionados y que buscan que sus decisiones de política criminal gocen del aval de la colectividad que les ha conferido la facultad de gobernarles. Más de la interpretación de las características del régimen de encierro especial se desprende que este es contradictorio con la tutela que el estado debe proporcionar a la persona humana en el respeto de sus derechos fundamentales, por lo que la existencia de este régimen no es aceptable como respuesta del estado, pues además de violentar derechos constitucionales no hay certeza de que su implementación signifique la reducción de los índices de violencia.

a.4. criminalidad en avanzadas. Esta es una política penal que consiste en tomar medidas extremas como endurecer las leyes, e implementar sistemas penitenciarios temibles en toda la extensión de la palabra, como lo sería el caso del régimen de internamiento especial para frenar el desborde delincencial en una sociedad que haya sido declarada en riesgo delincencial. Más creemos que esta política no es la que resolverá los problemas de delincuencia en nuestro país, pues los orígenes de la delincuencia no son el poco o mucho temor a la sanción penal y al régimen penitenciario; tampoco es la mejor opción en el sentido que no vivimos en una situación de anarquismos en la que no hay autoridad ni ley a la que los ciudadanos no se sientan sometidos.

b. respecto a la jurisprudencia, tanto las sentencias a nivel de tribunales como la de la sala de lo Constitucional, hacen alusión a:

b.1. los límites al poder punitivo del estado, estableciendo que ninguno de sus órganos a través de los cuales se manifieste el poder, tiene la facultad de implementar políticas criminales que sean atentatorias de los fundamentos de la Constitución, como lo es en este caso el establecer un régimen de internamiento especial para reos de alta peligrosidad, pues ni la peligrosidad del interno justifica que se atropellen los derechos dados por su calidad de ser humano como los son el de libertad, contacto social, libertad de expresión, que son básicamente los derechos que se le estarían violando con la implementación de este régimen, por lo tanto es una respuesta aberrada del estado el cual no está tomando en cuenta a la persona humana sino únicamente en castigar sin propósitos útiles .

b.2. determinación penal. Las normas penales que emanan del órgano legislativo que se caracterizan por su drasticidad, como el Art. 45 C.P. que a su vez remite al 103 de la Ley Penitenciaria, cuyo contenido se discute, como respuesta del estado ante la criminalidad. Al respecto la jurisprudencia establece que las penas de prisión deben estar enfocadas a brindar al recluso las oportunidades de que al cumplir la pena, pueda reintegrarse a la comunidad, más si la pena de prisión es excesiva, en aislamiento y excluida de beneficios penitenciarios, la misma importa un tormento innecesario para el penado, por lo que emitir este tipo de normas exacerbadas tampoco es la solución para contener la delincuencia pues no por que algunos reclusos están condenados de por vida aislados en una cárcel no seguirán surgiendo más delincuentes. Esta política penal solo busca convertir a las cárceles en contenedores de delincuentes condenados a morir en la cárcel, tras la etiqueta de ser

considerados de alta peligrosidad lo cual no es concebible en un estado de derecho que pregona el respeto al principio de legalidad.

c. En cuanto a las entrevistas los jueces en un mayor porcentaje manifiestan que:

c.1. no es inocuizando al delincuente como se cumplirán los propósitos de una política criminológica tendiente a la prevención general o especial, ya que nuestra constitución es garantista de Derechos Humanos, donde la pena debe tener un carácter utilitario.

c.2 En menor porcentaje pero de manera complementaria los jueces manifestaron que la reforma en cuestión es una respuesta de política penal deshumanizada que inflinge tormento, revive la pena perpetua y se aleje de los fines resocializadores de la pena, contraviniendo casi en todo su contenido el Art. 27 de la Constitución.

Como grupo consideramos que las penas de prisión no deben restringir más haya de lo necesario los derechos y libertades de las personas por lo que desde ningún punto de vista es de recibo la implementación de un régimen de internamiento especial con las características que este importa como respuesta del estado para controlar la criminalidad.

4. ¿Que opinión tiene sobre el aumento a la pena de prisión como respuesta del poder punitivo del estado ante la criminalidad?

El 10% de los jueces se expresaron en los mismos términos al considerar esta respuesta del Estado como atentatoria de tratados internacionales sobre Derechos Humanos y la misma Constitución de la Republica, la cual tiene fundamentos humanitarios al establecer en su Art. 1 que el estado reconoce al hombre como el principio y fin de la actividad del estado. Para la consecución de sus fines, el Art. 27 que ordena a la Dirección de Centros Penales la

Organización de los centros penales para facilitar la resocialización de los internos. Tampoco se justifica tal respuesta en un Estado democrático, republicano y constitucional, que reconoce a la persona humana como centro de su actividad.

El 25% de los jueces analizaron la reforma en mención como una respuesta a la criminalidad que no ha sido profundamente discutida pues si se hace un elemental juicio de valor se estaría concluyendo que si al aumentar la pena de prisión a setenta y cinco años se disminuye la comisión de delitos, entonces la premisa es que el hombre delinque porque las penas de prisión son cortas.

El 25% opinaron que con esta reforma de aumento a la pena de prisión un buen porcentaje del poder legislativo cree que satisface las expectativas de la sociedad que clama seguridad jurídica. Haciendo valer el principio que establece que se debe hacer prevalecer el interés público sobre el interés particular.

El 40% opinó que con el aumento a la pena de prisión se frenará la delincuencia es como poner una venda en los ojos para no querer ver cuales deben ser las soluciones a la estructura del problema delincencial, por ejemplo el 80% de los delitos son de carácter patrimonial lo cual indica que la población delinque porque no tiene una fuente de trabajo que le genere ingresos económicos, lo cual no lleva a determinar una de las respuestas del Estado para disminuir la delincuencia seria la generación de oferta laboral.

ANÁLISIS

En la doctrina se analiza la función de la pena y el respeto a la vida. En la jurisprudencia se hace alusión a resoluciones que han declarado inaplicable el Art. 45 N° 1 C. P. y la inconstitucionalidad de la Ley transitoria de

emergencia contra la delincuencia y el crimen organizado. En las entrevistas se valoran los fundamentos jurídicos de los jueces respecto a la desaprobación del aumento a la pena de prisión como respuesta del poder punitivo del Estado ante la criminalidad.

a. La doctrina al respecto nos indica que:

a.1. El agravamiento de las penas adoptada como una medida para sancionar con mayor severidad a los inculpados desnaturaliza la función resocializadora de la pena que según doctrinas humanistas deben buscar que el sistema penitenciario, propicie la readaptación del infractor independientemente de la cuantía de la sanción penal y del ilícito penal cometido. Es decir que la pena no debe convertirse en un mecanismo intrínsecamente represivo sin ninguna utilidad para el infractor y la sociedad.

a.2. también establece la doctrina, que las penas perpetuas no son solo aquellas que se describen expresamente sino también aquellas que en su aplicación material tácitamente constituyen el confinamiento de por vida, ya sea por las deplorables condiciones en que transcurre la vida del recluso que disminuye sus expectativas de vida, como también por la dosimetría de la pena. Para el caso aunque el Art. 45 C.P. no diga expresamente que la pena de prisión en el contenida es perpetua, en la practica si lo constituye pues que recluso podrá sobrevivir a setenta y cinco años de cárcel, si las expectativas de vida no sobrepasan los sesenta y cinco años, por lo que con la emisión de esta norma penal se esta irrespetando el principio constitucional del derecho a la vida, por lo que desde esta perspectiva humanitaria, el aumento a la pena de prisión no es la respuesta adecuada del estado para controlar la delincuencia.

b. En cuanto a la jurisprudencia se cita:

b.1 Las Sentencia del Tribunal Tercero de Sentencia, que hasta la fecha han declarado inaplicables los Arts. 149 y 45 C.P. por contener el primero la pena de

treinta años y con mayor razón el segundo que contiene una pena de prisión de setenta y cinco años; por considerar que sanción con este tipo de penas es aniquilar las expectativas de recuperación del inculgado y someterlo a penas que por su larga dosimetría implican la vitalicia estadía del penado dentro del recinto carcelario.

b.2. así también se cita la ley de emergencia contra la delincuencia y el crimen organizado, pues esta en la redacción de los artículos 2, 4, y 6 laceran el Art. 27 de la Cn, el cual en su inc. 2º. prohíbe las penas perpetuas, más la mencionada ley buscaba aumentar las penas de prisión o volverlas indeterminadas proveyéndoles de una muerte segura en la cárcel.

c. En las entrevistas, los jueces en un mayor porcentaje determinaron que el aumento de setenta y cinco años a la pena de prisión, no es una verdadera política criminal que busca enfrentar el fenómeno del delito como seriedad y con respeto a la dignidad humana, y más que todo se está buscando eliminar de manera sistemática y legal a todos los delincuentes, para no tener que invertir en una política criminal que vaya al origen de la problemática delincriminal, como lo es el caso de la falta de recursos económicos, empleo, educación, etc. Pues según estudios criminológicos, la mayor infracción a la ley es por delitos de carácter patrimonial.

Como grupo pensamos que desde ningún ámbito es bien visto el aumento o la indeterminación de la pena de prisión, ya que la pena como privación de derechos debe ser proporcional en todos los sentidos, no debe olvidarse que la pena está dirigida y será impuesta a un ser humano, por lo cual esta debe estar impregnada de humanismo y dar así oportunidades de readaptación. Además la pena de prisión, no tiene pues una opción que la legitime por su drásticidad y en ese sentido la dureza del poder punitivo del Estado, solo muestra el uso del poder irresponsable e innecesario y sobre todo

violatorio de la Constitución y Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos.

5. ¿considera que los legisladores hacen valoraciones a la hora de crear o reformar la norma penal?

El 60 % de los jueces citaron que el legislador no hace valoraciones constitucionales, al respecto se enunciaron algunas variantes a considerar, siendo una de ellas la formación académica de los legisladores y los intereses encontrados de los bloques políticos que se representan en la asamblea, pues si a la mayoría de ellos les favorece por razones mezquinas el decretar reformas lo hacen- siendo el caso concreto de las más de doscientas reformas que ha tenido el código procesal penal, es decir que no hay una correcta técnica legislativa, concluyendo que la variable más determinante son los intereses de poder que es lo que al final determina sobre lo que se habrá de legislar.

El 20 % agregó además que el legislador no hace ningún ejercicio de informarse sobre los límites que tienen para legislar, ignoran que su accionar legislativo tiene como límites la Constitución, sus principios fundamentales, el legislador tiene una conducta de irrespeto por nuestra Constitución.

El 20 % dice que no se hacen valoraciones constitucionales porque cuando una sociedad esta en crisis como la nuestra, la legislación es determinada por los sectores mayoritarios que ostentan el poder y si además se ven afectados por esa crisis que se vive entonces su política penal será depurativa y no preventiva, sin detenerse a pensar si esto trasgrede o no la Constitución; quienes ostentan el poder quieren que por decreto se cambien la situación de violencia en una sociedad, les mueve a reformar la ley únicamente las circunstancias coyunturales de carácter sociales o político.

ANÁLISIS

En la doctrina se analizan las limitantes constitucionales al poder puntito del estado y el respeto a derechos fundamentales. En la jurisprudencia se hace alusión a aquellas resoluciones en las cuales se declara inconstitucional dicha reforma. Por último en la entrevista se analiza cual es la opinión que los jueces manejan al respecto.

En la jurisprudencia se hace mención a los controles constitucionales de que se vale el legislador para corregir los errores en la determinación penal que contraviene otras leyes. En las entrevistas se valoró el criterio del Juez respecto a la práctica de la técnica legislativa que ejerce nuestro legislador.

a. respecto a la doctrina se cita en primer lugar:

a.1. las limitantes que devienen de la constitución. Todo poder del estado debe estar sometido a la Constitución y en segundo lugar a la normativa internacional cuando haya disyuntiva entre esta y la ley secundaria. Es por eso que el órgano legislativo es considerado irrespetuoso de la Constitución cuando desconociendo sus preceptos elabora determinaciones penales que constituyen violaciones o lesionan preceptos constitucionales, como lo es en este caso la violación que hace el Art. 45 C.P. de la inspiración humanista de la Constitución y en específico del Art. 27 Cn.

a.2. violación a derechos fundamentales. Al margen de la tutela que haga la Constitución de los derechos humanos de las personas, hay derechos fundamentales de los que toda persona es poseedor sin que haya ley que se los proteja, y este fundamento debe tomarlo en cuenta el legisferante cuando tiene que crear o reformar normas, pues no es dado ignorarlos en detrimento de la persona misma.

b . En cuanto a la jurisprudencia se cita:

b.1 La inaplicabilidad del Art. 45 C.P. Sentencia 78-2002 en la cual se declara inaplicable el artículo en mención por no corresponder su emisión, a desarrollo de preceptos constitucionales, sino por el contrario, este artículo atenta contra principios constitucionales que deben constituir limitantes el ejercicio del legislador, ya que los excesos en la determinación penal puede incurrir en la práctica de un Derecho Penal enfáticamente severo, que pretendiendo velar por la seguridad de la ciudadanía arraza con los fundamentos del Estado constitucional.

b.2. La inconstitucionalidad. Como ya se ha mencionado antes en este mismo documento, la declaratoria de inaplicabilidad que solo tiene efecto en un caso concreto puede llegar a tener efectos generales cuando la norma jurídica que se tacha de inconstitucional es así declarada por la sala de lo constitucional, para el caso citamos la resolución de inconstitucionalidad de algunos artículos relativos a la violación de principios constitucionales de la ley de emergencia contra la violencia y el crimen organizado.

c. En las entrevistas los jueces en un porcentaje mayoritario coinciden al decir que el legislador no hace valoraciones constitucionales en la creación de determinaciones penales por diversas razones las cuales ya fueron expuestas en párrafos anteriores, solo se destaca en este punto que el legislador simplemente ejerce el poder que se le ha conferido de acuerdo a las circunstancias coyunturales, sin hacer valoraciones de su contenido constitucional, confiado en que este puede ser controlado por los otros órganos del estado con los que comparte el poder estatal, siendo uno de ellos el poder judicial, el cual cuenta con la potestad conferida por la Constitución para contrarrestar los efectos del mal uso del poder que hace el legislador, quien desconociendo o irrespetando el marco constitucional, hace determinaciones penales arbitrariamente sin

reconocer que el contenido de su técnica legislativa debe estar sometida a los preceptos constitucionales.

Por lo que es nuestro criterio determinar que el no hacer valoraciones constitucionales por parte del legislador conlleva irremediablemente a que el Juez sea más conecedor de la Constitución para que haga valer los derechos que esta le confiere al inculpado en razón del detrimento humano del que esta impreso el Art. 45 C.P. y la única manera de hacerlo es a través de los controles constitucionales de la inaplicabilidad, la inconstitucionalidad y el amparo a petición de parte.

6. ¿consideran que los principios de humanización, temporalidad y fines de la pena, son la mayor limitación al poder legisferante del estado para aumentar la pena de prisión?

El 70 % de los Jueces son del criterio que los principios en mención y otros más deberían ser limitantes al poder legisferante pero no todos los legisladores conocen de principios constitucionales y aun conociéndolos a veces no tienen más opción que acompañar intereses políticos y económicos que no tienen como filosofía satisfacer necesidades de interés colectivo.

El 10 % opinaron también que no todos los legisladores tienen la preparación académica en el marco legal que les permita hacer valoraciones constitucionales como para determinar su posición a favor o en contra de en la emisión de normas penales como la señalada en el Art. 45 No. 1 C.P.

El 20 % cree también que los diputados no están interesados en legislar de acuerdo a derechos fundamentales tutelados por la Constitución o Tratados Internacionales referentes a derechos humanos sino más bien tratan de agradar a quien puede asegurarles su estancia en el poder, sea esta la sociedad en general o sectores de poder económico; garantizar los derechos de una minoría

como pueden ser quienes infringen la ley quienes además no pueden emitir el derecho civil del sufragio no tiene ningún interés para ellos ni constituye una prioridad.

ANÁLISIS

Respecto a la doctrina se valoran las limitantes al poder punitivo del estado, Constitución de la República y Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos; en la jurisprudencia las resoluciones de los tribunales tercero y cuarto de sentencia que hacen alusión a los principios constitucionales y la política penal que ejerce el legislador, y en las entrevistas las opiniones jurídicas de los Jueces respecto a la política penal que ejerce el órgano legislativo desde una visión constitucional.

a. en relación a la doctrina se señala:

a.1. Las limitantes al poder punitivo del estado, en este punto se analiza la libertad de configuración que tiene el legislador en la determinación penal, la cual según los doctrinarios no es ilimitada pues debe reconocer como limitantes la normativa constitucional que basa el accionar del estado en la consecución de la justicia, seguridad jurídica y bien común, siendo posible lograr estos fines únicamente con un sistema penal que respete los derechos fundamentales de las personas que infringen la ley.

a.2. En cuanto a normativa constitucional, los doctrinarios señalan que la técnica legislativa debe estar sometida a la supremacía Constitucional que inspirada en tratados internacionales sobre derechos humanos, manda el respeto a los derechos fundamentales de que es poseedor toda persona humana sin distinciones de ningún tipo.

a.3. Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, que existen como precedente a la inspiración constitucional, en cuyas normas se regulan y señalan

los derechos fundamentales que deben respetársele a toda persona y especialmente a los más vulnerables, como lo pueden ser los privados de libertad,

b. respecto a la jurisprudencia se citan:

b.1. los principios constitucionales entendidos de la redacción del Art. 27 Incs. 2º y 3º. en los cuales se menciona que están prohibidas las penas perpetuas, considerando al respecto los doctrinarios que una pena de prisión de amplio espectro y sin beneficios penitenciarios puede constituirse tácitamente en una pena perpetua; se prohíben también las penas infamantes, con lo cual indica una tendencia a la humanización en el trato que debe darse a los reclusos; y por último en el Inc. 3º. Se cita que la pena tendrá como fin la oportunidad de preeducación y reinserción que el estado habrá de dar al recluso para reinsertarse al tejido social después de cumplir su condena.

b.2. en cuanto a la política penal, la jurisprudencia consultada establece que la determinación penal, que emana del órgano legislativo debe ser respetuosa de la inspiración constitucional; señalan los Jueces en sus resoluciones que si bien es cierto que el legislador puede restringir algunos derechos fundamentales a través de la norma sancionatoria, no puede sobrepasar el campo de la dignidad humana pues este constituye la mayor limitante a su discrecionalidad en la determinación penal.

c. por último tomando en cuenta que en la entrevista hecha a los Jueces, estos argumentaron en su mayoría que los principios de humanización, temporalidad y fines de la pena deberían ser limitantes al poder legisferante, pero que no todos los legisladores tienen formación en derecho constitucional y aun teniéndolo se ven influenciadas sus posiciones por intereses particulares que lejos están de buscar satisfacer necesidades de seguridad jurídica como producto de una acertada política criminal, por lo que las circunstancias en que

los legisladores hacen determinaciones legales no se prestan para llegar a hacer valoraciones constitucionales que justifiquen o reprochen la creación de normas; se infiere también que los diputados no están interesados en legislar de acuerdo a derechos fundamentales tutelados por la Constitución sino más bien en practicar una política populista a través de la cual buscan dar respuesta a sectores sociales con poder económico; por lo que se advierte una clara discrepancia entre las limitantes al poder punitivo citadas por la doctrina y la jurisprudencia de cara a los derechos fundamentales tutelados en la constitución, respeto a la política penal que ejerce el legisferante

7. ¿cuales consideran que son los fundamentos o valoraciones para que el legislador aumente la pena de prisión a setenta y cinco años?

El 70% de los entrevistados estuvieron de acuerdo, en que la reforma del Art. 45 que elevó la pena de prisión a setenta y cinco años y que agudizó las condiciones de su cumplimiento a través de un régimen de encierro especial, obedece a las presiones que ejerce el poder económico por una política penal con mayor drasticidad, hacía los diputados que representan al partido en el poder y los de similar tendencia, pues a la luz de la prevención general, con la aplicación de esta normativa quieren generar temor a delinquir y sacar del medio social a perpetuidad a los infractores de la ley quienes con su conducta delictiva afectan sus intereses económicos, dado que los delitos sancionados con esta normativa son en su mayoría de carácter patrimonial.

El 30 % de los Jueces sostuvieron que las valoraciones que hace el legislador se limitan a darle una respuesta a la colectividad o a determinados sectores quienes ante la inseguridad social ven como solución inmediata el castigo excesivo para quienes les agreden en su integridad o en su patrimonio; es decir que tratan de satisfacer un clamor social por leyes más severas; el

legislador no hace valoraciones Constitucionales, no reconoce limites en su accionar, tiene poder y lo ejercita, se toma el poder que tiene como una medicina inmediata a los problemas de inseguridad jurídica, lo cual se resume en el ejercicio de una Política Criminal Populista.

ANÁLISIS

En la doctrina se citan dos corrientes que son: "la Ley y el Orden" y "la criminalidad en avanzadas"; en la jurisprudencia acorde con la doctrina se cita la postura de "la criminalidad en avanzadas" y la antigua teoría de la "prevención general"; en las entrevistas se analizan los criterios judiciales respecto a la política penal que exagera la determinación penal a limites exorbitantes.

a. La corriente de la ley y el orden, surgió en el pasado como catalizador de un Derecho Penal Maximizado frente a las manifestaciones de la criminalidad, corriente a través de la cual se respondía al aumento del crimen en el siguiente orden:

- a1) ante el aumento de la criminalidad, mayor severidad en las penas;
- a2) ante nuevas formas de conductas que afecten la "tranquilidad pública" nuevas incriminaciones delictivas con penas drásticas;
- a3) ante la violencia del delito, instauración de penas irreversibles como la pena de muerte, de prisión perpetua o penas de prisión de largo alcance;
- a4) Se utiliza un discurso de guerra o de combate frente al fenómeno de la delincuencia el cual se traslada al área normativa mediante reformas autoritarias;
- a5) Se propugna la reducción de garantías básicas del Estado Constitucional de Derecho, llegándose al fraude de la Constitución;

Otra postura citada por los doctrinarios es la de "criminalidad en avanzadas", a través de la cual se declara a la sociedad en riesgo criminal, por

lo que ante tal situación no queda más camino que robustecer la seguridad pública, y rigurizar las leyes penales para controlar los altos índices de peligrosidad.

b. De igual manera la jurisprudencia establece que los fundamentos en los que se basan los legisladores para el exarcebado contenido de las sanciones penales que emiten son los siguientes:

b.1 El órgano legislativo en nuestro país ha llegado a considerar el problema de la criminalidad como un fenómeno fuera de control por la vía de un sistema democrático, y tipifican a nuestra sociedad como en un estado de riesgo para justificar la implementación de una ley más severa;

b.2 Nuestro órgano legislativo se esta basando en la antigua teoría de la prevención general pretendiendo que la criminalidad disminuya por el temor a ser objeto de la imposición penal exacerbada. Se infiere de la resolución número 78-2002-1^a. que nuestro legislador emite normas desde la visión de una política penal que tiene como finalidad ser un instrumento de contención del fenómeno criminal, además se ha creado la falsa concepción de que nuestra ley penal es blanda, garantista y favorable al inculpado.

Por lo tanto al conjugar lo establecido en la doctrina- que aunque no es propia de nuestra región, no es ajena a nuestra realidad-, la jurisprudencia y lo dicho por los Jueces, se advierte su congruencia en apuntar que el órgano legislativo no ejerce su practica legislativa en razón de coadyuvar con sus decisiones de política penal con los principios constitucionales, no obstante que ésta establece en su Art. 235 que todos los funcionarios deben cumplir y hacer cumplir la Constitución de la Republica y sobre todo el Art. 246 que estatuye que los principios, derechos y obligaciones declarados en la Constitución no pueden ser alterados por las leyes; obviamente habrá que entender que los legisladores no hacen valoraciones constitucionales cuando tienen que crear

normas pues de lo contrario no habrían reformado el Art. 45 No. 1 C.P. que aumento la pena de prisión a setenta y cinco años, defraudando de esta manera los principios de humanización que inspira a la Constitución; es decir que las valoraciones que hace el legislador son de tipo populista en función de satisfacer un clamor social de ciertos sectores por seguridad jurídica, sin reparar si esta clamor social esta desvinculado del respeto por la dignidad humana, temporalidad de las penas y los mismos fines resocializadores que proclama la Constitución.

8. ¿consideran que el aumentar a setenta y cinco años la pena de prisión es violatorio del principio de temporalidad de la pena?

El 60 % de los Jueces en mención fundamentan que el Art. 27 de la Cn. en su inciso segundo establece que se prohíben las penas perpetuas, más a la luz de la interpretación que debe hacerse del Art. 45 No. 1 C.P. que eleva la pena de prisión a 75 años es obvio deducir que se está ante una pena vitalicia, pues si se toman en cuenta estudios estadísticos sobre el promedio de vida de la población en general que son entre 60 y 65, se establece que los reclusos morirán antes de obtener su libertad, agregándose que es a partir de los dieciocho años que se aplican las sancione del Código Penal según su Art. 17Inc. 1º.

El 10 % agregó que el aumento a la pena de prisión constituye un fraude a la Constitución, pues no obstante que esta prohíbe expresamente la pena perpetua, el aumentar la pena de prisión a setenta y cinco años, según lo establece el Art. 45 No. 1 del C.P. vulnera el principio de temporalidad de la pena que habrá de entenderse como el limite que se le pone a la pena de prisión para que el recluso que la ostenta tenga la oportunidad después de cumplirla de integrarse al tejido social para seguir siendo un ente productivo.

El 30% de los jueces aprecian que el aumento a la pena de prisión a setenta y cinco años se ha disfrazado una prisión perpetua, pues materialmente al imponer ese tipo de penas es confinar a la persona de por vida a una cárcel. Se trasgrede un principio Constitucional que es que no puede haber prisión perpetua o penas perpetuas de ninguna clase, se trasgrede además el Art. 246 Cn que fija los límites e indica que ninguno de sus principios y normas pueden ser alterados.

ANÁLISIS

La doctrina cita tres posturas que son la modernización del sistema penal, la humanización de las penas y los fines utilitarios de la misma. La jurisprudencia por su parte se basa en los principios de prohibición de penas perpetuas, fines de la pena y la vigencia de un régimen penitenciario progresivo. En las entrevistas se analizó con los Juzgadores, la política penal extremista impulsada por los legisladores a través de la determinación penal contenida en el Art. 45 C. P.

a. De lo precitado en la doctrina se analiza en primer lugar:

a.1. la modernización del sistema penal, estableciendo al respeto de lo dicho por Bustos Ramírez y Enrique Bacigalupo, que las penas de larga duración ya no tienen aceptación en los sistemas penales modernos los cuales ya no buscan como único fin infligir sufrimientos al penado por el mal que este haya causado a la sociedad, sino procurar una recuperación en cuanto a la tendencia a delinquir.

a.2. humanización de las penas, en este marco se reconoce al penado el respeto a sus derechos fundamentales siendo uno de ellos la libertad, por lo que esta no puede ser afectada a perpetuidad, agregándose el efecto dañino que las penas de prisión largas ocasionan en el recluso no solo en su aspecto físico y

psíquico, sino también su trascendencia a núcleo familiar y su inserción posterior a la sociedad de la cual fue desmembrado por la sanción penal.

a.3. por ultimo respecto siempre a la doctrina se citan los fines utilitarios de la pena reconocidos en la carta magna, pues se ha demostrado que los fines de resocialización no se cumplen con las penas largas dado que estas constituyen un confinamiento de por vida para el recluso; por lo tanto en un estado de derecho que acoge la sanción penal con un fin utilitario de resocialización, no son de buen recibo las penas de larga duración, no solo porque es probable que el recluso muera antes de cumplirlas sino también por que implícitamente a lo que conllevan es a una disociación del sujeto que las sufre, por la larga estadía en que estará apartado del resto de la sociedad.

b. Por su parte la jurisprudencia consultada, establece que definitivamente se lesionan los principios constitucionales siguientes:

b.1. principio de prohibición de las penas perpetuas, el cual esta consagrado en el Art. 27 Cn. pues con el aumento de setenta y cinco años a la pena de prisión determinada en el Art. 45 No. 1 C. P. y tomando en cuenta que la sanción en comento solo puede ser aplicada a partir de los dieciocho años de edad de acuerdo al Art. 17 del C.P. por simple suma se infiere que el penado cumplirá su pena de prisión teniendo como mínimo 93 años de edad.

b.2. en cuanto a los fines de la pena, también establecido en el Art. 27 Cn. Se establece que no se cumple ni con los propósitos de la teoría de la prevención general ni tampoco con el fin de resocialización que establece también el mismo Art. 27 Cn.

b.3. violación a la vigencia de un régimen penitenciario progresivo adoptado en la ley penitenciaria, pues ante la emisión de este tipo de normas sancionatorias de amplio espectro, por parte del órgano legislativo, es obvio que se asume una política penal, que en su aplicación concreta busca que quienes sean

encontrados culpables por delitos que atentan contra la vida, libertad personal y patrimonio, cumplan la pena de prisión sin ningún beneficio penitenciario, es decir que el penado no tendrá ninguna opción de libertad, por lo que obligadamente tendrá que cumplir en su totalidad los setenta y cinco años de la pena de prisión impuesta.

c. en las entrevistas, la mayoría de los Jueces citaron el Art. 27 en su inc. 2º Cn. como la mayor tutela al principio de prohibición de penas perpetuas, el cual es indiscutiblemente lesionado por la pena de setenta y cinco años de prisión establecida en el Art. 45 C.P. tomando en cuenta como ya se dijo antes la edad que debe tener el inculpado para que se le aplique el artículo penal en comento y las expectativas de vida de la población en general y que se minimizan en la población carcelaria.

9. ¿consideran que la violación a los principios Constitucionales de humanización, temporalidad y fines de la pena son algunos de los fundamentos jurídicos para declarar la inaplicabilidad del Art. 45 No. 1 C.P.?

El 60 % de los Jueces estuvieron de acuerdo en que obviamente si los principios de humanización, temporalidad, y fines de la pena están resguardados en la Constitución de la Republica y se ven vulnerados con la aplicación de otra norma, esto será fundamento jurídico suficiente para declarar la inaplicabilidad de la norma para un caso concreto. Agregaron además que toda norma, principio, garantía o derecho consagrado en una ley que se vea lesionado por la aplicación de otra norma que la o los contradiga da pie para que un aplicador de justicia conciente de su formación jurídica declare inaplicable una norma legal.

El 40% cito asimismo el Art. 235 Cn. establece a los funcionarios públicos la obligación de cumplir y hacer cumplir la Constitución, cualesquiera que sean

las leyes o decretos que la contraríen. Es decir que debe hacerse prevalecer la supremacía que tiene la Cn en relación a la ley secundaria.

ANÁLISIS

En la doctrina se analiza el principio de supremacía constitucional, derechos fundamentales y fines de la pena. En la jurisprudencia se hace alusión a resoluciones que declaran la inaplicabilidad del Art. 45 C.P. Por último en la entrevista se analizan los principios constitucionales de humanización, temporalidad y fines de la pena como fundamentos para declarar la inaplicabilidad de una norma.

a. en cuanto a la doctrina se analiza en primer término:

a.1. la supremacía constitucional, que según los doctrinarios consiste en que a la constitución se le reconoce en un orden de jerarquía legal una superioridad respecto al resto de leyes, por lo que las leyes secundarias en su contenido normativo deben ser congruentes con la ley constitucional y en caso de conflictos prevalecerá lo dictado por la constitución.

a.2. en cuanto al respeto a los principios fundamentales, tal como lo explica el Lic. Carlos Sánchez⁷⁸ con cita de lo expresado el Art. 2 de la Constitución⁷⁹ y Martínez Lázaro⁸⁰, se reconoce que el respeto al principio de dignidad humana significa que las injerencias y las restricciones a los derechos fundamentales de la persona humana, tanto en la coerción material como en la procesal no pueden reducir el núcleo esencial de la persona, deshumanizando mediante la

⁷⁸ Juez de Sentencia. Tribunal Tercero de Sentencia

⁷⁹ Art. 2 Cn. reza “toda persona a quien se atribuye delito a falta, tiene derecho a ser tratado con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. No podrán imponerse penas ni medidas de seguridad, que afecten la esencia de los derechos y libertades de la persona o que impliquen tratos inhumanos o degradantes”

⁸⁰ Martínez Lázaro Javier, Los Principios del Derecho Penal en la Legislación Salvadoreña. Revista Justicia de paz No. 7. CSJ. San Salvador. 2000

aflictividad excesiva de las limitantes que se le impongan, como lo es en este caso la pena de prisión de los setenta y cinco años, es procedente recordar también que el sistema penal esta al servicio del hombre no para degradarlo, extirparlo de la sociedad o inflingirle tratos crueles o excesivos, sino para tratar de recuperar a la persona para que se injerte nuevamente al tejido social del que fue arrancado, es por eso que están proscritas todas aquellas consecuencias jurídicas del delito que afecten el núcleo esencial de los derechos y libertades de la persona, tampoco bajo el principio de respeto a la dignidad del hombre pueden admitirse las restricciones a los derechos fundamentales que sean inhumanos, degradantes, o infamantes.

b. en cuanto a la jurisprudencia se citan:

b.1. las resoluciones que basándose en la violación a los principios fundamentales y contravenciones a los principios constitucionales de dignidad humana, humanización, temporalidad y fines de la pena, han declarado inaplicable el Art. 45 No. 1 C.P. pues con la pena de prisión de setenta y cinco años, su cumplimiento en aislamiento y anulación de beneficios penitenciarios contenidos en esta disposición por reenvió al Art. 103 de la Ley Penitenciario, trastocan los principios de la constitución en sus Arts. 1 y 27 Cn. cita la jurisprudencia que en los casos en que las penas son excesivas como la señalada en el Art. 45 No. 1 C.P. y que además no tienen ningún fin resocializador sino más bien buscan extirpar a la persona de la sociedad, por lo que no queda más salida al juzgador, que reconoce el contenido de las disposiciones constitucionales de los Arts. 172, 235 y 246, que manda someterse a la Constitución, cumplir y hacer cumplir sus normas y no alterar los principios, derechos y obligaciones de la constitución con otras leyes que regulen su ejercicio, que declarar inaplicables las normas que contravienen la Constitución.

c. en las entrevistas, los jueces en un mayor porcentaje determinaron que cuando una norma de ley secundaria contradice los preceptos constitucionales en cuya consecuencia jurídica se afecte el respeto a derechos y garantías del penado, el Juez tiene la potestad que emana de la Constitución en su Art. 185 Cn. para declarar inaplicable una norma; como lo es en este caso el Art. 45 No. 1 C.P. que por su contenido drástico en el cumplimiento de una pena es pertinente declararlo inaplicable.

10. ¿cuales son los fundamentos jurídicos que llevan a declarar la inaplicabilidad de una norma jurídica?

El 30 % se expresó destacando que el Art. 235 de la Constitución establece a los funcionarios incluyéndose el órgano judicial la responsabilidad de cumplir y hacer cumplir la Cn. velar por que ninguna ley secundaria altere los principios que establece la Cn.

El 60 % reportó que es el Art. 185 Cn. el que establece que le corresponde a los tribunales en un caso concreto declarar inaplicable cualquier norma contraria a los preceptos Constitucionales.

El 10% estableció que los Tratados Internacionales reconocidos por el Salvador pueden en un determinado momento servir como fundamento para declarar la inaplicabilidad de una norma que contrarié sus disposiciones, pues los tratados según lo establece la Cn en su Art. 144 prevalecerán sobre la ley secundaria cuando hayan entre ellos contradicciones.

ANÁLISIS

La doctrina en esta parte se basa en la abrogación de ley, pensamiento democrático liberal y ultractividad de la ley. La jurisprudencia consultada para declarar inaplicable una norma se basa en los Arts. 172, 185, 235 y 246 Cn. En

la entrevista la mayoría de los Jueces citó el Art. 185 Cn. como la más fuerte argumentación jurídica para declarar inaplicable una norma y otra parte citó los Arts. 235, 246 y 144 Cn. que se refiere a la prevalencia de los tratados internacionales sobre la ley secundaria en caso de conflicto.

a. En la doctrina se cita como se señaló antes:

a.1. la abrogación de ley la cual según lo dicho por Bidart Campos, consiste que en el marco de la constitucionalidad un acto emitido como lo puede ser la determinación penal por parte del órgano legislativo, es susceptible de derogación por otro tal como el órgano Judicial a través del control de la inaplicabilidad, sin que signifique contrariar el principio de división de poderes, pues la inaplicabilidad solo tiene vigencia en un caso concreto sin afectar en términos generales la determinación penal pues esta sigue teniendo vigencia y puede ser aplicada por otros juzgadores, es decir que al inaplicar una norma no se tiene el propósito de derogar judicialmente la disposición que se considere inconstitucional, pues se estaría sustituyendo al poder que la emitió, invadiendo la competencia del órgano legislativo de derogar la ley.

b.2. el pensamiento democrático liberal, que tiene como esencia atribuir a los órganos del estado la misión de salvaguardar el equilibrio del ejercicio del poder como la piedra angular del Estado Constitucional de Derecho.

b3. la aplicación ultractividad de la norma, que se refiere a que una norma que siendo constitucional haya sido reformada por otra que resulte ser inconstitucional, puede recobrar su vigencia cuando el Juzgador declare inaplicable la norma inconstitucional, como lo es el caso del Art. 45 que antes de ser reformado tenía una pena de prisión de treinta años y que con la reforma la pena alcanza los setenta y cinco años; es decir que cuando el Juzgador declara inaplicable el Art. 45 C.P. vigente, devuelve vigencia a la pena contemplada

en el antiguo Art. 45 C.P. para que esta sea aplicada en defecto de la norma inaplicada.

b. en cuanto a la jurisprudencia consultada se citan como fundamentos jurídicos las disposiciones legales contenidas en las resoluciones de inaplicabilidad del Tribunal Tercero de Sentencia:

b.1. el Art. 185 Cn., el cual es citado por el tribunal en mención en sus resoluciones de inaplicabilidad de los Arts. 149 y 45 No. 1 C.P. en las cuales no aplicaron la pena de prisión citada en ambos artículos por considerarlas de excesiva duración, a la luz de la potestad que el mencionado artículo proporciona a los Jueces para declarar inaplicable una norma que en un caso concreto, según criterio jurídico deviene en inconstitucionalidad.

b.2. el Art. 235 Cn., este artículo es citado por que de su esencia se infiere que el Juez como funcionario público tiene el deber de hacer cumplir los preceptos constitucionales cuidando de no aplicar otras normas legales que contradigan sus principios, para el caso se cita la contradicción que hace el Art. 45 No. 1 C.P. en cuanto a la cuantía de la pena y las condiciones de su cumplimiento en comparación con los incisos segundo y tercero del Art. 27 Cn. que se refieren a la prohibición de penas perpetuas, humanización de la pena y el fin resocializador que debe cumplir la pena de prisión.

b3. el Art. 246. la jurisprudencia cita esta disposición para declarar que el Juez debe velar por que ninguna otra ley, decreto o reglamento altere el orden constitucional, dado que es la constitución como ley suprema, da los lineamientos constitucionales que habrán de ejercer las demás leyes, no siendo valido que disposiciones de ley secundaria modifiquen los principios, derechos y garantías que inspiran a la Constitución.

c. en la entrevista se hace alusión a los siguientes criterios:

c.1. en su mayoría los Jueces citaron el Art. 185 Cn. el cual es suficiente para que en razón de considerar la inconstitucionalidad de una norma legal, como la del Art. 45 No.1 C.P. se pueda hacer uso de la potestad conferida por el citado artículo a fin de tutelar los derechos fundamentales de penado según la ley constitucional y que serían lesionados al aplicar la pena en su contenido cuantitativo y cualitativo del Art. 45 No. 1 C.P.

c.2. en minoría pero siempre como complemento a citar fundamentos jurídicos para declarar la inaplicabilidad de la norma del Art. 45 No. 1 C.P. los jueces citaron los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por El Salvador, que en razón de ser reconocidos por el Art. 144 Cn. como superiores a la ley secundaria en caso de conflicto, pueden ser citadas sus disposiciones para alegar la violación que produce la pena de prisión contenida en e articulo en mención

Por nuestra parte compartimos la congruencia entre la doctrina, jurisprudencia y entrevistas en establecer los argumentos jurídicos que deben llevar al juzgador a declarar la inaplicabilidad de una norma para remediar el desequilibrio provocado por el legislador en la determinación penal que desestabiliza la armonía que debe existir en el ejercicio equilibrado de la división de poderes para la vigencia de un estado de derecho respetuoso de los derechos fundamentales de que es objeto toda persona si importar su situación jurídica.

11. ¿cuales son las consecuencias jurídicas ante la determinación de penas exorbitantes como la del Art. 45 No. 1 C.P.?

El 20 % de los entrevistados estuvieron de acuerdo en que se puede hacer uso de la figura del amparo para demandar a El Salvador por un acto de violación de los derechos humanos; sea ante la Comisión de Derechos Humanos

ante la Corte Interamericana, de prosperar la denuncia el Estado Salvadoreño deberá ser sancionado económicamente e indemnizar a la persona afectada, y será clasificado como un Estado violador de los Derechos Humanos.

En 80% en otro orden opinan que se debe hacer uso de la inaplicabilidad de la norma por parte del Juzgador, cuando esta contraviene garantías fundamentales que atentan contra el Derecho a la Vida, la libertad y principios de necesidad, lesividad consagrados en la Constitución y tratados internacionales, lo cual debería llevar necesariamente a que las penas de larga duración sean declaradas inconstitucionales.

ANÁLISIS

En la doctrina se citan los controles constitucionales como la inaplicabilidad, la inconstitucionalidad y el amparo. En la jurisprudencia se hace alusión a la inaplicabilidad e inconstitucionalidad. En la entrevista las valoraciones de los Jueces de sentencia respecto a las consecuencias jurídicas de la determinación de penas de prisión excesivas.

a. en la doctrina se ubican los controles constitucionales que son comunes a todas las legislaciones los cuales se ejercitan en menor o mayor grado de acuerdo a la violación de derechos constitucionales; en su orden a aplicación se cita en primer lugar:

a.1. la inaplicabilidad, la cual como ya se dijo en el capítulo tres puede ser solicitada por las partes en el proceso o de oficio a iniciativa del Juez, la cual consiste en dejar de aplicar una norma por considerar el Juez que esta es violatoria de la legislación constitucional, con la característica de que esta inaplicabilidad solo es valida para una decisión judicial en particular.

a.2. la Inconstitucionalidad, con cita de lo expresado en el capítulo tres, consiste es un control de las normas infraconstitucionales, y tal control puede versar

sobre la constitucionalidad de la formación de las normas, como sobre la constitucionalidad de su contenido; para el caso de el Art. 45 C.P. penal se está objetando la inconstitucionalidad de su contenido pues al revisar la Ley Constitucional lesiona tajantemente los principios de humanización, temporalidad y fines de la pena establecidos en el Art. 27 Incs. 2º. y 3º. Cn.

a.3. el amparo, este proceso se encuentra reconocido a nivel constitucional en todos los países de Latinoamérica. Su incorporación en la norma suprema de todo ordenamiento jurídico permite dotarlo de un conjunto de garantías. Desafortunadamente este recurso no tiene mayor aplicación en el área penal, pues requiere el agotamiento de los recursos ordinarios, y pasa que cuando se han agotado los recursos que le anteceden, ya se ha incurrido en daños irreparables para el inculpado, por lo que su solicitud deja de ser oportuna.

b. en cuanto a la jurisprudencia, se citan resoluciones de inaplicabilidad del tribunal tercero de sentencia y de inconstitucionalidad de la Sala Constitucional.

b.1. la inaplicabilidad, como control constitucional, ha sido el arma legal del que ha hecho uso el tribunal tercero de sentencia de San Salvador, el cual se ha caracterizado siempre por emitir sentencias en el marco de los preceptos constitucionales que tutelan derechos fundamentales del inculpado, para el caso se ha declarado inaplicable el Art. 45 C.P. por considerarlo violatorio de los fundamentos humanistas de la Constitución tanto por la dosimetría de la pena como por las condiciones de cumplimiento de la pena de prisión.

b.2. asimismo la inconstitucionalidad, es otro control al poder punitivo del estado, y no obstante que son muchas las resoluciones emitidas por la Sala de lo Constitucional, se cita la que declaró inconstitucional los artículos 2 Incs. 2º y 4º, 4, 6,12,14 Inc. 1º, 15 y 22 de la Ley de emergencia contra la violencia y el crimen organizado, por violar principios constitucionales de temporalidad de las

penas, fines de la pena, dignidad humana, libertad de expresión, libertad deambulatorio, etc.

c. en la entrevista a los Jueces, estos manifestaron en mayor porcentaje que el uso de la inaplicabilidad es la consecuencia más inmediata, pues se cuenta con la potestad que el Art. 181 Constitución les confiere, y también por que el declarar la inaplicabilidad es el primer paso para declarar posteriormente la inconstitucionalidad, en el sentido que la declaratoria de inaplicabilidad se remite a la CSJ para que la respectiva Sala pueda llegar a declarar la inconstitucionalidad de la normativa cuestionada de inconstitucional.

Desafortunadamente nuestro legislador no tiene esa cultura de defensa de la Constitución, por lo que no hace uso de del control de la inaplicabilidad con la frecuencia que debería hacerlo a favor de tutelar los derechos que la Constitución le protege al inculcado, debiendo ser por falta de formación constitucional o por o contrariar los intereses de sectores de poder que promueven una mayor dureza en la aplicación de sanciones penales.

12. ¿Debe privar el principio de legalidad de la ley secundaria sobre el de supremacía constitucional en relación al aumento de la pena de prisión a setenta y cinco años?

El 25% de los Jueces hicieron mención del Art. 246 Cn, el cual establece que la Constitución prevalecerá sobre el resto de leyes y reglamentos, es por eso que el juez debe ser primero defensor de la Cn, antes que serlo de la ley secundaria.

El 25 % citó Art. 235 Cn. el cual establece a los funcionarios públicos la obligación de cumplir y hacer cumplir la Constitución, cualesquiera que sean las leyes o decretos que la contraríen. Es decir que debe hacerse prevalecer la supremacía que tiene la Cn en relación a la ley secundaria.

El 50 % hacen alusión a que las corrientes modernas orientan al Juzgador a sancionar conductas tomando en cuenta el principio de mínima afectación, es decir que el Juzgador debe sopesar ante la controversia de leyes o normas, que penalización afectará menos si el cumplimiento del principio de legalidad de la ley secundaria o la tutela de principios de libertad, dignidad, proporcionalidad, necesidad, etc. que fundamentan la Ley Suprema.

ANÁLISIS

En la doctrina y la jurisprudencia se retoma el principio de supremacía Constitucional y los criterios de interpretación de las leyes. En la entrevista la opinión de los Jueces respecto a la interpretación de la legislación.

a. en su orden la doctrina establece que:

a.1. la supremacía Constitucional debe ser el elemento conductor de la función del Juzgador en su tarea de impartir justicia pues esta constituye un control formal y material de disposiciones infraconstitucionales como lo es la ley secundaria. Las normas constitucionales en comparación con el resto del ordenamiento jurídico son calificadas con el término de súper legalidad respecto a la legalidad de las normas de ley secundaria.

a.2. interpretación de las leyes. La doctrina clasifica la interpretación jurídica de las normas en varios tipos, entre los cuales se mencionan algunas tales como la teleológica, gramatical, restrictiva, extensiva, sistemática, etc. Más la misma establece que cualesquiera que sea el tipo de interpretación debe estar acorde a los lineamientos constitucionales, y que sobre todo debe hacerse una interpretación extensiva de la norma en la que se pongan en juego la conjugación de los tipos pertinentes a fin de tutelar en forma amplia los derechos del inculpado, es decir que el tipo de interpretación que se haga de la norma siempre debe tener como finalidad el principio de in dubio pro reo.

b. la jurisprudencia consultada en el mismo sentido establece:

b.1. la sujeción a la ley constitucional, al determinar que todo órgano del estado que tenga participación en la planeación y ejecución de políticas estatales, como lo son los órganos legislativos y judicial que son quienes desarrollan la política penal, deben reconocer como limitantes a su accionar los preceptos constitucionales como ley suprema que es y ante la cual han jurado cumplir y hacer cumplir.

b.2. en cuanto a la interpretación que debe hacerse de la norma legal, cita nuestra jurisprudencia que debe ser acorde a los fundamentos humanistas de la constitución, especialmente cuando de la literalidad de la norma se advierte la violación a derechos y garantías del inculgado.

c. en la entrevista a los Jueces, tal como se ha establecido en la doctrina y la jurisprudencia, estos estuvieron de acuerdo en su mayoría que la interpretación de la norma penal debe ser extensiva incluso debe trascender a la normativa internacional ratificada por El Salvador en los casos que sea necesario para favorecer al inculgado, como lo es el caso del Art. 45 C.P. en el cual el Juzgador no se puede atener a aplicar la literalidad de la sanción establecida en esta norma, por lo que debe interpretar la misma acorde a la normativa constitucional para verificar si esta es lesionada con la sanción a imponer.

Por lo que dejamos sentado que si se hace una interpretación extensiva de la norma penal relacionándola con la norma constitucional se establecerá fácilmente que el Art. 45 C.P. violenta drásticamente los principios constitucionales citando puntualmente el Art. 1 y 27 Cn.

13. ¿además de la Constitución que otros Instrumentos jurídicos, son limitantes al poder punitivo del Estado?

El 70 % sostuvieron que no obstante que nuestra Constitución recoge sus fundamentos de humanización precisamente de los postulados de tratados y convenios internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por El Salvador, de manera puntual la misma normativa internacional puede ser invocada para denunciar los excesos del poder punitivo del Estado. Así también pueden invocarse las Leyes Secundarias, en razón de los principios de legalidad, proporcionalidad, mínima afectación, y lesividad, que se derivan de la Constitución para tutelar los derechos del condenado.

El 30 % restante sostuvo que organismos internacionales que existen en la actualidad tales como la Corte Internacional de Justicia, La Corte Interamericana de Justicia, Comisión de Derechos Humanos y la OEA, pueden intervenir ante el uso deshumanizado del poder punitivo del Estado, y que se constituyan en precedentes para que en lo sucesivo en función de reorientar la política penal.

ANÁLISIS

En cuanto a la doctrina se citan los tratados internacionales sobre derechos humanos y la ley secundaria. En la jurisprudencia los tratados y resoluciones de tribunales internacionales sobre derechos humanos. En la entrevista la apreciación de los Jueces respecto a la normativa internacional como limitantes al poder punitivo del estado.

a. La doctrina señala diferentes instrumentos legales de carácter Internacional que son aplicados de acuerdo al Art. 144 inc. 1 de la Cn.

a.1. los instrumentos legales que pueden ser invocados para limitar el poder punitivo del estado, en el tema que nos ocupa son aquellos que poseen disposiciones atinentes a los fines de la pena, duración y condiciones de

cumplimiento en un centro penitenciario, que en razón de lo mismo prohíben ciertas penas o mecanismos crueles inhumanos o degradantes en contra de los internos.

Por lo que no obstante que nuestra Constitución recoge sus fundamentos de humanización, precisamente de los Convenios Internacionales ratificados por El Salvador, de manera puntual la misma normativa Internacional puede ser invocada para limitar los excesos del poder punitivo del Estado,

a.2. la ley secundaria, como derivado de la Constitución también puede ser señalada como un instrumento legal para frenar el excesivo uso del poder punitivo, especialmente aquellas normas que armónicamente desarrollan contenidos constitucionales como lo son los principios de igualdad, proporcionalidad, legalidad, retroactividad.

b. se citan en la jurisprudencia consultada los tratados internacionales tales como:

b.1. pacto internacional sobre derechos humanos, convención americana sobre los derechos y deberes del hombre, tratado internacional contra la tortura, tratos crueles inhumanos y degradantes, reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos.

b.2. así también existen tribunales internacionales tales como Corte Internacional de Justicia, la Corte Interamericana de Justicia, la Comisión de Derechos Humanos, OEA, que pueden pronunciarse en la censura de los excesos de poder en cuanto a políticas penales de un estado.

c. En las entrevistas la mayoría de Jueces coincidieron en lo ya dicho en la doctrina y jurisprudencia, respecto a los organismos y normativa internacional que influyen en un estado limitando el poder del estado cuando este desconoce la vigencia de políticas penales de corte humanista, al punto de lesionar los derechos que las instituciones jurídicas antes mencionadas se encargan de

tutelar al hombre en general y sobre todo aquel que es más vulnerable como lo son los que ostentan la situación jurídica de inculpado.

14. ¿existen incongruencias entre lo establecido en tratados Internacionales de Derechos Humanos y el aumento de setenta y cinco años a la pena de prisión?

El 20% de los jueces citó de manera general la existencia de diversos tratados internacionales que a raíz del ejercicio de sistemas autoritarios de muchos gobiernos que no reconocen límites en la implementación y ejecución de políticas criminales, han obligado a organismos internacionales sobre derechos humanos a legislar a favor de los Derechos fundamentales de todo tipo de personas y especialmente de aquellas que son sometidas al poder punitivo del Estado, prohibiendo los tratos deshumanizados y las penas indeterminadas y perpetuas, por lo tanto hay discrepancia entre estos y la pena de prisión en comento.

El 80 % cito la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en lo pertinente al cumplimiento de las penas de prisión, señala que nadie debe ser sometido a torturas ni penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, se menciona también que las penas tendrán como finalidad la readaptación social del condenado. El pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece en su Art.10, las circunstancias a tomar en cuenta al recluir a una persona, sin olvidar su calidad de ser humano, independientemente de las causas por las cuales se encuentre en prisión, dice que toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

ANÁLISIS

En doctrina se enuncian diferentes organismos Internacionales y tratados ratificados por El Salvador que señalan una prohibición a penas exorbitantes como la del Art. 45 C. P. En la jurisprudencia se mencionan aquellas resoluciones que señalan los derechos y garantías que resultan restringidos con la imposición de penas de prisión excesivas en lo cuantitativo y cualitativo. En las entrevistas los Jueces de Sentencia hacen énfasis a la no aplicación de penas crueles, inhumanas y degradantes señalando su prohibición en la normativa internacional.

a. en la doctrina se citan la diversidad de organismos internacionales que existen en la actualidad tales como:

a.1. la corte internacional de justicia, la corte interamericana de justicia, comité interamericano de derechos humanos; los cuales tienen a potestad para intervenir en determinado momento ante el uso deshumanizado del poder punitivo de un estado, para sugerirle la enmienda de una política criminal.

a.2. así mismo como instrumentos de derecho internacional se citan la convención americana sobre derechos humanos, el pacto internacional de derechos civiles y políticos, convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura.

b. la jurisprudencia como ya se dijo se basa en señalar al igual que en la doctrina la normativa internacional que prohíbe penas excesivas, es así que.

b.1. la convención americana sobre derechos humanos en el Art. 5 num. 2, 3, 4 y 5 que se refiere al cumplimiento de las penas de prisión, señala que nadie debe ser sometido a torturas ni a penas ni tratos crueles, inhumanos y degradantes y que al privar de libertad a alguien debe tratarse con el respeto debido a la dignidad del ser humano y que la pena no pueda trascender la persona del delincuente.

b.2. el pacto internacional de derechos civiles y políticos, establece de manera concreta en el Art. 10 una serie de circunstancias que deben tomarse en cuenta al recluir a una persona, sin olvidar su calidad de ser humano, independientemente de la causas por las cuales se encuentra en prisión; Dicho articulo establece en el numeral 1, que, "Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido al dignidad inherente al ser humano", y la convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura, que en todo su contenido prohíbe cualquier tipo de tortura, penas crueles e inhumanas, como lo es la del Art. 45 C.P. por los repetidos argumentos enunciados.

c. en cuanto a las entrevistas los jueces en su mayoría establecen que hay una clara contradicción entre lo establecido en los tratados internacionales de derechos humanos y sus organismos, por la tutela de estos en el respeto a la dignidad del ser humano independientemente de los ilícitos penales por los cuales se encuentra en prisión, respecto al aumento a 75 años a la pena de prisión ya que toda persona privada de libertad debe ser tratada humanamente.

15. ¿si la sentencia a setenta y cinco años de prisión obedece a una estricta interpretación gramatical del Art. 45 No. 1 C.P. entonces que tipo de interpretación es la que se hace cuando se declara inaplicable el artículo en mención?

El 20% opinaron que la interpretación que debe hacerse cuando se está ante una norma de Ley Secundaria es conforme a la Constitución, pues la ley secundaria debe guardar armonía con lo establecido en la Constitución como ley suprema que es.

El 60% sostiene que la interpretación que ha de hacer el legislador es de carácter extensivo tratando de acomodar lo dispuesto por el Art. 45 del código

penal a lo establecido por la Cn. en esa línea, si del parangón hecho se concluye que lo dispuesto en la norma es inconciliable con la Cn. entonces debe declararse la inaplicabilidad la normativa que la trasgrede. En mención. Hay que hacer una interpretación integral de la norma, es decir que no debe verse aisladamente, antes es importante determinar sino lesiona principios, derechos o garantías consagradas en otras leyes secundarias, tratados internacionales ratificados por el Salvador los cuales de acuerdo al Art. 144 Cn. también son ley de la república y de manera primordial sino riñe con las disposiciones constitucionales.

El 20 % de los Jueces denotaron que el Art. 17 Pr Pn. manda que se interprete restrictivamente todas las disposiciones legales que afectan la libertad individual, así también el inciso segundo de este mismo artículo prohíbe la interpretación extensiva y la analógica mientras no favorezcan al imputado, es decir el Juzgador cuando busca favorecer al imputado debe al momento de interpretar una norma hacer uso de una interpretación extensiva e integral que vaya desde los preceptos Constitucionales hasta los postulados de Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos.

ANÁLISIS

En el terreno doctrinario Segundo V. Linares Quintana se ha elaborado con éxito y precisión las reglas básicas para la interpretación de la normativa legal. La jurisprudencia hace alusión al adecuado uso de la interpretación de la norma. En la entrevista los Jueces destacan la importancia de la interpretación extensiva de la norma penal del Art. 45 C.P.

a. los doctrinarios hacen diferentes clasificaciones de la interpretación de la norma, a continuación se describen las atinentes al tema de investigación:

a.1. Interpretación Teleología, que señala la prevalencia del contenido finalista de la constitución.

a.2. Interpretación Practica, establece que la norma debe interpretarse con un criterio amplio, liberal y practico y nunca estrecho, limitado y técnico, de manera que, en la aplicación practica de sus disposiciones, se cumplan cabalmente los fines que la informan.

a.3. Interpretación Semántica, advierte que las palabras que emplea la norma deben ser entendidas en su sentido general y común a menos que resulte claramente de su texto que el constituyente quiso referirse a su sentido legal técnico; y en ningún caso ha de suponerse que un termino constitucional es superfluo o esta de más, sino que su utilización obedeció a un designio preconcebido de los autores de la ley. La primera fuente de interpretación de la ley es su letra, por lo que las palabras deben entenderse empleadas en su verdadero sentido.

a.4. Interpretación Sistemática u Orgánica: La ley constituye un todo orgánico y sus disposiciones deben ser aplicadas concertadamente lo que implica que ningún artículo puede ser interpretado aisladamente, sin embargo en la interpretación orgánica pueden haber dificultades menores como las ambigüedades y errores semánticos y mayores como las redundancias normativas, las contradicciones normativas y las contradicciones ideológicas.

a.5. Interpretación Progresista, puntualiza que la norma en cuanto a instrumento de gobierno, cuya flexibilidad y generalidad le permite adaptarse a todos los tiempos y circunstancias, ha de ser interpretada teniendo en cuenta, no solamente las condiciones y necesidades existentes al momento de su sanción, sino también las condiciones sociales, económicas y políticas que existen al tiempo de su interpretación, a la luz de los grandes fines que informan a la ley suprema del país.

a.6. Interpretación Restrictiva, le atribuye al texto legal su simple significado, su interpretación se reduce al contenido sin admitir la incongruencia o complementariedad de la norma que se interpreta respecto a otras leyes.

Así también de la clasificación que hace Abelardo Torre, se extrae la:

a.5. Interpretación extensiva, que se refiere a que quien interpreta la norma cree que se debe ir más allá de lo que dicen las palabras legales para que la letra corresponda al espíritu y volumen del texto.

b. la jurisprudencia estudiada establece que el legislador debe hacer una interpretación de carácter extensivo tratando de acomodar lo dispuesto por el Art. 5 del código penal a lo establecido por la constitución, si de esto se infiere que lo dispuesto en la norma es inconciliable con la constitución entonces debe declararse la inaplicabilidad del artículo en mención puesto que no se hace una interpretación integral de la norma es decir que no debe verse aisladamente pues se debe buscar siempre que la ley secundaria guarde armonía con lo establecido por la constitución como ley suprema que es.

c. en cuanto a las entrevistas sostienen los Jueces en su mayoría que la interpretación que debe hacerse de la norma legal es en primer lugar conforme a la Constitución, para hacer valoraciones integrales de la norma jurídica pues no obstante que la ley secundaria debe estar sujeta a la normativa constitucional por desprenderse de ella y constituir su desarrollo, la mala práctica legislativa va distorsionando este vínculo, por lo que el Juzgador no debe atenerse a hacer interpretaciones restrictivas sino integrales de la norma, pasando por la Constitución y Tratados Internacionales.

Vale aclarar que todos los tipos de interpretación tienen aplicación y no hay buenos ni malos, es tarea del Juzgador utilizar el método idóneo para el caso en concreto, pues no se puede perder de vista que el tipo de interpretación

a utilizar ha de hacerse con la finalidad de proteger y favorecer los derechos del inculpado.

CAPÍTULO VI

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

6.1. CONCLUSIONES

Interpretando lo dictado por la doctrina, jurisprudencia y entrevistas realizadas a los Jueces de sentencia, en relación a si son violados los principios de humanización, temporalidad y fines de la pena, regulados en el Art. 27 Incs. 2º y 3º. de la Constitución, con la reforma del Art. 45 No. 1 del Código Penal, que eleva la pena de prisión a setenta y cinco años y manda cumplir una parte de la misma en aislamiento y sin beneficios penitenciarios; Si se cumple la hipótesis investigada y al respecto tomando en cuenta los enfoques arriba mencionados y la información contenida en los diferentes capítulos de la problemática investigada; en su orden se presentan las conclusiones siguientes.

- ✓ En cuanto a la aplicación de penas tanto en el pasado como en la actualidad, expresamos que estas no han dejado de tener ese carácter retributivo que se manejó en las épocas históricas de la venganza divina y la pena publica, pues aunque se han hecho grandes esfuerzos por humanizar las mismas, aun los sistemas penitenciarios no han logrado llevar a la practica el sentido utilitario de esta, no obstante que en materia de Derecho Constitucional y Penal, la tendencia es a humanizar las penas de prisión, más a la luz de las reformas de la ley penal que incrementan la pena en su dosimetría y calidad, se advierte que lo que se hacen es retroceder a sistemas penitenciarios caracterizados por la tortura y aislamiento, que ya no tienen cabida en el pensamiento humanista de la actualidad.
- ✓ Consideramos que no obstante que el Código penal se define fundamentalmente como un Derecho Garantista que limita efectivamente el poder punitivo del Estado y los abusos de poder. En la practica se ha

observado que las casi doscientas reformas de que ha sido objeto la legislación penal han ido modificando sus postulados al punto que ya no se puede decir que emanan del marco constitucional, sino al contrario cada reforma que aparece lo va alejando del modelo constitucional de Derecho y acercándolo cada vez más a un modelo autoritario, pues aunque se sostenga que las reformas penales se disponen para velar por la seguridad ciudadana no se justifica la vulneración a principios fundamentales de un Estado Constitucional de Derecho.

- ✓ Revisando el desarrollo evolutivo que se ha tenido en materia Constitucional y Penal, nos damos cuenta que las doce Constituciones y los seis códigos penales que hemos tenido, no han sido suficientes para tutelar los derechos fundamentales, pues si bien es cierto que en el marco Constitucional se pueden citar grandes logros como la abolición de la pena de muerte, tortura, penas perpetuas y la aparición del fin utilitario de la pena; en materia penal el resultado es desolador pues no obstante que algunas leyes penales y penitenciarias recogen los postulados constitucionales para desarrollar un apropiado sistema penal, en la actualidad la política penal ha llevado a considerar una desarmonía total con la Constitución en lo relativo al respeto de principios de temporalidad, humanización y fines de la pena.
- ✓ El proceso de reformas a la justicia penal contempladas en la legislación penal vigente a partir del 20 de abril de 1998, tenían como finalidad modernizar, democratizar y humanizar el ejercicio del poder punitivo del Estado en la búsqueda de un justo balance que garantizara tanto la protección de las víctimas del delito, con las garantías que corresponde al acusado de cometerlo, más la naturaleza de estas instituciones jurídicas se va desvirtuando no solo por que las reforma sean totalmente

contrarias a su espíritu sino porque contrasta radicalmente con principios de Derechos Humanos consagrados en nuestra Constitución, que es la que le da origen a la normativa secundaria en mención; Derechos de los cuales por su condición de ser humano sigue siendo sujeto de tutela quien ostente la condición jurídica de culpable en un proceso penal.

- ✓ Creemos que las soluciones autoritarias con las que responde a la criminalidad el poder legisferante, no son las más adecuadas, pues si bien es cierto que una población preocupada por la inseguridad social exige del Estado soluciones autoritarias y extremas, ya que el temor hace que la población pida mayor represión y justifique los excesos e ignore la importancia del respeto a los derechos humanos y a la gobernabilidad democrática, no por esto el legisferante en el marco del poder que tiene para legislar va a irrespetar los preceptos constitucionales los cuales debe de reconocer como límites para una eficaz práctica legislativa; pues no es bien visto que Estados que se llamen democráticos, utilicen el peligro social para restringir más drásticamente los derechos individuales de sus habitantes. por lo que se hace necesario que nuestro legislador reconozca estos principios como limitantes a su técnica legislativa.
- ✓ Más allá de la violación en abstracto que se hace a los principios Constitucionales de humanización, temporalidad y fines de la pena por el incremento de setenta y cinco años a la pena de prisión determinada en el Art. 45 No. 1 C. P., la mayor violación en concreto la hacen los Juzgadores al no interpretar las normativa penal en forma extensiva buscando la armonía de esta con la Constitución o detectando las contradicciones entre la ley secundaria con la Constitucional para declarar la inaplicabilidad de estas normas y así promover la inconstitucionalidad de las mismas, así como también la insipiente o tímida labor del defensor

en los procesos penales que no interpone los recursos penales pertinentes, y no solicita la inaplicabilidad de la norma violatoria; es decir que no hay en el gremio jurídico una cultura de defensa de la Constitución por encima de la ley secundaria, para resguardar el respeto a las garantías, derechos y principios constitucionales.

- ✓ Partiendo de que la individualización judicial de la pena se refiere a esa función del Juez, en el conocimiento de todos los elementos precedentes y coyunturales en la comisión del delito, es de notar que a pesar de que la doctrina penal cita ampliamente factores y fases para la individualización judicial de la pena y que nuestro código penal en su Art. 63 también hace referencia a esos factores reales, estableciendo que deben tomarse en cuenta la extensión del daño, los motivos que impulsaron el hecho, la comprensión del carácter ilícito del hecho por parte del autor, las circunstancias económicas, sociales y culturales del autor, y las circunstancias atenuantes o agravantes, aun las no consideradas por la ley; en la práctica jurisprudencial se advierte que el Juzgador no argumenta en sus sentencias el haber tomado en cuenta el artículo antes mencionado para individualizar la pena en un caso concreto, tampoco valora los factores finales de la pena establecidos en el Art. 27 de la Constitución.
- ✓ Como sistemas teóricos de la individualización judicial de la pena se citan en este trabajo el de la pena exacta o puntual y el del espacio de juego o margen de libertad, sostenemos que la primera teoría tuvo vigencia en los primeros códigos penales de nuestro país desapareciendo su aplicación en el código de 1974 el cual ya regulaba la individualización judicial de la pena a partir de la teoría del espacio de juego, a través del cual tomando en cuenta ciertas circunstancias determina la pena entre

un límite mínimo y un límite máximo fijado para cada delito por el legislador.

- ✓ Al analizar la información teórica, la jurisprudencia y los criterios de los jueces respecto a la forma como se ejerce la política criminal en nuestro país, sostenemos que la política penal que se desprende de ella no es diseñada ni ejercida sobre la base de un conocimiento pleno del fenómeno delincencial, llegando a concluirse que el poder legisferante no podrá controlar con sus normas penales la delincuencia si no parte de conocer las causas que la generan, pues no es aumentado la dosimetría o condiciones de las penas como se reducirá el delito, sino dando respuestas adecuadas a la crisis delincencial, la política criminal debe estar orientada hacia la prevención y no a la represión que lo único que busca es contener temporalmente la situación de inseguridad social.
- ✓ La pena de prisión que determina el Art. 45 No. 1 C.P. no solo afecta al condenado en el aspecto cuantitativo de la pena al elevar la dosimetría de esta, sino también en lo cualitativo de la misma pues le somete a un régimen que restringe de manera discriminada sus derechos respecto al resto de los internos, vulnerando con esto la misma inspiración de la ley penitenciaria que se basa en un sistema de tratamiento progresivo que de acuerdo a la recuperación del interno de su tendencia a delinquir, le proporciona el beneficio de libertad anticipada devolviéndolo a la sociedad para ser un ente útil.
- ✓ En relación a que si la pena de prisión de setenta y cinco años, es violatoria del principio de prohibición de penas perpetuas, y temporalidad de las mismas establecida en el Art.27 Inc. 2 de la Constitución, se afirma que sí, pues aunque el Art. 45 No. 1 C.P. no señale expresamente que la

pena de prisión es a perpetuidad, en su cumplimiento material sin beneficios penitenciarios resulta serlo pues según el promedio de expectativas de vida, aun en las persona que llevan una vida en aceptables condiciones es entre los sesenta y sesenta y cinco años, esas expectativas se ven disminuidas en el sistema carcelario donde se sabe que al recluso no se le ofrecen condiciones aceptables de alimentación, salubridad, salud mental, etc. estableciéndose por lógica que el condenado a pena de prisión de setenta y cinco años es probable que muera antes de obtener su libertad, constituyendo así la pena en mención una pena perpetua. Por lo que la aplicación de esta norma penal estaría violando en contenido del Art. 27 el cual en su inciso 2º. Prohíbe las penas perpetuas.

- ✓ Siempre en cuanto a la temporalidad de las penas, de lo expresado por los jueces de sentencia concluimos que con esta reforma del Art. 45 No. 1 C.P. se esta lesionando lo establecido en el Art. 27 de la Constitución pues no obstante que esta en el inciso 2º. del mencionado artículo expresa que están prohibidas las penas perpetuas, con la reforma en mención se está condenando a una pena perpetua de manera implícita, pues si tomamos en cuenta lo establecido en el Art. 17 del C.P. es a partir de la edad de dieciocho años que se puede aplicar a la persona la ley penal en comento, y si a esto le agregamos que como promedio de vida se tienen sesenta años, tiempo que se ve reducido por las condiciones de vida dentro del centro penal; lo que nos lleva a determinar que si a una persona se le condena a setenta y cinco años de prisión al tener dieciocho, esta persona morirá en la cárcel antes de obtener su libertad, lo cual implica que con sentencias de esta cuantía se le está condenando a una pena vitalicia que es igual a decir perpetua.

- ✓ Respecto a la humanización de la pena entendemos que la pena de prisión determinada en el Art. 45 No. 1 C.P. es atentatoria del principio de humanización que recoge en toda su esencia la Constitución de la República y que es respaldado por diversos tratados internacionales que también constituyen ley de la Republica; es deshumanizante la determinación de setenta y cinco años como pena de prisión y aun más las condiciones en las que debe vivirse esta pena de prisión pues restringe gravemente garantías y derechos constitucionales como los de libertad deambulatoria, derecho a la comunicación, al contacto familiar a la visita íntima, pues según estudios del comité de Derechos Humanos el aislamiento por más de un mes es nocivo para la salud mental y desarrollo físico de una persona con mayor razón lo serán siete años y medio que constituyen el diez por ciento de la condena de setenta y cinco años, es deshumanizante también por que la pena de prisión al cumplirse trasciende al grupo familiar del recluso al prohibirle el contacto físico con su familia, la libre comunicación con los mismos, y por último por que disocia al recluso al someterlo a vivir en soledad, pues ni la peligrosidad del detenido o penado, ni la inseguridad del establecimiento carcelario o la penitenciaria, pueden justificar la tortura, entendiéndose al aislamiento como un acto de tortura que inflige graves afectaciones de orden físico y psíquico.
- ✓ No obstante que para nuestro legislador no son limitantes los principios de humanización, temporalidad y fines de la pena, si lo son para la doctrina y la jurisprudencia, pues en relación al problema de investigación, la misma Constitución en su Art. 2 establece que toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, por su parte el Art. 1 de la Cn. define que el Estado Salvadoreño reconoce a la

persona humana como centro y fin de toda la actividad del estado; y demás esta decirlo que el Art. 27 de la misma Cn. prohíbe las penas perpetuas, inhumanas y que manda la organización del Estado para procurar la resocialización del recluso.

- ✓ Complementariamente a la idea anterior planteamos que las reformas determinadas en el Art. 45 No. 1 C.P. que no obstante provenir del poder legislativo, son el resultado de presiones que obedecen al interés de un grupo de poder económico en nuestro país y a políticas de interés internacional siempre en el rubro económico, pues lo que mueve la emisión de estas reformas es la protección de bienes jurídicos de carácter patrimonial, pues ante la incapacidad del Estado para resocializar a los delincuentes no queda más que emitir normas a fin de sacarles de circulación para que no representen más un peligro para sus intereses, como ejemplo se cita el secuestro el cual es sufrido mayormente por quienes tienen elevados recursos económicos, el homicidio que suele ser resultado también del secuestro, el narcotráfico que afecta la economía y desarrollo humano en el extranjero.
- ✓ La política criminal no solo debe aumentar la dosimetría de la pena como el único medio de combatir la criminalidad, pues este suele ser el menos efectivo, así se comprueba, pues no obstante que la reforma al Art. 45 No, 1 aumentó la pena de prisión a setenta y cinco años para algunos delitos entre ellos el secuestro, no se redujo sino lo contrario, pues el informe la misma División Elite Contra el Crimen Organizado de la Policía Nacional Civil, destaca que hasta el 11 de febrero del 2002, o sea seis meses después de la reforma, ya se habían registrado más de 10 secuestros en el país, por lo tanto no es exacerbando la ley que se combate la criminalidad.

- ✓ Creemos que la lucha contra la alta criminalidad no se debe hacer estableciendo penas excesivamente largas, ni condiciones de cumplimiento de penas que signifiquen un retroceso a sistemas que por su concepción y ejecución deshumanizante han caído en desuso, sino que es necesario que la política criminal se base en el respeto al marco de garantías y derechos fundamentales que determina la Constitución de la Republica, ya que comprobado está que el endurecimiento de las penas no disminuye los indices de criminalidad, pues el infractor de la ley no delinque porque la dosimetría de la pena sea corta o larga, sino por otras causas que deben ser detectadas por la criminología, para impulsar a partir de esto una política penal adecuada.

6.2. RECOMENDACIONES

En el entendido que todo proceso de investigación es un acercamiento al conocimiento de una realidad, nos permitimos hacer las siguientes recomendaciones, no obstante, sabemos que algunas veces no es fácil poner en practica las sugerencias que se puedan dar después de realizado un trabajo de investigación de este tipo, especialmente si el ejecutarlas no dependen de la decisión de una persona o institución, y con mayor razón, si estas se anteponen a políticas de jerarquía superior. Nuestras recomendaciones van dirigidas concretamente a los Jueces de sentencia, Jueces de vigilancia penitenciaria y de ejecución de la pena, los abogados que ejercen la procuración y el órgano legislativo; ya sea para que reflexionen sobre lo ya hecho, y en el mejor de los casos para minimizar los efectos penales que genera la vigencia de la excesiva pena de prisión determinada en el Art. 45 No. 1 C.P. y que lesiona gravemente los principios de humanización, temporalidad y fines de la pena establecidos en la Constitución de la Republica:

- ✓ De manera particular se les recomienda a los profesionales que ejercen la procuración que ante el auge de la infinidad de reformas penales que busca la drasticidad de la ley, como lo es el Art. 45 No. 1 C.P. sin tomar en cuenta la magnitud de la violación a Derechos Humanos, ejerzan el Derecho de una manera eficaz y agresiva fundamentando la petición de inaplicabilidad de la disposición comentada.
- ✓ A los juzgadores se les sugiere que ejerzan con valentía la llamada independencia judicial en la tutela de los principios Constitucionales contenidos en el Art. 27 Cn; que sus resoluciones no obedezcan más que a la prevalencia de la ley Primaria por encima de la secundaria, a fin de respetar el principio de legalidad en el proceso penal que se le promueve al imputado; que no limiten su labor de juzgar a negar o aprobar un requerimiento fiscal, una petición de querellante o una buena o mala defensa, sino que sus resoluciones vayan más allá de los resultados de la contienda entre las partes que intervienen en el proceso, que haciendo uso del control difuso de la Constitución, declaren inaplicable el Art. 45 No. 1 C. P.
- ✓ A fin de ordenar toda la disparidad y contradicciones que han generado las diversas reformas penales que tutelan los bienes jurídicos como la vida, la libertad y el patrimonio, se recomienda que se haga una revisión integral de las leyes penales; para el caso que nos ocupa en el rubro de la dosimetría de la pena de los delitos a los bienes jurídicos arriba mencionados; para citar un ejemplo el homicidio simple en relación al secuestro simple tiene una pena desvalorada pues el primero tiene una pena que va de diez a veinte años, mientras que el segundo va de treinta a cuarenta y cinco años de prisión, es decir que el secuestro tiene mayor penalidad que el homicidio como si el bien jurídico vida fuera menos

importante que el bien jurídico libertad personal, la misma desproporción se da con el delito contra la libertad individual agravada cuya pena puede alcanzar hasta los sesenta años de prisión, mientras que el homicidio agravado solo puede alcanzar esta dosimetría si este sucede en el marco del concurso real de delitos, de lo contrario el marco penal será de treinta a cincuenta años; siendo estas incongruencias las que hacen necesaria una exhaustiva revisión de la legislación penal.

- ✓ Al órgano legislativo se le recomienda que asuma su práctica legislativa sometida a los límites que implica los principios constitucionales, para que en el entendido de que todo poder estatal incluido el legislativo está sometido a la constitución, procuren que sus actos no rebasen dichos principios, así como se ha hecho con la reforma del Art. 45 No. 1 C. P. que elevó la pena de prisión a niveles que contravienen los principios de proporcionalidad, culpabilidad, lesividad, mínima afectación y más específicamente los de humanización, temporalidad y fines de la pena regulados en el Art. 27 Cn; se recomienda además que no ejerzan una política penal populista sino que obedezca a una seria y demarcada política criminal basada en un diagnóstico confiable sobre las causas que generan la criminalidad para que a través del ejercicio de su técnica legislativa haya una aproximación a las soluciones del problema delincencial.
- ✓ Como podemos apreciar, tanto en nuestra Constitución como en el código penal se establece que el fin de la pena es la enmienda o corrección del delincuente y su completa readaptación, así como la prevención del delito en todas sus formas, siendo para ello indispensable, que los administradores del Estado, atendiendo un mandato constitucional, organicen los centros penitenciarios de tal manera, que

pueda efectivamente proporcionar una verdadera readaptación del delincuente, para que estos en un momento dado se reintegren a la sociedad como entes productivos y alejados del delito.

- ✓ A los órganos del Gobierno o Instituciones privadas que tienen influencia en el diseño o implementación de la política criminal se les recomienda que en cuanto a decidir los destinos de una nación en crisis, la política criminal no debe enfocarse únicamente a endurecer las leyes penales o aumentar las atribuciones policiales para perseguir el delito, sino que la política criminal lleve implícita los programas de prevención pues no se puede por decreto de ley reducir la criminalidad, por lo que se recomienda que no solo se haga política penal represiva a una situación de violencia existente sino también que el gobierno central coadyuve esfuerzos con otras instituciones a fin prevenir el delito a través de la educación, esparcimiento, fuentes de empleo.

- ✓ Se les recomienda a los Jueces de Vigilancia Penitenciaria y de ejecución de la pena, que en la medida de lo posible se corrijan en el cumplimiento de las penas de prisión, el irrespeto a derechos que desarmonizan con los postulados constitucionales que afectan no solo el aspecto cuantitativo de la pena sino además el cualitativo, manteniendo un adecuado seguimiento a las condiciones físicas y psíquicas en que se cumple la pena para valorar los avances conductuales del recluso y no estancar esa posibilidad de reinserción social que ofrece el Art. 27 de la Cn. en el que se regula que la pena tiene un fin utilitario y no retributivo.
- ✓ Se le recomienda al Juez de Vigilancia Penitenciaria y ejecución de la pena, velar por que los directores de centros penales no hagan un uso abusivo e irrazonable de la pena, dado que en el marco de la vigencia del respeto a la dignidad humana, el condenado tiene dignidad, y la pena no debe ser un instrumento de castigo o venganza de la sociedad contra el recluso.
- ✓ Se les recomienda a los fiscales que en el marco del conocimiento que deben tener de los derechos constitucionales, no fundamenten sus requerimientos en la solicitud de la aplicación de la pena de setenta y cinco años de prisión regulada en el Art. 45 No. 1 C. P. por ser esta norma violatoria de los principios constitucionales de temporalidad, humanización y fines de la pena consagrados en el Art. 27 de la Constitución.

BIBLIOGRAFÍA

A. LEYES AFINES AL TEMA

- ✓ Constituciones de la República, de 1824 a 1983
- ✓ Códigos Penales, de 1825 a 1998
- ✓ Ley Penitenciaria, de 1873 a 1998
- ✓ Tratados Internacionales ratificados por el Salvador en Materia de los Derechos Humanos. (Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Convención contra la Tortura u otros Tratos y Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, y las normas mínimas para el Tratamiento de los Reclusos).

B. LIBROS

- ✓ Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. 1ª. Edición. Barcelona. Pág. 55
- ✓ Historia de El Salvador. Tomo I y II. Comisión Nacional de Libros de Textos Gratuitos. México. 1994
- ✓ Historia de las Constituciones de El Salvador. Talleres Gráficos UCA. San Salvador 1984
- ✓ Ramos Juan. La Peligrosidad en El Código Penal. Editorial Praxis. Buenos Aires. 1926.
- ✓ Palazzo Francesco. Estado Constitucional de Derecho Penal. Teorías actuales del Derecho Penal. Editorial AD-HOC 1ª. edición. Buenos Aires Argentina. 1998
- ✓ Bidart Campos, German. El Derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa. Editorial Ediar. Buenos Aires Argentina. 1995.

- ✓ Maurach/Gossel/Zipf. Derecho Penal Parte General. 7ª edición Alemana. editorial Astrea. Buenos Aires. 1994.
- ✓ Ferrayoli Luigi "Derecho y Razón". Teoría del Garantismo Penal. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y otros. Editorial Trotta, Madrid, 1997.
- ✓ Gunther, Jakobs. Derecho Penal parte general. Fundamentos y Teoría de la Imputación. 2ª edición corregida. Editorial Trota. Madrid 1997.
- ✓ Pérez Luño, Enrique Antonio. Los Derechos Fundamentales. Editorial Tecnos 3ª. Edición, Madrid. 1988.
- ✓ Legaz y Lacambra, Luis. Teoría general del Estado. Bosch Casa Editorial. Barcelona 1934.
- ✓ Bustos Ramírez, Juan. Manual de Derecho Penal parte general. 3ª. Edición. Editorial Ariel. Madrid. 1996.
- ✓ Gómez de la Torre Ignacio Verdugo, Ferre Olive, Juan Carlos y Serrano Piedecabras, José Ramón. Manual de Derecho Penal parte general III. Editorial Praxis. Madrid. 1992.
- ✓ Díaz, Elías. Estado de Derecho y Sociedad Democrática. 4ª edición. Editorial Ariel. Madrid. 1972.
- ✓ Zaffaroni Eugenio, Raúl. Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina. Editorial de palma. Buenos Aires. 1981.

C. TESIS

- ✓ Pérez García, Astrid Guadalupe. La eficacia de los Procesos de Constitucionalidad que tutela los Derechos Fundamentales. UCA. San Salvador 2002.
- ✓ Martínez Lázaro Javier, La Ejecución de la Sentencia Penal UES. San salvador 1985.

- ✓ Penas Alternativas a la Pena de Prisión como Medida para el equilibrio entre los fines y la ejecución de la Pena UES. San Salvador 1996.

D. REVISTAS JUDICIALES

- ✓ Revista Judicial. Tomo III, No. 1 enero. 1978.
- ✓ Archivo General de la Nación. Criminales de Santa Ana. Sección Jurídica D-2 No. 12-1 No. 32 1882.
- ✓ Álvaro Lucio. Revista Judicial Tomo III NI. El Salvador. septiembre 1908.
- ✓ Memoria de labores del Ministerio de Justicia. El Salvador. 1950
- ✓ Memoria de labores del Ministerio de Justicia. El Salvador Diario Oficial No. 113 Tomo 259- 19/6/1978.
- ✓ Cruz José María. Violencia, democracia y cultura política en América Latina. Revista de Estudios Centroamericanos ECA No. 588 San Salvador. Octubre 1997.
- ✓ Bernalles Ballesteros E. Seguridad Ciudadana y Gobernabilidad en la región andina. Comisión Andina de Juristas. Lima 1999.
- ✓ Instituto Universitario de Opinión Pública. Actitudes y normas culturales sobre violencia en el área metropolitana de San Salvador. ACTIVA informe provisional MINED 1996.
- ✓ Martínez Lázaro, Javier. Los Principios del Derecho Penal en la Legislación Salvadoreña. Revista Justicia de Paz No. 7 año III, vol. 1-111 septiembre-diciembre 2000. CSJ-AECI, San Salvador. El Salvador 2002
- ✓ Calderón Cereso, Choclan Montalvo, José Antonio. Principios del hecho punible y responsabilidad penal. Revista Justicia de Paz año I. Vol. I septiembre-diciembre 1998 CSJ-AECI. San Salvador. El Salvador 1998.

- ✓ Sánchez Escobar, Carlos Ernesto. Principio de culpabilidad penal. Revista Justicia de Paz año IV Vol. III No. 10, septiembre-diciembre 2001 CSJ-AECI. San Salvador, El Salvador 2001.

- ✓ **E. JURISPRUDENCIA**

- ✓ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Suárez Rosero. Sentencia Ref. 12/11/97
- ✓ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Fiaren Garbe y Solís Corrales. Sentencia Ref. 15/9/89
- ✓ Comité de Derechos Humanos. Caso Larrosa versus Uruguay. Comunicación No. 88/1981.
- ✓ Sentencia de Inaplicabilidad Art. 149 y 45 No. 1. C. P. ref. 78-2000-1a. Tribunal tercero de sentencia San Salvador 2000.
- ✓ Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley de Emergencia contra la Violencia y el Crimen Organizado. Publicación No. 23 CSJ. San Salvador 1997.
- ✓ Sentencia a 60 años de prisión por concurso real de delitos. Ref. 252-3-2001 Tribunal cuarto de sentencia. San Salvador 2001
- ✓ Sentencia de Amparo Ref. 787-99. CSJ sala de lo Constitucional, 11 de julio del 2001. San Salvador. El Salvador. 2001
- ✓ Sentencia de Inaplicabilidad del Art. 149 C. P. ref. 30-02-3ª. 2002. Tribunal Tercero de Sentencia. San Salvador. El Salvador 2002
- ✓ Sentencia de Inconstitucionalidad de los artículos 2,3,4,5,6,8,10,11,12,13,14,15,22,y 27 la ley de emergencia contra la delincuencia y el crimen organizado. 1997.

F. OTRAS FUENTES

- ✓ <http://www.plandenación.org.sv> Plan de Nación. consulta especializada. Capítulo IX. Profundización de la Reforma Judicial. Enero 1999.
- ✓ http://www.oas.org_statements publicación electrónica en sitio web de la organización de los Estados Americanos.
- ✓ La Prensa Grafica 30 de octubre 2001 Pág. 6
- ✓ La Prensa Grafica 12 de noviembre 2001 Pág.56
- ✓ La Prensa Grafica 30 de julio 2003 Pág. 12
- ✓ Diario de Hoy, 24 de septiembre 2003 Págs. 1-3

ANEXOS

ANEXO 1

GUÍA DE ENTREVISTA A JUECES

La Guía de Entrevista hecha a los jueces contenía los siguientes ítems:

1. Considera inconstitucional la pena de prisión de setenta y cinco años contemplada en el artículo 45 No. 1 del código penal
2. Cree que se violan principios constitucionales al someter al penado a un régimen de internamiento especial
3. La creación de un régimen de internamiento especial para internos considerados de alta peligrosidad debe ser la respuesta del Estado ante la criminalidad.
4. Que opinión tiene sobre el aumento a la pena de prisión como respuesta del poder punitivo del estado ante la criminalidad
5. Cree que el legislador hace valoraciones constitucionales a la hora de crear o reformar la norma penal
6. Tiene algún tipo de limitantes el legislador cuando emite normas penales
7. Cuales son los fundamentos o valoraciones para que el legislador aumente la pena de prisión a 75 años.
8. Considera que el aumentar a 75 años la pena de prisión es violatorio del principio de temporalidad de la pena
9. Considera los principios constitucionales de humanización, temporalidad y fines de la pena, como algunos de los fundamentos jurídicos para declarar la inaplicabilidad de una norma

10. En que circunstancias debe declararse la inaplicabilidad de una norma jurídica.
11. Cuales son las consecuencias jurídicas ante la aplicación de penas exorbitantes como la del. 45 c. p.
12. Considera que debe privar el principio de legalidad de la ley secundaria sobre el de supremacía constitucional en relación al aumento de la pena de prisión a 75 años
13. Además de la constitución que otros instrumentos jurídicos, son limitaciones al poder punitivo del Estado
14. Existen incongruencias entre lo establecido en tratados internacionales de derechos humanos y el aumento a 75 años a la pena de prisión.
15. Si la sentencia a 75 años de prisión obedece a una estricta interpretación gramatical del Art. 45 C.P. ¿que tipo de interpretación es la que se hace cuando se declara inaplicable el articulo en mención?

TABULACIÓN DE LAS ENTREVISTAS

PREGUNTA	CATEGORÍAS DE RESPUESTAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Considera inconstitucional la pena de prisión de setenta y cinco años contemplada en el artículo 45 No. 1 del código penal	a. viola principios del Art. 27 Cn que habla de los fines de la pena	4	20 %
	b. se violan principios, derechos y garantías, de la Cn. y esta en el Art. 246 establece que sus principios no pueden ser alterados por la ley secundaria	9	50 %
	c. viola la Constitución y Tratados Internacionales en lo relativo a que no pueden haber penas perpetuas e inhumanas	5	30 %
Cree que se violan principios Constitucionales al someter al penado a un régimen de internamiento especial	a. si porque se afectan Derechos Fundamentales del Art. 1 Cn relativos a la dignidad humana.	5	30 %
	b. además de violar la Cn. lesiona el espíritu mismo de la Ley Penitenciaria que se basa en el sistema progresivo	4	20 %
	c. si porque la Cn. en su Art. 27 prohíbe las penas tortuosas, siendo el aislamiento un tormento inhumano que no tiene ninguna utilidad sino solo causar sufrimiento excesivo.	9	50 %

La creación de un régimen de internamiento especial para internos considerados de alta peligrosidad debe ser la respuesta del estado ante la criminalidad	a. no es inocuizando al delincuente como se cumplirán los propósitos de una política criminal tendiente a la prevención general y especial; tampoco es correcto en el marco de la concepción garantista de la Cn. en el resguardo de Derechos humanos y la función utilitaria de la pena de prisión.	16	90%
	b. no porque es una respuesta de política criminal deshumanizada, a través de la cual se quiere disminuir la delincuencia convirtiendo las cárceles en un contenedor que reclusos a perpetuidad, sin importar las condiciones, pues o se muere ahí o sale de esta tan anciano que ya no represente ningún peligro para el resto de la sociedad.	2	10%
Que opinión tiene sobre el aumento a la pena de prisión como respuesta del poder punitivo del estado ante la criminalidad	a. es una respuesta del poder del Estado que no es propia de un Estado Democrático Republicano y Constitucional que pregona la Cn. atenta también contra sus principios de prohibición de pena perpetua y reinserción de los reclusos.	1	10 %
	b. es una respuesta de política penal que se erige sobre el la teoría de que el hombre delinque porque las penas de prisión son cortas, por lo que al aumentarlas disminuye los delitos.	5	25 %
	c. El poder legislativo cree que resuelve la expectativa de la sociedad por la seguridad jurídica, haciendo valer el principio del interés publico sobre el particular.	5	25 %

	d. es una respuesta del poder punitivo de carácter represivo que no ataca las causas del problema delincriminal, se debería ver que los delitos cometidos en su mayoría son de carácter patrimonial por lo que el problema es el desempleo.	7	40 %
Cree que el legislador hace valoraciones constitucionales a la hora de crear o reformar la norma penal	a. no hace valoraciones constitucionales por las variantes de formación académica, intereses encontrados de bloques políticos, y los intereses de poder económico que determinan las leyes.	10	60 %
	b. no reconoce límites a su técnica legislativa ni siquiera los Constitucionales	4	20 %
	c. no se hacen valoraciones constitucionales por que ante una sociedad en crisis la legislación es determinada por sectores de poder, por lo que política penal a adoptar debe ser depurativa	4	20 %
Serán los principios de humanización, temporalidad y fines de la pena, la mayor limitación al poder legisferante del estado para aumentar la pena de prisión	a. estos principios y otros más deben ser limitantes al poder punitivo del Estado, pero no todos los legisladores conocen de postulados Constitucionales y aun conociéndolos, en su quehacer legislativo se ven influenciados a acompañar intereses mayoritarios	12	70 %
	b. no todos los legisladores tienen conocimiento del marco legal para hacer valoraciones a favor o en contra de reformas penales como la mencionada	2	10 %
	c. no legisladores no están interesados de acuerdo a determinaciones constitucionales sino más bien tratan de legislar para generar simpatía y asegurar su estancia en el poder político.	4	20 %

Cuales son los fundamentos o valoraciones para que el legislador aumente la pena de prisión a 75 años.	a. Obedecen a presiones que ejerce el poder económico representado por la ANEP, en asociación al partido en el poder, para que con la formativa se genere temor a delinquir y sacar del medio social a perpetuidad a quien afecta sus intereses pues la mayoría de delitos afectan su patrimonio.	13	70 %
	b. darle respuesta a la colectividad quienes ante la inseguridad social quieren castigos excesivos para quien quebranta el orden social con la comisión de delitos	5	30 %
Considera que el aumentar a 75 años la pena de prisión es violatorio del principio de temporalidad de la pena	a. Si porque el Art. 27 Cn lo prohíbe en su Inciso 2º. pues de cuerdo a promedios de vida, con la pena de setenta y cinco años se vivirá por siempre en la cárcel	11	60 %
	b. la pena de setenta y cinco años es un fraude a la Cn. pues expresamente en el Art. 27 Inc. 2º esta prohibida la pena perpetua, más el Art. 45 No. 1 C. P. implícitamente la establece al extenderla a los 75 años	2	10 %
	c. el Art. 246 Cn fija los limites en razón de que los principios de la Cn. no pueden ser alterados por las leyes restantes por lo que en la pena de prisión de 75 años se disfrazo una pena perpetua	5	30 %
Considera que la violación a los principios Constitucionales de humanización, temporalidad y fines de la pena, son	a. si porque si estos están resguardados por la Cn. y son violentados con la aplicación de otra norma de jerarquía inferior, ad pie para que el Juzgador declare inaplicable la norma contraria.	11	60 %
	b. el Art. 235 Cn establece a los funcionarios públicos la obligación de cumplir y hacer cumplir la Cn. por lo por la inaplicabilidad se debe hacer prevalecer la Cn, por	7	40 %

algunos de los fundamentos jurídicos para declarar la inaplicabilidad del Art. 45 No. 1 C. P.	encima de la ley secundaria.		
Que fundamentos jurídicos llevan a declarar la inaplicabilidad de una norma jurídica	a. lo establecido en el Art. 235 Cn que pide a los funcionarios públicos el cumplir y hacer cumplir la Cn, ante cualquier ley que la contrarié.	5	30 %
	b. el Art. 185, concretamente dice que le corresponde a los tribunales en casos concretos declarar la inaplicabilidad de la norma contraria a los preceptos constitucionales	11	60 %
	c. lo establecido en Tratados Internacionales reconocidos por El Salvador, pueden ser citado para declarar inaplicable una norma en base al reconocimiento que hace la Cn en el Art. 144 para los tratados internacionales	2	10 %
Cuales son las consecuencias jurídicas ante la aplicación de penas exorbitantes como la del Art. 45 c. P.	a. se puede hacer uso del amparo ante la Sala de lo Constitucional y también demandar a El Salvador por violación a Derechos Humanos ante la comisión de Derechos Humanos o la Corte Interamericana y si prospera la denuncia El salvador puede quedar clasificado como un Estado violador de Derechos humanos	14	80 %

	b. Debe hacerse uso de la inaplicabilidad de la norma por parte del Juzgador por contravenir garantías fundamentales, e iniciar procesos de inconstitucionalidad de este y otros artículos de la legislación penal	4	20 %
Considera que debe privar el principio de legalidad de la ley secundaria sobre el de supremacía constitucional en relación al aumento de la pena de prisión a 75 años	a. el Art. 246 Cn. establece que la Constitución prevalecerá sobre el resto de leyes por lo tanto el juez debe ser primero defensor de la Constitución antes que de la ley secundaria.	5	25 %
	b. Art. 235 Cn. Obliga a los Funcionarios Públicos el cumplir y hacer cumplir la Constitución, cualesquiera que sean las Leyes o Decretos que la contraríen. Debe hacerse prevalecer la supremacía que tiene la Constitución en relación a la Ley Secundaria.	5	25%
	c. las corrientes modernas orientan al juzgador a sancionar conductas tomando en cuenta el principio de mínima afectación, el juzgador debe sopesar ante la controversia de leyes o normas de penalización o la tutela de principios de libertad, dignidad, proporcionalidad, necesidad, etc. que fundamentan la Ley Suprema.	8	50%

Además de la Constitución que otros instrumentos jurídicos, son limitaciones al poder punitivo del estado	a. Los postulados de tratados y convenios internacionales ratificados por El Salvador, la misma normativa internacional puede ser invocada para limitar los excesos del poder punitivo del Estado, así también las leyes secundarias en razón de los principios de legalidad, proporcionalidad, mínima afectación, lesividad.	13	70%
	b. los organismos internacionales que existen en la actualidad tales como la Corte Internacional de Justicia, la Corte Interamericana de Justicia, la Comisión de Derechos Humanos, OEA, etc.	5	30%
Existen incongruencias entre lo establecido en tratados internacionales de derechos humanos y el aumento a 75 años a la pena de prisión	a. Diversos Tratados Internacionales prohíben los tratos deshumanizados y las penas indeterminadas y perpetuas, por lo que hay discrepancia entre estos y la pena de prisión en comento.	4	20%
	b. La Convención Americana sobre Derechos Humanos en lo pertinente a l cumplimiento de las penas de prisión señala que nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; de igual forma el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el Art. 10, establece que toda persona privada de libertad será tratada con respeto.	15	80%
Si la sentencia a 75 años de prisión obedece a una	a. Debe hacerse conforme a la Constitución, pues la Ley Secundaria debe guardar armonía con la Constitución por ser la Ley Suprema.	4	20%

<p>estricta interpretación gramatical del Art. 45 c.p. ¿que tipo de interpretación es la que se hace cuando se declara inaplicable el articulo en mención?</p>	<p>b. Debe ser de carácter extensivo, integral, tratando de acomodar lo dispuesto en el Art. 45 C.P. a lo establecido por la Constitución, ya que no podemos ver aisladamente la Ley Secundaria de la Ley Suprema que es la Constitución.</p>	11	60%
	<p>c. El Art. 17 Pr. Pn. manda que se interprete restrictivamente todas las disposiciones legales que afecten la libertad individual, el inciso segundo del mismo artículo prohíbe la interpretación extensiva y la analógica, mientras no favorezcan al imputado.</p>	4	20%

ANEXO 2
SENTENCIA DE INAPLICABILIDAD

TRIBUNAL TERCERO DE SENTENCIA: SAN SALVADOR, a las dieciséis horas del día nueve de Agosto del año dos mil dos.

Viso en Juicio Oral el proceso Penal con número de entrada 78-2002-19, instruido contra los imputados de treinta y un años de edad, de estado familiar soltero, de nacionalidad salvadoreña, de profesión u oficio mecánico, lugar y fecha de nacimiento San Miguel, diecinueve de agosto de mil novecientos sesenta, residente en dieciocho Avenida Norte, número ochocientos catorce, Colonia Guatemala, de esta ciudad, hijo de

conocido por

y por

de

treinta y cuatro años de edad, de estado familiar acompañado, de nacionalidad guatemalteca, de profesión u oficio vendedor comerciante, lugar y fecha de nacimiento Cobán, Alta Verapaz; el once de noviembre de mil novecientos sesenta y siete, residente en Segunda Calle, quince - tres, Zona uno, Cobán, Guatemala, hijo de padre - y WANNER USIEL ENRIQUE GARRIDO GARCIA BARZANALLANA, conocido por de treinta y tres años de edad, de estado familiar soltero, de nacionalidad guatemalteca, de profesión u oficio Programados de Computadoras, lugar y fecha de nacimiento Guatemala, diecinueve de agosto de mil novecientos sesenta y ocho, residente en Cobán, Guatemala, hijo de Carlos Enrique Garrido y Bertha Lidia Barzanalana de León de Garrido; y

GONZALEZ BUSTAMANTE, de veintidós años de edad, de estado familiar soltera, de nacionalidad Nicaragüense, residen te en Managua, de profesión u oficio estudiante, lugar y fecha de nacimiento Managua, Nicaragua; veintidós de septiembre de mil novecientos ochenta, residente una cuadra abajo de la Embajada Americana y tres al norte, casa cuatrocientos cuarenta y cinco, Nicaragua, hija de Oswaldo Rafael Gonzalez Bermúdez y Esmeralda Bustamante Ruygamas, por el DELITO de SEQUESTRO AGRAVADO, tipificado y sancionado en los arts. 149 y 150 n° 2 y 3 Pn., en perjuicio del menor FELIPE SALAVERRIA ALFARO.

La Vista Pública ha sido dirigida por los Jueces del Tribunal Tercero de Sentencia de esta ciudad, Licenciados CARLOS ERNESTO SANCHEZ ESCOBAR, MARTIN ROGEL ZEPEDA y JOSE ISABEL GIL CRUZ, siendo presidida por el segundo de los mencionados de conformidad a lo establecido en los arts. 53 inc. 1°, n° 2 Pn., y 18, 149, 150 n° 2 y 3 Pn.

Han intervenido como parte de la representación Fiscal los Licenciados

quienes pueden ser NOTIFICADOS

en la Institución oficial a la que pertenecen en esta ciudad; como Querrelante el Licenciado JOSE MARIO MACHADO CALDERON, ejerciendo la Defensa Técnica y dependientes de la Procuraduría General de la República, a favor de los imputados

conocido por

y

los Licenciados

conocido por MAURICIO QUINTANILLA y OFELIA ELEONORA RAHETA, quienes pueden ser NOTIFICADOS en la dependencia oficial a la que pertenecen, en esta ciudad; ejerciendo la Defensa Técnica en su carácter particular a favor del imputado

FREDDY WILLIAM MONTES VARGAS y ANA ANGELA ARIAS, quienes pueden ser NOTIFICADOS al TELEFAX 660-6792, y ejerciendo la Defensa Técnica en su carácter particular a favor de la acusada GRACE ANGELICA GONZALEZ BUSTAMANTE, el Licenciado NICOLAS ANDRES HERNANDEZ GOCHEZ, quien puede ser NOTIFICADO en su oficina jurídica situada en Final Séptima Avenida Norte, Edificio Dos-C, local ocho, Centro de Gobierno, San Salvador y el TELEFAX 225-0878.

RELACION CIRCUNSTANCIADA DE LOS HECHOS

"Que el día dieciséis de Octubre del año dos mil uno, aproximadamente a las seis y veintita horas, en el Redondel San Benito, costado oriente, final pasaje El Espino, de la Colonia San Benito, en momentos que los menores se conducían conjuntamente con el motorista, señor [redacted], en el vehículo tipo automóvil, marca SUBARU, placas particulares P-243888, color verde; y al llegar al lugar antes indicado, un vehículo placas desconocidas, tipo automóvil, color negro, interceptó el vehículo donde se conducían los menores antes indicados, bajándose cuatro sujetos, quienes portaban en sus rostros gorros pasamontañas, tipo nararone y fusiles; al parecer M-16, apuntando sus armas en dirección del vehículo interceptado y uno de ellos tocó el vidrio de la puerta del motorista y ordenó que la abriera, optando el señor RIVAS QUINTANILLA, en obediencia, preguntándole el señor desconocido por el arma, manifestándole el señor RIVAS QUINTANILLA, que no portaba arma, por lo que el mencionado sujeto desconocido le ordenó al otro costado del vehículo, preguntó al sujeto que apuntaba al motorista ¿cuál se llevaba?, a lo que éste contestaba que a cualquiera, simultáneamente ambos menores horcaban y uno de los sujetos se llevó al menor FELIPE, subiéndose todos al vehículo y retirándose en el mismo, dejando en el lugar a la menor NATALIA MARIA Y al señor RIVAS QUINTANILLA, quienes se subieron nuevamente al vehículo SUBARU en que se conducían, dirigiéndose a la vivienda de los padres del menor secuestrado, señor JOSE ANTONIO JESUS SALAVERRIA Y MARÍA LUISA DE SALAVERRIA, a quienes les informaron lo sucedido, posteriormente, el mismo día, recibió dos llamadas telefónicas en la línea celular [redacted] persona designada por la familia OCHENTA Y SIETE, que portaba el señor [redacted] como [redacted] CERRO SEIS OCHENTA Y SEIS, del sistema prepagado;

solicitó DIEZ MILLONES DE DOLARES, amenazando que si no se los entregaban iban a dejar al niño en pedazos en el portón, por lo que desde el momento del pliego se inició la investigación por parte de la División Elite contra el Crimen Organizado (DECO). Que el día veintidós de Octubre del año dos mil uno, los plagiarios dejaron una nota anónima en la Sección del Cuerpo de Bomberos; al padre del menor, amenazando con matar a su hijo si no obtenían el dinero solicitado y expresaban que en la Prensa Gráfica iban a poner un anuncio clasificado, lo que así hicieron el día veinticuatro y veinticinco de Octubre del año dos mil uno, asimismo hicieron llamadas telefónicas a una amiga de la familia de la víctima de nombre PATRICIA VIDRI DE

ley lo manda, por lo que consecuentemente estamos ante personas que ya han alcanzado la edad requerida para ser sujetos de aplicación de la Ley Penal, puesto que tiene más de dieciocho años de edad, es decir ante personas que están en situación de comprender que el PRIVAR DE SU LIBERTAD a otro y pedir un rescate por él, es una conducta que está prohibida por el ordenamiento jurídico.

Por lo que se tiene por acreditada la comprensión del ilícito incriminado a los acusados CARLOS ROBERTO VELÁSQUEZ MORAGA, ROLLER PICÓN SOBERANIS, conocido por ALEJANDRO NUÑEZ MENDEZ y por ORESTES CHITE LAPARRA, WANNER USIEL ENRIQUE GARRIDO GARCIA BARZANALLANA, conocido por JOSE LUIS MARTINEZ OCHOA, y GRACE ANGELICA GONZALEZ BUSTAMANTE, pues estos en base al conocimiento o discernimiento que tenían al mantener privado de su libertad al menor. Claramente se ha determinado que los indicados no adolecen de ningún tipo de afectación psíquica que les hiciera entender el alcance de sus actos, ellos mismos han reconocido por medio de la prueba videográfica, que lo que ellos realizaron no está permitido por el ordenamiento jurídico, es decir, tenían conciencia que el mantener privado de libertad al menor es antijurídico, porque de lo contrario no hubieran expresado los conceptos de arrepentimiento por el mal provocado al niño y a la familia de él.

Nuestra sociedad tutela como un derecho fundamental la LIBERTAD de las personas, de igual manera podemos señalar que este derecho fundamental es reconocido por todo nuestro ámbito cultural, ello significa que el delito de SECUESTRO o la acción de privar de su libertad a una persona con la finalidad de obtener un rescate, también constituye una conducta no permitida en Guatemala y en Nicaragua, por ello podemos afirmar que los imputados que tiene esa nacionalidad no les es ajeno el conocimiento de esta circunstancia, y nos es posible afirmar categóricamente que estamos ante una conducta; cuya comprensión de su antijuricidad, no sea conocida por los imputados, y como lógica consecuencia nos es posible afirmar que los imputados podían haberse motivado de una manera diferente a como lo hicieron.

En conclusión, el Tribunal considera que los imputados tenían conciencia de que la conducta desarrollada no estaba permitida por el ordenamiento jurídico y que no ha concurrido ningún error de prohibición que venga a incidir sobre esta categoría del delito, por lo que les era exigible un actuar diferente al demostrado y por ello debe ser declarada la culpabilidad de ambos, y se procederá a graduar la pena.

VOTO REDACTADO POR EL JUEZ SÁNCHEZ ESCOBAR EN CUANTO A LA PENA, AL CUAL SE

AOHIEREN PLENAMENTE LOS JUECES ROGEL ZEPEDA Y GIL CRUZ.

FUNDAMENTO JURÍDICO N° 1: Conviene ahora examinar en detalle, la cuestión relativa a la pena de prisión que ha sido solicitada al Tribunal por los acusadores, es decir, tanto los distinguidos miembros de la Fiscalía, como el distinguido Querrelante, en sus conclusiones finales, quienes han peticionado se imponga como pena de prisión a cada uno de los imputados, la Sancción de sesenta años de prisión, por el delito de secuestro en el menor FELIPE SALAVERRIA. Tal solicitud tiene como fundamento principal la reforma del artículo 149 del Código Penal, emitida en Decreto Legislativo de fecha dieciocho de julio de dos mil uno, publicado en el Diario

Oficial número ciento cuarenta y cuatro, tomo 352, del treinta y uno de julio de dos mil uno, tal reforma legislativa ha fijado la tarifa punitiva de treinta a cuarenta y cinco años de prisión, disponiéndose además que bajo ninguna circunstancia, los condenados por esta clase de delitos tendrán derecho a la libertad condicional. De la pena de treinta a cuarenta y cinco años de prisión, que corresponde al delito de secuestro simple, la misma se agrava hasta en una tercera parte, si el secuestro es calificado, en cuyo caso los límites de la pena oscilan de cuarenta y cinco años a sesenta años de prisión. Ese es el fundamento de la acusación para solicitar tal pena de prisión y se origina de la reforma del artículo 149 CP ya prechada.

FUNDAMENTO JURÍDICO N° 2: Ahora debe examinarse si el poder legislativo tiene un ámbito absolutamente discrecional para fijar las penas para los delitos en su merecimiento abstracto, o si por el contrario las decisiones que asume en este tópico de la Política Penal, están sujetas a algún mecanismo de control. En otras palabras: Si la Asamblea Legislativa decide reformar el marco punitivo, puede hacerlo sin ningún tipo de limitación, justificando ese acto de poder por el hecho de ser el órgano emisor de la legislación infrakonstitucional, en este caso del Código Penal, para el Tribunal esta facultad de imponer penas en la creación de los delitos, aunque goza de un ámbito laxo de discrecionalidad no puede llevar al absurdo de entender que es un poder ilimitado, al contrario, los límites que el legislante tiene le vienen dados por la misma Constitución de la República y por todos los principios, derechos y garantías que la Carta Magna tutela de manera especial. En tal sentido, el legislador ordinario, al momento de crear penas, se encuentra limitado por la Constitución y ese control de la constitucionalidad de las normas que emanan de su seno, está concedido a un poder distinto al legislativo, para salvaguardar el equilibrio del ejercicio del poder, cuestión que constituye el fundamento esencial del pensamiento democrático - liberal y representa la piedra angular del Estado Constitucional de Derecho.

FUNDAMENTO JURÍDICO N° 3: Como el Tribunal ya se ha pronunciado sobre alguno de estos puntos en otros precedentes, entendemos que parte de la fundamentación ya elaborada es aplicable al presente caso, sobre todo en cuanto a las consideraciones que atañen al Estado Constitucional de Derecho, a la fuerza normativa que se deviene de la Constitución como norma suprema; a los límites que tienen las decisiones de Política Criminal y de Política Penal, respecto de los principios constitucionales y a cuál es la función de la pena en el Estado Constitucional, así como a la aplicación ultractiva de la norma que goza de constitucionalidad, sobre esos tópicos se utilizará los mismos argumentos que ya se han utilizado en otras sentencias, pues los motivos son similares en cuanto a los fundamentos que podamos esbozar; en este sentido daremos vigencia a nuestros precedentes o principio de "stare decisis" como lo nombra la Sala de lo Constitucional, el cual creemos también es utilizable por los Tribunales de instancia, puesto que los mismos argumentos de seguridad jurídica e igualdad, valen para el Tribunal Constitucional, como para los demás Tribunales, sobre ese principio la sala ha dicho "La Sala de lo Constitucional reconoció como garantía técnica de la interpretación constitucional el principio de stare decisis; fundamentado en los principios constitucionales de seguridad e igualdad jurídica, la necesidad de

que ante supuestos fácticos iguales, la decisión de la Sala sea igual, siempre que ambos supuestos sean análogos, tanto en su relación lógica, como en las condiciones que haga necesario el tratamiento igualitario de los mismos" (Ref: 105-2000 del 28 de febrero de 2000), reiterado por ejemplo en SHC 266-2000 del 10 de octubre de 2000, cuando se dijo: "El principio de stare decisis obliga a la Sala de lo Constitucional al fiel acatamiento de los principios y conceptos doctrinales establecidos por ella misma en su jurisprudencia". De lo anterior, indicamos que se reiterará la visión que el Tribunal tiene de los temas relacionados supra y únicamente se abordarán de manera inédita los puntos que no habían sido objeto de pronunciamiento por el Tribunal y sobre los cuales habremos también de examinar en la presente sentencia.

FUNDAMENTO JURÍDICO N° 4: Que nuestra República de El Salvador está vertebrada jurídicamente sobre la noción de un Estado Constitucional de Derecho, con todas las consecuencias que ello significa, es un reconocimiento que ya ha postulado la Sala de lo Constitucional –y que compartimos plenamente– al indicarse que en el Estado Constitucional de Derecho se ve caracterizado por el principio de constitucionalidad, que significa que todo poder –incluido obviamente el legislativo– está sojuzgado a la Constitución, y ninguno de los actos de los poderes que se han constituido puede rebasar legítimamente ese marco constitucional, y en caso de suceder así, la Constitución tiene suficiente imperio para imponerse a las decisiones que alteren o transgredan sus principios o garantías estatuidas, así como las que violen los derechos que ella reconoce. Esta aptitud de la Constitución para someter todo acto contrario a ella, es lo que la Sala de lo Constitucional –citando a Hesse– entiende como fuerza normativa de la Constitución, cuestión que ubica a la norma constitucional como fuente de Derecho; pero, no se trata de cualquier mandamiento normativo, sino de la afluencia suprema de donde se deriva inexorablemente todo el orden jurídico, que debe guardar una afinidad que no constituya un averroismo jurídico en cuanto a la efectividad de la norma constitucional.

FUNDAMENTO JURÍDICO N° 5: Establecido que la Constitución tiene fuerza normativa y que es primaria en cuanto al ámbito de su aplicación, debe señalarse que la misma debe ser respetada por todos los órganos que constituyen el Estado y ejercen su poder; ningún órgano está habilitado para transgredir el orden constitucional, es decir contrariar la Constitución. Así, en el ámbito legislativo, donde esta situación puede llegar a ser más sensible por la reserva de ley que tiene el legislante, la obligación de tal poder es emanar normas que respeten el orden constitucional, si ello no sucede así, la elección para los jueces es clara: la legislación infraconstitucional que emana ordinariamente del poder legislativo no puede estar sobre lo que dispone el marco constitucional, porque el poder que descansa sobre el órgano legislativo no es un poder arbitrario, sino sometido a los dictados de la Constitución.

FUNDAMENTO JURÍDICO N° 6: En materia de política criminal y más precisamente de Política Penal, el legislador está vinculado al orden constitucional, y al respeto de todos los principios y garantías que emanan de la normativa primaria para tutelar los derechos que se le reconocen a los habitantes de la República. La persecución de la criminalidad y del delito no es una facultad que se pueda ejercer desde el ámbito de la normativa secundaria, por fuera de la

secundarias, en el sentido que estas últimas provoquen una alteración de los principios de orden constitucional.

FUNDAMENTO JURÍDICO N° 9: Los principios que señala el máximo Tribunal Constitucional que regulan la actividad política criminal del Estado son: (a) La vigencia de un Estado Constitucional de Derecho; (b) El respeto a la Dignidad de la persona humana; (c) La primacía del bien común; y (d) El respeto del principio de legalidad en materia sancionatoria. Por ser sumamente valiosas las consideraciones de estos principios, es menester transcribirlos en lo atinente, y así, respecto del Estado Constitucional de Derecho se dijo –con cita de Pérez Luño– que es "Un tipo de Estado con unas exigencias de contenidos o materiales que se cifran en la necesidad de una organización y regulación de la actividad estatal guiada por principios racionales, que deben traducirse en un orden político justo...que consisten en mecanismos o condiciones jurídicas de hecho, que presiden el funcionamiento del Estado, basado en ciertos presupuestos fundamentales como son: la limitación de la actividad de los órganos del poder, por la constitucionalidad y la legalidad; la garantía por parte de ésta de los derechos fundamentales; la teoría del control jurisdiccional de toda la actividad del Estado". En cuanto al regulativo de la dignidad humana se expresó: "En segundo lugar, el respeto a la dignidad de la persona humana, que es, a decir del preámbulo de la Constitución, uno de los "fundamentos de la convivencia nacional", y a los derechos fundamentales inherentes a ella, sobre todo por que nuestra Constitución se basa en una concepción personalista o humanista que –según expone Legaz Lacambra– en su esencia "significa dos cosas: una, que el derecho es obra del hombre; otra que el derecho está al servicio del hombre". Tal respeto no debe limitarse a una consideración formal o retórica, sino que debe traducirse en una efectiva tutela a los derechos fundamentales de la persona humana". En cuanto a la primacía del bien común, se consideró: "En ese orden ideás, no caben interpretaciones que sacrifiquen el interés de la sociedad en beneficio del interés egoísta de un individuo, pero tampoco puede sacrificarse totalmente un solo de los derechos de la más modesta de las personas, en aras del interés social. Lograr la justa armonía debe ser la función social del legislador y sentenciar sobre su cumplimiento, es deber de este Tribunal". Por último sobre el principio de proporcionalidad en materia punitiva –con cita de GONZÁLEZ Cuellar– se manifestó: "Finalmente, y sobre todo en materia sancionatoria, la vigencia del principio de proporcionalidad, como una exigencia de ponderación de los intereses en conflicto, lo cual se traduce en materia Penal a "la restricción de los excesos en que pudieran incurrir las actuaciones de los poderes públicos sobre la esfera de derechos e intereses del individuo".

FUNDAMENTO JURÍDICO N° 10: Dicho todo lo anterior, debe este Tribunal examinar –claramente en apretado epitome– cuál es el fin de la pena en un Estado Constitucional de Derecho. Obviamente, esta interrogante pasa por definir cuál es la función de la pena y porqué esta última, siendo una restricción grave a los derechos fundamentales de una persona, se legitima cuando se utiliza racionalmente.

El derecho Penal es la forma más violenta del control social, que el Estado, de manera formalizada, ejerce sobre los sujetos a su jurisdicción. Esta forma de control –que es legítima– se

podrá infligir, infligir o volver ningún acto de tortura y otros malos o penas crueles, inhumanas o degradantes, ni inocular la orden de un superior o circunstancias especiales, como estado de guerra o amenaza de guerra, amenaza a la seguridad nacional, Inestabilidad Política extrema o cualquier otra emergencia pública, como justificación de la tortura y otros malos o penas crueles, inhumanas o degradantes.

FUNDAMENTO JURIDICO N° 80: Una ultima consideración es la vinculada al aislamiento que prevé la pena de prisión y a otras consecuencias del art. 103 de la Ley Penitenciaria, al cual se unifica el art. 45 n° 1. Si se nota la profundización en la intervención de esos derechos, no esta legitimada como pérdida de los derechos civiles, a partir de la pena, por ello es bueno examinar que por disposición constitucional para las penas de prisión, se pierden los derechos políticos del condenado, conforme al art. 75 n° 3 que dice: "Pierden los derechos de ciudadanía: (3) los condenados por delitos". Ahora bien, los derechos que el ciudadano pierde son los llamados derechos políticos - hasta que media rehabilitación conforme del art. 5, 75 Cn.- los cuales son los que prescribe el art. 71 como "Derechos Políticos del Ciudadano" (1) Ejercer el sufragio; (2) Asociarse para constituir partidos políticos de acuerdo con la ley o ingresar a los ya constituidos; (3) Optar a cargos públicos. En ningún caso la pena de prisión hace perder al ciudadano sus derechos civiles, reconocidos en el ámbito de los derechos y libertades fundamentales de la Constitución, en más el mismo art. 3 Cn., precisa que "para el goce de los derechos civiles no pueden establecerse restricciones que se basen en diferencias de nacionalidad, raza, sexo o religión."

FUNDAMENTO JURIDICO N° 81: Si bien es cierto, como ya lo dijimos, algunos derechos y libertades resultan restringidos por la pena de prisión en cuanto al tratamiento carcelario, ello solo es aceptable en grado mínimo y teniendo en cuenta que la ley no puede prohibir lo que no prohíbe la Constitución, ni altera el fundamento de sus principios y libertades. Así, en cuanto a la prohibición de obtenerse información televisada, y supervisión del material escrito, estas limitaciones restringen los derechos de la información televisada, el derecho a informar e informarse, tal cual para el ejercicio de la libertad de expresión que garantiza el art. 6 Cn., este derecho no queda restringido, por ser, en virtud de una condena, los parámetros que se establecen son pena censura sin no sobrevir el orden publico, no lesionar la moral, el honor o la vida privada de los demás. Da así que la prohibición absoluta de recibir información televisada viola elementalmente el derecho no solo del condenado a informarse, sino de los medios que hacen uso de la libertad de expresión para informar. Y el goce de estos derechos civiles desdibujándose entre ciudadano condenado y ciudadano libre, es discriminatorio; cosa diferente es la regulación de horarios y programas a ser vistos. Pero además, tal disposición viola el art. 19, 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que prescribe: "Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideraciones de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección". Las restricciones a este derecho de informar e informarse las regula el mismo art. 19, 2 (a)

"asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; (b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral pública. De igual manera resulta violado el art. 13, 1 y 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece: "(1) Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y expresión, este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o de forma impresa o artística o por cualquier otro medio de su elección. (3) No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de emisoras o aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones". Como se nota, este derecho a informar e informarse no esta sujeto a limitaciones por virtud de encubrimiento, por ello su restricción es más razonable.

FUNDAMENTO JURIDICO N° 82: Respecto de la supervisión del material escrito, debe establecerse que aquel que está calificado como correspondencia epistolar es "privado", así lo determina el art. 24 Cn., que indica: "La correspondencia de toda clase es inviolable, intencionalmente no haya fe ni podrá figurar en ninguna actuación, solo en los casos de concurso y quiebra". La norma indica toda clase de correspondencia, por lo que no hay restricción a este derecho civil, por lo que la correspondencia escrita que emita o reciba un condenado, de ahí que la limitación no alcanza a este tipo de correspondencia como material escrito. En cuanto a las comunicaciones monitoresias o supervisadas, ya el mismo art. 25 establece que: "Se prohíbe la interferencia y la interrupción de las comunicaciones telefónicas", de ahí que su restricción contradiga la Constitución.

FUNDAMENTO JURIDICO N° 83: Por ultimo debe considerarse la restricción a la visita familiar que se ordena ante custodia y con supervisión que evita el contacto físico y la prohibición absoluta de la visita íntima. Obviamente este tipo de restricciones causan una gran afectación no solo al condenado, sino también a su grupo familiar; la condena como Sanción hace perder el derecho al derecho a ver y comunicarse con su familia de manera normal en el recinto penal, de ahí que la restricción es excesiva, pero lo más importante es que medidas como estas afectan al grupo familiar, con lo cual se lesiona gravemente la unidad familiar, que garantiza la Constitución como derecho social, cuando dice en el art. 33: "La familia es la base fundamental de la sociedad y tendrá la protección del Estado, quien dictará la legislación necesaria y crea los organismos y servicios apropiados para su integración, bienestar y desarrollo social, cultural y económico". La norma restrictiva afecta contra la protección que el estado debe brindar a la familia, por lo que el no, aunque condenado, no pierde el derecho a tener su familia, ni la familia del mismo pierde el derecho hacia el condenado. La idea de visitas que eviten el contacto físico que funcionan en otros latidos; y que sontritos de manera cruel e inhumana, no es aceptada por nuestra Constitución.

De igual manera si el Estado debe fomentar el matrimonio o garantizar los derechos de las uniones no matrimoniales, la prohibición de visitas íntimas transgrede un derecho humano y

- e) CONDEMNASES: Al imputado CARLOS ROBERTO VELASQUEZ MORAÑA, a la pena principal de TREINTA Y CINCO AÑOS DE PRISIÓN, la cual cumplirá en el Centro Penal de Cajalpatzen o en el que designe el Juzgado Primero de Vigilancia Penitenciaria o la Dirección General de Centros Penales, por razones de seguridad; al encartado ROLTER PICCON SOBERANIS, conocido por ALEJANDRO NÚÑEZ MENDEZ y por ORESTES CHITE LAPARRA, a la pena principal de TREINTA Y DOS AÑOS DE PRISIÓN, la cual cumplirá en el Centro Penal de Cajalpatzen o en el que designe el Juzgado Primero de Vigilancia Penitenciaria o la Dirección General de Centros Penales, por razones de seguridad; al procesado WANNER USEL ENRIQUE GARIBIDO GALCÍA BARZANALLAMA, conocido por JOSE LUIS MARTINEZ COCHOA, a la pena principal de TREINTA Y CINCO AÑOS DE PRISIÓN, la cual cumplirá en el Centro Penal "Agentes" de la ciudad de Santa Ana o en el que designe el Juzgado Primero de Vigilancia Penitenciaria o la Dirección General de Centros Penales por razones de seguridad; y a la acusada GRACE ANCELICA GONZALEZ BUSTAMANTE, a la pena principal de TREINTA AÑOS DE PRISIÓN, la cual cumplirá en el Centro Penal de Realización para Mujeres de la ciudad de Itzamal o en el que designe el Juzgado Primero de Vigilancia Penitenciaria o la Dirección General de Centros Penales por razones de seguridad.
 - f) Condenase a los imputados SOBERANIS, conocido por
 noción por
 E, en ABSTRACTO en
 - g) Condenase por igual tiempo de la pena principal al imputado CARLOS ROBERTO VELASQUEZ MORAÑA, a la pérdida de los DERECHOS DE CIUDADANO, en calidad de pena accesorio.
 - h) Permanezcan los acusados SOBERANIS, conocido por
 por
 conocido por
 Y
 en DETENCIÓN
 PROVISIONAL, la cual se transformará en PRISIÓN FORMAL, al quedar firme este fallo.
 - i) Absólveseles a los acusados CARLOS MORAÑA,
 conocido por JOSE LUIS SOBERANIS, conocido por ALEJANDRO NÚÑEZ MENDEZ y por ORESTES CHITE LAPARRA,
 conocido por JOSE LUIS
 de las Costas Procesales,
- por ser gratuita la Administración de Justicia.
- j) Con relación a los objetos decomisados en el presente proceso, deberá de darse el debido cumplimiento a lo prescrito en el art. 184 Pr. Pn., procediendo a restituirse aquellos que no estén sometidos a decomiso; tan pronto como sea posible y por las personas que acrediten la propiedad sobre los mismos, mientras que aquellos objetos que han intervenido en los secuestros, deberán ser comisados, más concretamente debe declararse el comiso de las armas; mientras que las evidencias que obran en poder de este Tribunal deberán de

prepararse mientras esta decisión no quedare firme y aquellas evidencias consentientes en dinero, en caso de que existieren, en su oportunidad deberán ser remitidos a fondos ajeros en custodia, asimismo aquellas armas que se encuentran en este Tribunal por no haber sido enviadas al Ministerio de la Defensa Nacional, deberán de trasladarse a este lugar.

k) Libérense los correspondientes oficios de traslado e ingreso al lugar donde los acusados deberán cumplir las penas principales imputada ya relacionados.

l) Remítanse oportunamente las Certificaciones pertinentes al Juzgado Primero de Vigilancia Penitenciaria y Ejecución de la Pena de esta Ciudad, Centros Penales aires relacionados y Tribunal Supremo Electoral.

m) De no impedirse RECURSO alguno, considerese firme la presente, por el transcurso del tiempo, debiendo librarse las comunicaciones respectivas.

Nótese que mediante entrega material de fotocopias a las partes, notifíquese en sentencia y oportunamente ARCHIVASE el expediente.

78-2002-1A

[Handwritten signatures and stamps]

ante mí

[Signature]

ANEXO 3
PUBLICACIÓN PERIODÍSTICA ATINENTE AL TEMA

Henrrique Flores/Fiscal del caso

William López/DEFENSOR

CONTAMOS con la declaración de varios testigos que reconstruyeron a los implicados en rueda de personas. Mantengamos la hipótesis de que el crimen ocurrió por problemas de drogas.

A MIS CLIENTES, aunque les practican exámenes, no les encontramos rastros de pólvora en sus manos ni se decomisaron las armas durante su captura. La fiscalía no tenía pruebas.

Mareros a la cárcel 75 años por matanza

El tribunal escuchó la declaración grabada de una sobreviviente de la masacre. Incriminó a los acusados. Es la primera vez en la historia judicial del país que se impone esta pena máxima

Jaime García
El Diario de Hoy

Por primera vez en el país, un tribunal condenó ayer a 75 años de prisión a tres pandilleros por haber matado a 10 personas en 2001, en la carnicería Los Tres Niños, cerca del Restorán San Salvador.

El Jurado 50 de Sentencia les impuso el pago de 15 mil dólares por cada víctima: Edwin Carlos Flores Mercado, alias El Colcho; Manuel Tibeltiano Márquez, alias El Pico; Kelvin Ormazo, alias Martín; Luzmila, miembro de la Mara Salvatrucha; sumaron 900 años de prisión por los crímenes.

Los condenados asesinaron a cinco al Oscar Manuel Doolanes Brizuela, Eduardo Alfredo Sánchez Montano, Verónica José María Grande, esposa de La Traviesa, Blanca Lilian Carballedo de Matamoros, esposa de La Mama; Roxana Acely Carballo, esposa de Joaquín Zaldívar; Esther Margarita de Lara López y dos homoceras que no fueron identificadas.

La masacre se perpetró el 1 de noviembre de 2001 a eso de las 9:00 de la noche, en el meso situado en el número 150 del pasaje Villanova, entre la 6a y 10a avenidas Norte, donde estaba la carnicería Los Tres Niños.

Cinco cuerpos fueron encontrados en una sola habitación, dos en otra y uno en el pasillo, y otro en la entrada al hospital. La décima víctima murió en el hospital.

La pena de 75 años está siempre desde hace dos años, pero ningún tribunal la había querido aplicar porque se considera que es un castigo perpetuo prohibido por la Constitución.

Declaración

En el juicio se presentó la declaración grabada en cinta sonora de la testigo Estrella (llamada así por encontrarse bajo protección), la que narró a preguntas de una fiscal, lo que vio.

«¿Cuándo ocurrió el 1 de noviembre de 2001?»

«Esa tarde en Los Tres Niños.»

«¿De qué hora se inició?»

«Esta en el pasaje Villanova, cerca del Restorán Centenario.»

«¿Qué hacía usted en ese lugar?»

«Estaba consumiendo drogas. Estaba casi entrando cuando llegaron los tres.»

«¿Cómo es ese lugar?»

«Tenía tres días de haber



El abogado defensor William López (derecha) asesora a los imputados por la masacre durante la audiencia.

LOS MOMENTOS

A la vista pública se escuchó el testimonio de los tres procesados por las diez cuartas.

«¿Quién era la señora (propietaria) la carnicería? ¿Aldo?»

«¿Quién era la dueña?»

«Una señora que le decían La Mama.»

«¿El 1 de noviembre de 2001 ocurrió algo ahí?»

«A eso de las 9:00 de la noche llegaron los tres sujetos a buscar a la Verónica.»

«¿Cuántos cuartos había?»

TESTIGOS

En el juicio no participaron los 15 testigos previstos. La fiscalía y defensa estuvieron de acuerdo.

«Era la mujer de El Colcho (uno de los imputados).»

«¿Qué hacía Verónica ahí?»

«Consumía drogas.»

«¿Conocía al Colcho?»

«No, sólo sabía que tenía una hija con La Traviesa y que era de una mara. Ese día entró del cuarto donde La Traviesa consumía drogas y se la llevó a otro cuarto.»

«¿Cuántos cuartos había?»

NO HALLADO

Un ex agente de la PNC no pudo ser localizado para declarar a continuación del juicio.

«¿Cómo era la casa?»

«Tenía una puerta de metal y otra de madera. Se tocaba y la abría para que entráramos.»

«¿Cuántas personas había en el lugar?»

«Consumiendo (drogas) unas ocho personas.»

«¿Dónde estaba usted?»

«Yo estaba parada en la

DESCARGO

Uno de los imputados solicitó a testigos que declararan en su favor, pero no lo lograron.

«¿Cuánto tiempo duró el hecho?»

«Quedé una hora.»

«¿En qué momento le ve los rostros?»

«Antes de los hechos llevalos a buscar a Verónica. Como no la hallamos después nos tiraron al suelo.»

«¿Qué hizo después?»

«Me salí y estuvimos en una esquina.»

«¿Cuántos sobrevivieron al hecho?»

«Cinco personas.»

«A simple vista no andaban con una camisa pequeña y a su suéter.»

«¿Pudo ver un arma?»

«No, estaba boca abajo, pero luego supe que con armas corrieron.»

«¿Qué pasó después?»

«Después de que nos golpearon nos tiraron al suelo. Nos dijeron que nos iban a matar, pero que no dijéramos nada.»

«¿Los pudo identificar?»

«Vi que eran El Pico, El Colcho y Gaman.»

«¿Qué escuchó estando en el suelo?»

«Los sujetos le pedían a La Mama dinero, joyas y "cuetes" (armas). Luego le pegaron un balazo a la Verónica y siguieron matando.»

«¿Qué más pasó?»

«Nos dijeron que si hablabamos nos matarían. Preguntaron ¿quién era El Colcho y el imputado El Pico?»

«¿Ha vuelto a ver a esas personas?»

«En Apartado (cerca de Santa Ana).»

«¿Cuánto tiempo duró el hecho?»

«Quedé una hora.»

«¿En qué momento le ve los rostros?»

«Antes de los hechos llevalos a buscar a Verónica. Como no la hallamos después nos tiraron al suelo.»

«¿Qué hizo después?»

«Me salí y estuvimos en una esquina.»

«¿Cuántos sobrevivieron al hecho?»

«Cinco personas.»



El lugar de la masacre. El cuerpo de la víctima fue encontrado en el lugar de la masacre. Los sospechosos fueron encontrados en el lugar de la masacre.

Somos inocentes
Aunque los fiscales dicen que los imputados en el caso de la masacre de la Plaza de la Libertad son culpables, ellos aseguran que son inocentes.

• Juan Carlos Mercado asegura que una de las víctimas era su compañera de vida y que una hora antes de la masacre estaban separados.

• Me han involucrado solo por mi. Como he sido el único que ha sido involucrado en el caso, me he involucrado solo por mi.

• El fiscal acusó a los imputados de haber matado a las víctimas, pero ellos aseguran que son inocentes.

SUMARIO MIERCOLES

- NACIONALES**
- Presunto militar cubano busca a su hijo
 - Después de 17 días de búsqueda, se encuentra el hijo de un soldado cubano.
- METRO**
- Agua negra, sin tratamiento
 - El 95 por ciento de las aguas residuales que se arrojan a los principales ríos de la capital, Acacahuatepeque, no recibe ningún tipo de tratamiento por parte de las autoridades.

ARMANDO el diseñador de Hollywood

El diseñador de moda y cine, Armani, se ha convertido en uno de los diseñadores más exitosos del mundo. Su estilo es elegante y sofisticado. En esta edición de su colección de otoño e invierno, Armani presenta una serie de vestidos que combinan la elegancia con la modernidad.

Fiscalía sostuvo tesis

Las tesis que fueron encontradas a salvo la ciudad, pero en los crímenes no fueron tratados como testigos, informó el fiscal.

El fiscal sostuvo que las tesis que fueron encontradas a salvo la ciudad, pero en los crímenes no fueron tratados como testigos, informó el fiscal.

El fiscal sostuvo que las tesis que fueron encontradas a salvo la ciudad, pero en los crímenes no fueron tratados como testigos, informó el fiscal.



La masacre ocurrió en el parque. Los cuerpos de las víctimas fueron encontrados en el lugar de la masacre.

Los sujetos estaban en una zona cercada a unas tres cuadras de donde ocurrieron los hechos.

Los sujetos estaban en una zona cercada a unas tres cuadras de donde ocurrieron los hechos.

Los sujetos estaban en una zona cercada a unas tres cuadras de donde ocurrieron los hechos.

POLÍTICA

- El plan para los próximos tres años incluye 21 proyectos, invertirá 94 millones de dólares. Pág. 20
- Reducirán visas para profesionales en EE.UU. Las autoridades costarricenses emitirán 180 mil visas de trabajo para extranjeros altamente calificados. Pág. 20

METRO

- La Alcaldía de San Salvador presenta programa El plan para los próximos tres años incluye 21 proyectos, invertirá 94 millones de dólares. Pág. 20

ESCAMARIOS

- Tatajes de cuello blanco En esta época, cualquiera puede llevar un disfraz en el cuerpo. Hollywood está listo para. Pág. 14

DEPORTES

- El fútbol y el deporte en nuestro periódico. Pág. 14
- El fútbol y el deporte en nuestro periódico. Pág. 14
- El fútbol y el deporte en nuestro periódico. Pág. 14

ACCIÓN

- El fútbol y el deporte en nuestro periódico. Pág. 14
- El fútbol y el deporte en nuestro periódico. Pág. 14
- El fútbol y el deporte en nuestro periódico. Pág. 14

ENTREVISTA

- El fútbol y el deporte en nuestro periódico. Pág. 14
- El fútbol y el deporte en nuestro periódico. Pág. 14
- El fútbol y el deporte en nuestro periódico. Pág. 14

NEGOCIOS

- El fútbol y el deporte en nuestro periódico. Pág. 14
- El fútbol y el deporte en nuestro periódico. Pág. 14
- El fútbol y el deporte en nuestro periódico. Pág. 14

INTERNACIONAL

- El fútbol y el deporte en nuestro periódico. Pág. 14
- El fútbol y el deporte en nuestro periódico. Pág. 14
- El fútbol y el deporte en nuestro periódico. Pág. 14

EL PAÍS

- El fútbol y el deporte en nuestro periódico. Pág. 14
- El fútbol y el deporte en nuestro periódico. Pág. 14
- El fútbol y el deporte en nuestro periódico. Pág. 14

El trabajo de los jueces, los fiscales y el personal de la Corte Suprema de Justicia. En la reunión se habló de la necesidad de ajustar los códigos Penal y Procesal Penal.

Para Artiga, las constantes reformas a las leyes que entraron en vigencia en abril de 1988 ya no son viables.

“Si no se revisan integralmente los códigos y no se busca una propuesta estructuralmente mejor que la actual, vamos a seguir viendo los días en el juicio resoluciones que son distintas”, reclamó.

Además, señaló, se tendrían valoraciones de pruebas que no están apoyadas a la realidad de los hechos o las investigaciones.

Gubernación apoya

El ministro de Gubernación apoyó la idea. Según él, es necesaria una adecuación integral de las leyes para garantizar el eficaz combate del crimen.

“Es muy posible que lo sensato en este momento sea hacer una nueva propuesta de Código”.

Para el fiscal general, las consistentes reformas planteadas a la legislación actual implican que ha habido una verdadera falta de los actuales códigos, la cual se ha querido arreglar con reformas.

Artiga sentenció: “Por más reformas que se busquen, siempre hay un problema de fondo que hay que arreglar para tener una mejor administración de justicia”.

Uno de esos problemas, por ejemplo, es que “no existe un mecanismo para que se dé una verdadera valoración de la prueba y por parte de los operadores no hay una adecuada aplicación de la sana crítica”, según el funcionario.

A juicio de él, los juzgados de Paz solamente tienen que ser un controlador de la investigación de la Fiscalía.

Las ideas fueron abordadas por Artiga y el presidente de la Sala de lo Penal, Roberto Gustavo Torres.



Foto de LA PRENSA, por Arturo Bertrond Galdino, propusieron que se elabore una nueva normativa penal, con el propósito de mejorar el combate al crimen organizado.

Los códigos y varias tandas de reformas

La que la reforma penal, vigente desde 1988, introdujo como principal novedad en el sistema de justicia, fue la oralidad y la dirección funcional de la Fiscalía General de la República en la investigación.

Esto implicó, para los defensores de la reforma, que el proceso judicial contra un sospechoso fuera más ágil y con mejores posibilidades de defensa.

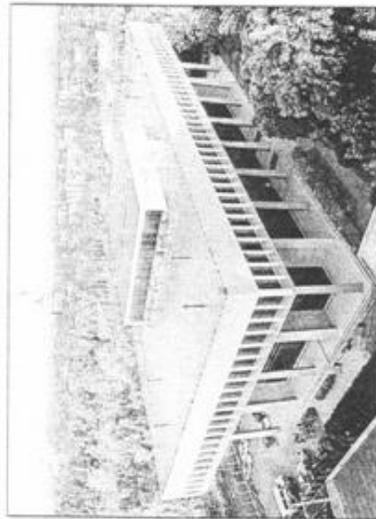
Las nuevas leyes también permitieron incluir como delitos el acoso sexual, la manipulación genética, la manipulación genética culposa, el atentado contra la libertad individual agravada, la inserción artificial no consentida y la inserción artificial fraudulenta, entre otros.

Ha habido, también, voces de desacuerdo.

A pesar de la enorme inyección en tiempo y recursos, quedaron vacíos que condujeron a la casi inmediata ejecución de reformas.

Varias tandas de reformas, y otros tantos proyectos de cambios, siguieron a los códigos implantados en 1988.

Recientemente, Policía, Fiscalía



El presidente de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema se reunió ayer con el Fiscal general para discutir los cambios a la normativa penal.

titucional.

Para las autoridades es importante que se autorice la intervención

Puntos concretos

Para las autoridades es importante que se autorice la intervención

La solución a la delincuencia está en la eficacia de las instituciones y no en la reforma penal, dijo.

Dispuesto a revisar

El diputado armero Gerardo Suvilla especificó que la Comisión de Legislación estaría dispuesta a efectuar una revisión sobre los vacíos “que favorecen a los delincuentes”.

Sin embargo, consideró que la estructura de los códigos Penal y Procesal Penal funciona bastante bien.

ción de llamadas telefónicas, la condena perpetua y el incremento de años de cárcel para algunos delincuentes.

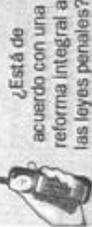
Los partidos ARENA y PCN, por su parte, propusieron incluso la pena de muerte.

En julio pasado, los diputados no avanzaron en el tema de la pena capital, pero aprobaron una pena máxima de 50 años de cárcel.

También que la Policía se encargue de investigar delitos menores y que la Fiscalía sólo quede con la responsabilidad de investigar los delitos mayores.

No prosperó la intervención de llamadas telefónicas ni de las cartas privadas.

¿Y usted qué opina?
De 8:30 a.m. a 12:00m.



¿Está de acuerdo con una reforma integral a las leyes penales?

241-2600



OPINIA CON SU

FUNDACION SALVADOREÑA DE DIABETICOS

CONVOCATORIA

De acuerdo a lo establecido en los artículos 11, 12, 13, 14 y 15 de los Estatutos de la Fundación Salvadoreña de Diabéticos, se convoca a los socios para la Junta General Extraordinaria, que se celebrará a las diecisiete horas del día veintinueve de noviembre del presente año, en el domicilio #10 del Club Campestre Cuacalán de esta ciudad. El Quórum requerido para la instalación de la Junta Extraordinaria en el día y hora señalado será de más del 50% de asociados. En caso de no haber quórum a la hora y lugar indicado, se convoca por segunda vez a las dieciocho horas del mismo día y en el local señalado, pudiendo celebrar la Junta Extraordinaria con los socios presentes y representados que asistan.

Agenda

1. Establecimiento del quórum
2. Nominación de Miembros Honorarios
3. Informe financiero al 31 de diciembre de 2000
4. Elección de nueva Junta Directiva
5. Varios
6. Cierre de la reunión

Note: Se ruega a todos los Socios Fundadores que no puedan asistir a la reunión de Junta General, hacerse representar por otro miembro en forma escrita.

San Salvador, a los once días del mes de noviembre de dos mil uno.

Federico Ruiz de Castilla Sierra
Fundación Salvadoreña de Diabéticos



UNIVERSIDAD CENTROAMERICANA "JOSE SIMEON CAÑAS"
Graduados de INGENIERIA QUIMICA
de la Facultad de INGENIERIA Y ARQUITECTURA
OCTUBRE 2001

AHUACHAPÁN

Reformas no combaten delincuencia, según CNJ



FOTOS: LA PRENSA, por Oscar Méndez
ASISTENCIA. A la actividad asistieron jueces, fiscales, procuradores y estudiantes de Ciencias Jurídicas.

En el país debe haber una verdadera política criminal, para detectar las causas de la delincuencia.

Oscar Méndez
SECRETARÍA DE INVESTIGACIONES POLICIALES

Las reformas hechas a los códigos Penal y Procesal Penal para endurecer las penas en contra de los delincuentes no han dado los resultados esperados, ya que no combaten directamente este fenómeno social.

Esta es la visión de la presidenta del Consejo Nacional de la Judicatura (CNU), Gladys Marín de Borjas.

La funcionaria externó que para combatir efectivamente la delincuencia, lo que se debe hacer es trabajar más

en las causas que la generan. La funcionaria aclaró que con estas declaraciones no quiere decir que se exchayan en un ciento por ciento las

posibilidades de nuevas reformas a los códigos. Recientemente, el fiscal general, Belisario Ariga, y el ministro de Gobernación, Francisco Bertrand Galindo,

pidieron que se creen nuevos códigos, ya que, según sus apreciaciones, las reformas que se han realizado a los actuales no son suficientes para combatir la delincuencia. De Borjas externó que para ver resultados positivos contra la delincuencia, lo que se debería elaborar y desarrollar en el país es una verdadera política criminal.

"Cuando decimos una verdadera política, lleva implícito la implementación de programas para detectar causas de la delincuencia y cómo combatirlas."

También dijo que se necesita el fortalecimiento de las instituciones que tienen apo-

yo a la justicia, como la policía, el sistema de

6 NACIONALES JUDICIAL / POLICIAL

BELISARIO ARTIGA INICIA ACERCAMIENTOS CON CSJ

Fiscalía propone elaborar nueva legislación penal

El funcionario señaló que, en la actual normativa, faltan lineamientos para garantizar una adecuada aplicación de la sana crítica del juez.

Gerardo Amaya
Edgardo Araya

El fiscal general de la República, Belisario Artiga, y el ministro de Gobernación, Francisco Bertrand, propusieron ayer que se elaboren nuevas leyes penales en el país.

Artiga se entrevistó, ayer mismo, con magistrados de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia. En la reunión se habló de la necesidad de ajustar los códigos Penal y Procesal Penal.

Para Artiga, las constantes reformas a las leyes que entraron en vigencia en abril de 1998 ya no son viables.

«Si no se revisan integralmente los códigos y no se busca una propuesta estructuralmente mejor que la actual, vamos a seguir viendo lo mismo», dijo en el país, resumiendo

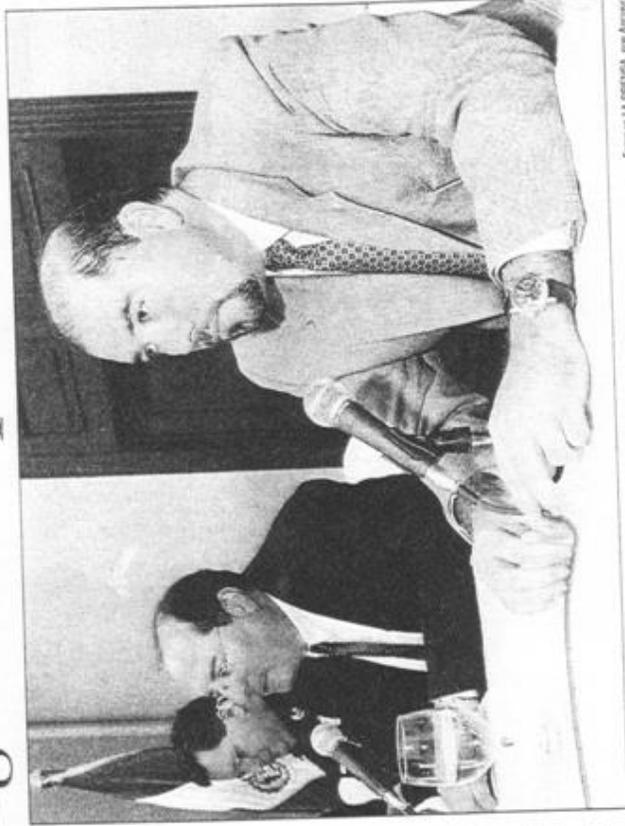


Foto: LA PRENSA, en línea

PROPOSTA. El Fiscal General de la República, Belisario Artiga (derecha), y el ministro de Gobernación, Francisco Bertrand, se entrevistaron ayer para hablar de una nueva normativa penal, con el propósito de mejorar el combate

¿Nuevos códigos?

Opiniones a favor y en contra

Pedro Fausto Arieta, presidente de la Federación de Asociaciones de Abogados de El Salvador, tildó de positiva la iniciativa de la Fiscalía.

El doctor Arieta dijo, sin embargo, que será importante conocer la filosofía con que ha sido presentada la propuesta de una nueva reforma penal.

El abogado consideró que los actuales códigos son garantistas y no se adaptan a la realidad salvadoreña.

Sin embargo, lamentó que en el país no exista una política criminal, la cual consideró más urgente que la creación de una nueva normativa penal.

En contra

Edgardo Araya, del Centro de Estudios Penales de FESPAD, calificó de irresponsable la iniciativa.

La solución a la delincuencia está en la eficacia de las instituciones y no en la reforma penal, dijo.

Dispuesto a revisar

El diputado arenero Gerardo Savillaga especificó que la Comisión de Legislación está dispuesta a efectuar una revisión sobre los vacíos "que existen en los delictivos".

Sin embargo, consideró que la estructura de los códigos Penal y Procesal Penal "fueron bastante bien".

Polémica por no aplicación de pena de 75 años de cárcel

» Diputado reclama que líder de banda Tacoma sólo purgará 30 y no 75 años.

GREGORIO MORÁN
judicial@laprensa.com.sv

Los jueces del Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador se niegan a aplicar la pena máxima de 75 años de prisión a los delinquentes, bajo el argumento de que la misma viola derechos constitucionales.

Por su parte, el diputado de ARENA de la comisión de cultura, educación y deportes Federico Hernández quiere una explicación más profunda del por qué existiendo reformas en la pena los juzgadores siguen insistiendo en imponer hasta 35

años de cárcel como pena máxima.

Carlos Sánchez, juez Tercero de Sentencia, razonó que 75 años de prisión prácticamente es una cadena perpetua porque sobrepasa las expectativas de vida de los salvadoreños; además, dijo que tal condena no está acorde al mandato constitucional de resocialización.

Existen muchas más razones, dijo Sánchez; de hecho, cuando su tribunal decidió no aplicar los 75 años al líder de la banda Tacoma, Santos Cabrera, se dieron más de 100 argumentos jurídicos, entre los que está el control de constitucionalidad de parte de los juzgadores.

Hernández invitó a los jueces a hacer un amplio debate de cara a la gente para que tanto legisladores como juzgadores externen sus argumentos y finalmente haya consenso en el combate efectivo de la delincuencia.



FOTO DE LA PRENSA/ARCHIVO

POLÉMICA. Santos Cabrera sólo purgará 30 de los posibles 75 años de cárcel. El fallo de un tribunal de sentencia ha desatado una polémica.

ANEXO 4
SENTENCIA DE AMPARO

1998: Constitucional, Amparos, Sentencias Definitivas.

21-R-96. Romero vs. Juez Noveno de lo Penal de San Salvador

21-R-96. Romero vs. Juez Noveno de lo Penal de San Salvador

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

Antiguo Cucullán, a las quince horas quince minutos del día veintidós de enero de mil novecientos noventa y ocho.

El presente proceso de amparo ha sido promovido por el señor Bernardino Romero Gavilán, mayor de edad, de este domicilio, contra actos del Juez Noveno de lo Penal de San Salvador, que estima vulneran sus derechos consagrados en la normativa constitucional.

Han intervenido en el proceso, además del actor, el Juez Noveno de lo Penal de San Salvador, parte demandada, y el doctor René Mauricio Castillo Panamé, Fiscal de la Corte.

Leídos los autos, y, considerando:

1.- El actor expuso en su demanda, esencialmente, que desde hace 9 años, la señora Mirraza Consuelo Colorado le subarrenda, mediante contrato verbal, un local comercial situado en la 11ª Avenida Sur, No. 311, San Salvador, el cual es propiedad de la señora Orfilia Barraza Vida de Dueñas, quien por medio de su apoderada general administrativa interpuso en su contra denuncia por delito de usurpación, ante el Juzgado Noveno de lo Penal de San Salvador, habiendo practicado inspección en dicho local, haciéndose constar en el acta respectiva que el señor Romero Gavilán no posee documentación alguna para demostrar su estancia en el inmueble, y al mismo tiempo, el juez en mención, lo intimó para que desalojara el inmueble, de lo contrario procedería a detenerlo, que al momento de la inspección también quedó establecido que él es arrendatario del inmueble en cuestión y que por lo mismo reconoce el derecho de propiedad de su legítimo propietario, que en el juicio penal instruido en su contra se encuentran agregados recibos de distintas fechas, con lo que queda establecido el canon del contrato, lo que demuestra que no tiene ánimo de apoderarse del inmueble, pero si reclama que se respete su derecho de arrendatario, que en realidad se trata de un litigio de competencia civil y no penal, que el Art. 122 Rz. Pn, reformado, tiene por objeto proteger al legítimo propietario de un inmueble cuando ha sido despojado de su posesión, no la de proceder al desalojo y dar por terminados contratos de arrendamiento civil, como en este caso; que ese artículo tampoco faculta al Juez para amenazar con

decretar la detención provisional del arrendatario si en determinado plazo no desaloja el inmueble que legítimamente detenta por contrato de arrendamiento, que entender de esa manera el citado artículo significaría derogar las leyes civiles y de inquilinato que regulan la materia, así como despojar de un derecho de rango constitucional al arrendatario, sin que exista juicio civil ordinario de terminación de contrato de arrendamiento, en el juzgado civil correspondiente y mediante sentencia definitiva ejecutoriada; que por ello se está violando la garantía de audiencia contemplada en el Art. 11 Cn.; y, finalmente, pide se le admita la demanda, se le tenga por parte, se suspenda con urgencia el acto reclamado y se restablezca a plenitud el derecho lesionado.

Por resolución de las catorce horas cinco minutos del día 31 de julio de 1996, se admitió la demanda, se ordenó la inmediata y provisional suspensión del acto reclamado y se pidió informe a la autoridad demandada, la que lo rindió, básicamente, en los siguientes términos: Que efectivamente en ese Juzgado se instruye causa penal en contra del imputado ausente Bernardino Romero Gavilán, por el delito calificado provisionalmente como usurpación en perjuicio de la señora Orfilia Barraza Vida de Dueñas, que en dicho proceso aparece la deposición de la señora Mirraza Consuelo Colorado, en calidad de testigo, quien manifestó haber subarrendado desde hace 9 años un cuarto al señor Bernardino Romero Gavilán, de lo cual tenía conocimiento la propietaria del inmueble; habiendo presentado 3 recibos que hacen referencia al arrendamiento de un local comercial, siendo el mes de enero de 1996, la última mensualidad cobrada al señor Romero Gavilán, en virtud de haber abandonado el inmueble en que habitaba, que es de suponerse que el señor Bernardino Romero Gavilán tenía que enablar la relación jurídica de arrendamiento con la propietaria del mismo o con su apoderada, lo cual no está comprobado dentro del juicio, pues no ha sido aportada como prueba de descargo un contrato escrito, en caso de ser verbal, los correspondientes recibos o certificación de diligencias de consignación de los cánones de arrendamiento seguidas en el juzgado de inquilinato competente; que se comprobó que no se han seguido diligencias de consignación, ya que constan los informes rendidos por los Juzgados Primero y Segundo de Inquilinato del distrito judicial de San Salvador, en los que manifiestan que el señor Romero Gavilán no promovió durante los meses de febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio y agosto del presente año, diligencias de consignación de canon de arrendamiento; que con fecha 24 de julio de 1996 se practicó inspección en el aludido local, de conformidad al Art. 122 Rz. Pn, durante la

cual el señor Romero Gaviola no mostro documentación alguna que ampara su calidad de arrendatario; por lo que de acuerdo a tal disposición legal, era procedente su desalojo; que el juez llegó a la conclusión que se estaba obteniendo utilidad pecuniaria por parte del señor Romero Gaviola, en perjuicio de la propietaria del local, ya que no ha pagado las cuotas de arrendamiento de los meses antes aludidos y además percibe las ganancias del negocio que funciona en el mismo, que es un expendio de aguardiente, que el delito de usurpación se puede cometer en forma violenta, cuando median amenazas o violencia, y en forma no violenta, cuando se hace por medio de engaño o abuso de confianza; que en base a la prueba recabada, el juez concluyó que, al no consignarse los cánones de arrendamiento por el señor Romero Gaviola, no obstante reconocer expresamente su calidad de arrendatario, su actuación se adecua a una de las conductas típicas del ilícito penal.

Por resolución de las diez horas y cuarenta minutos del día 16 de septiembre de 1996, se mando oír al Fiscal de la Corte en la siguiente audiencia, quien no hizo uso de la misma.

Se confirmó la suspensión del acto reclamado y se pidió nuevo informe a la autoridad demandada, la cual lo rindió en el sentido de relacionar los actos verificados en el proceso penal que se sigue contra el señor Romero Gaviola.

Se corrieron los traslados que ordena el Art. 27 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, al Fiscal de la Corte y a la parte actora, evacuándolo el primero en el sentido de opinar que corresponde al quejoso la carga de la prueba y comprobar los extremos de su demanda, para destruir la presunción de veracidad de la que gozan los actos de autoridad, ya que el funcionario demandado justifica la legalidad de su actuación, y el actor no hizo uso del traslado conferido.

Posteriormente se ordenó la apertura a pruebas, etapa procesal durante la cual las partes no aportaron ninguna clase de medios probatorios; y, a continuación, se concedieron los traslados que ordena el Art. 30 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, habiéndolo evacuado sólo el Fiscal de la Corte, quien expuso que no habiéndose comprobado el acto reclamado ni su inconstitucionalidad, procede dictar sobreseimiento; acto con el cual concluyeron los actos de desarrollo, por lo que el proceso se haya en estado de dictar sentencia.

II.- Previo al análisis de fondo del asunto planteado, esta Sala estima conveniente examinar la argumentación del Fiscal de la Corte, consistente en afirmar que en el

presente caso procede dictar sobreseimiento a favor del funcionario demandado, por no haberse comprobado el acto reclamado.

Al respecto, y si bien es cierto que en el plazo probatorio no se presentó medio probatorio alguno sobre la existencia del acto reclamado, éste fue plenamente admitido por la autoridad demandada en los informes que rindió, y siendo que se trata de un hecho admitido, resulta innecesario que la parte actora rinda prueba sobre la existencia del mismo, pues el mismo queda plenamente establecido desde el momento en que la autoridad demandada admite ser ciertos los hechos que le son atribuidos en la demanda. Así, pues, la existencia del acto reclamado se ha comprobado por medio de los informes rendidos por la autoridad demandada, lo que posibilita el conocimiento y decisión por parte de este Tribunal sobre la pretensión del demandante.

En base a lo expuesto en los párrafos precedentes, este Tribunal desestima la argumentación planteada por el Fiscal de la Corte y, en consecuencia, deberá declararse sin lugar el sobreseimiento.

III.- Clarificado el aspecto de previo conocimiento, corresponde ahora examinar y decidir sobre el fondo de la pretensión, sin embargo, para claridad del alcance y contenido de la presente decisión, es indispensable delimitar con precisión el tema de decisión -tema decidenti- en el presente caso, pues en el desarrollo del proceso se ha planteado por la autoridad demandada aspectos totalmente ajenos a este proceso.

1. En la demanda se planteó, como único fundamento de la pretensión, una supuesta vulneración del Art. 11 Cn., aducyéndose por el demandante en no "haberse seguido juicio alguno conforme a derecho para proceder a desalojarme del inmueble que arriendo y a amenazarme con ordenar mi prisión preventiva si no procedo al desalojo", sin embargo, en el desarrollo del presente proceso, la autoridad demandada ha expuesto en sus informes justificaciones relativas al fondo de la pretensión penal que se sigue ante el juzgado a su cargo, exponiendo las razones por las cuales estima existente la infracción penal, señalando que con la prueba recabada tiene por comprobado el delito de usurpación.

Sobre ese último punto -incorporado en el desarrollo del proceso- este Tribunal estima necesario aclarar que el mismo es un aspecto cuyo conocimiento y decisión no corresponde a esta Sala, sino que ello es propio de la jurisdicción común. Este tribunal, pues, omite consideración alguna sobre lo relativo a la comprobación o no del delito de usurpación, ni examinará las justificaciones dadas por el juez demandado al respecto, por no corresponder al ámbito de competencia de esta Sala.

En tal sentido, se aclara que el proceso de amparo es un instrumento procesal diseñado como control de constitucionalidad de los actos de autoridad que se alegan infringir derechos consagrados en la normativa constitucional, y no corresponde en el mismo la determinación de la existencia o no de ilícitos penales y sus modos de realización, pues ello es materia de la jurisdicción común. En definitiva, pues, se señala que en el presente caso no se trata de determinar si ha existido infracción penal, sino examinar y decidir si en la orden judicial impugnada se ha suscitado vulneración al derecho consagrado en la normativa constitucional que el mismo demandante ha planteado como parámetro de constitucionalidad, esto es, el derecho de audiencia.

2.- En razón del tema de decisión planteado en el caso subjudice, y ya que el parámetro de enjuiciamiento constitucional está determinado, en forma genérica, por el Art. 11 Cn., este Tribunal estima conveniente una breve reseña sobre la denominación, contenido y alcance del derecho consagrado en tal disposición constitucional.

El Art. 11 Cn. establece en su inciso primero que "ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes; ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa". Esta disposición constitucional establece lo que se conoce como derecho de audiencia -no es precisamente una garantía de audiencia como, por imitación de legislación y jurisprudencia extranjera se le ha denominado comúnmente-, que se caracteriza, en primer lugar, por ser un derecho de contenido procesal, instituido como protección efectiva de los demás derechos de los gobernados, consagrados o no en la misma Constitución; y, en segundo lugar, es un derecho relacionado indiscutiblemente con las restantes categorías jurídicas subjetivas protegibles constitucionalmente, las cuales se verían violentadas siempre y cuando estén dentro de las líneas fronterizas de las consecuencias jurídico-constitucionales producidas por el irrespeto a dicha protección.

Respecto al alcance del derecho de audiencia, el mismo debe apreciarse a partir de su finalidad como categoría jurídico procesal, y, al respecto, debe tenerse en cuenta que el mismo se concibió originalmente para garantizar la libertad como concreción del individualismo, luego se extendió a la propiedad y posesión como derechos constitucionales de máxima jerarquía en el régimen liberal, y en nuestro sistema constitucional se hace extensivo a cualquier otro derecho. Por ello, como reiterada jurisprudencia constitucional ha señalado, la protección que supone el Art. 11 Cn. "No admite más excepciones que las que la misma Constitución establece expresamente, al

facultar a un órgano del Estado a privar a un gobernado de un derecho sin el requisito de previo juicio".

Refiriéndonos al contenido del derecho de audiencia, el Art. 11 Cn. Señala en esencia que la privación de derechos -para ser válida jurídicamente- necesariamente debe ser precedida de proceso seguido conforme a ley. Al respecto, tal referencia a la ley no supone que cualquier infracción procesal o procedimental suponga o implique per se violación constitucional, pero sí exige que se respete el contenido esencial del derecho de audiencia. Aspectos esenciales de dicho derecho, de modo genérico y sin carácter taxativo, son: (a) que a la persona quien se pretende privar de alguno de sus derechos se le siga un proceso que no necesariamente es especial, sino aquel establecido para cada caso por las disposiciones infraconstitucionales respectivas; (b) que dicho proceso se ventile ante entidades previamente establecidas; (c) que en el proceso se observen las formalidades esenciales procesales o procedimentales; y (d) que la decisión se dicte conforme a las leyes existentes con anterioridad al hecho que la hubiere motivado.

Esta Sala señala también que la referencia a ley no supone una remisión plena, ilimitada y absoluta a la legislación secundaria pues, si bien es cierto que en el ámbito procesal rige el principio de legalidad de los actos procesales, tal principio no hace referencia sólo a la legalidad secundaria, sino que se extiende al sistema normativo como unidad, es decir, la legalidad supone respeto al orden jurídico en su totalidad, lo que comprende a la Constitución. Por ello, la legalidad no es sólo sujeción a la ley, sino también -y de modo preferente- sujeción a la Constitución. Y es que sobre la expresión ley no debe olvidarse que -en virtud de los principios de supremacía constitucional, jerarquía normativa y regularidad jurídica-, la disposición legal debe ser conforme, en forma y contenido, a la normativa constitucional.

La exigencia del proceso previo supone dar al demandado y a todos los intervinientes en el proceso la posibilidad de exponer sus razonamientos y de defender sus derechos de manera plena y amplia. Y es que hacer saber al sujeto contra quien se realiza el proceso, la infracción o el ilícito que se le reprocha, y facilitarle el ejercicio de los medios de defensa, constituyen circunstancias incluíbles para el goce irrestricto del derecho de audiencia. Por todo ello, esta Sala afirma que existe violación al derecho constitucional de audiencia cuando el afectado por la decisión estatal no ha tenido la oportunidad real de defensa, privándole de un derecho sin el correspondiente proceso, o cuando en el mismo no se cumplen las formalidades esenciales -procesales o procedimentales- establecidas en las leyes que desarrollan el derecho de audiencia.

Ahora bien, siendo que el derecho consagrado en el Art. 11 Cn. Ex. tal como ha quedado referido en el número anterior, un derecho de contenido complejo, tal derecho de audiencia admite distintas posibilidades de organización de la estructura de los procesos y . también, por tanto, de instancias, recursos y medios impugnativos de acuerdo con la naturaleza de las pretensiones que se plantean y de las normas jurídicas que le sirvan a éstas de basamento.

3. - En el caso subyacente, el demandante basa su pretensión en que, no obstante aparecer en el expediente penal que el es arrendatario del inmueble respecto del cual se ha ordenado desalojo, y tratarse en consecuencia de un asunto de contenido civil, se ha ordenado el desalojo en un proceso penal. Sistematizando tal idea, es válido entender por esta Sala que la parte actora fundamenta su queja en la ausencia de oportunidad de defensa en el proceso penal en que se ordenó el desalojo contra el cual se reclama, pues tal orden no se dispuso en el "juicio respectivo con los términos de prueba y recursos que la ley establece".

A fin de profundizar en lo que debe entenderse como concesión de oportunidades reales de defensa en un proceso, vale la pena traer en cuenta lo que esta Sala manifestó en la sentencia de inconstitucionalidad pronunciada a las doce horas del día 17 de diciembre de 1992, dictada en el proceso relativo a la inconstitucionalidad de varios artículos de la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios, en la que se dijo "el orden jurídico establecido por la Constitución impone el reconocimiento de ciertas garantías a los gobernados, a las que se considera como componentes esenciales y cuya preservación se considera indispensable para asegurar la vigencia de los derechos fundamentales y del orden constitucional, determinando en ellas un reduto indispensable por el legislador secundario. Pero estas garantías son desconocidas cuando su desarrollo legal las limita o varía injuriosamente, de tal modo que se las priva de sus posibilidades de existencia real. En el caso específico de la garantía de audiencia, la ley debe propender a que dicha garantía no se torne ilusoria, sea por el establecimiento de aspectos gravosos a los gobernados, sea por la excesiva e injustificada reducción de los medios y posibilidades de defensa. Esto significa que el trámite que la ley diseña a efecto de dar cumplimiento de la garantía de audiencia, debe cumplir con un mínimo de actividad procesal adecuada, y que la expresión "con arreglo a las leyes" contenida en el Art. 11 de la Ley Fundamental no autoriza al Órgano Legislativo a convertir cualquier proceso estatal en el debido proceso legal, sino que debe atenerse a los principios constitucionales, creando un proceso justo y razonable".

Insistiendo en tal punto, en la sentencia de las quince horas del 14 de febrero de 1997, dictada en el proceso de inconstitucionalidad relativo a la Ley transitoria de emergencia contra la delincuencia, y el crimen organizado, esta Sala expuso que el derecho consagrado en el Art. 11 Cn. "no se limita al simple "oir" al gobernado que ha de ser afectado por una resolución sancionadora, sino que supone también una serie de garantías procesales o procedimentales, según sea el caso".

En el proceso penal en que se dictó la orden de desalojo contra la cual se reclama, el Juez Noveno de lo Penal de San Salvador basó tal orden en el Art. 122 Pr. Pn., disposición procesal penal cuya aplicación ha estimado este Tribunal -en sentencias de reciente data- como contrarias a la normativa constitucional, y ello en razón que se estima que afecta gravemente las oportunidades de defensa del afectado por la concreción de tal disposición legal.

En la resolución contra la cual se reclama en el presente caso se aduce como fundamento de la misma el Art. 122 Pr. Pn., el cual, en su inciso cuarto, literalmente dice: "En los casos de usurpación a que se refiere el Art. 248 del Código Penal, el Juez al tener conocimiento, por cualquier medio del hecho, en forma inmediata se presentará al inmueble, haciéndose acompañar de agentes de seguridad pública y requerirá a los supuestos usurpadores que le demuestren la propiedad o posesión del inmueble en que se encuentran, si no presentaran en el acto documentos que demuestren la referida propiedad o posesión, ordenará de oficio y sin ningún otro trámite a la autoridad competente el desalojo del inmueble".

Sobre tal disposición legal, reiteradamente ha señalado este Tribunal, que el mismo disminuye gravemente las posibilidades de defensa del imputado del delito de usurpación, pues -dada su formulación lingüística- exige que al momento de la inspección se demuestre el derecho que se alega tener sobre el inmueble. Bien es cierto -y así lo ha reconocido también la Sala-, que el Art. 122 Pr. Pn. concede al supuesto usurpador una limitada oportunidad de presentar algún documento que se demuestre el derecho que se tiene respecto del inmueble, sin embargo, el legislador no contempló los casos en los que no sea posible -por diversas razones- la exhibición de un instrumento, ya sea por no contar con él en el momento de la inspección, o porque, definitivamente, se carece de documento escrito, lo que no implica que el ocupante del inmueble no tenga derecho respecto del mismo, pues es una situación permitida por la legislación civil.

El Art. 122 Pr. Pa. Evidencia una inadecuada técnica legislativa al ordenar que al momento de verificarse la inspección en el inmueble deba el imputado comprobar su derecho; y ha sido precisamente tal modo de actuación, la aplicación mecánica, automática del citado artículo lo que este Tribunal ha estimado contraria a la Constitución.

En el presente caso, si bien es cierto que el Juez Noveno de lo Penal de San Salvador no verificó una concreción -interpretación y aplicación- mecánica o automática del citado Art. 122 Pr. Pa., sino que, según se expone en el informe justificativo, inicialmente se practicó inspección en el inmueble a fin de constatar los hechos referidos en la denuncia, también es evidente que no se ha concedido al afectado por la orden de desalojo una razonable oportunidad de defensa de los derechos que alega.

Y es que, frente a la defensa planteada por el mismo demandante, en el sentido que alega calidad de arrendatario del inmueble, es indispensable que la determinación y definición de tal calidad se realice por los cauces legales previamente establecidos.

En el presente caso, el Juez ordenó el desalojo -según expresa en su mismo informe de fs. 15- basado en que el señor Romero Gavidia no tiene "documentación pertinente", lo que evidencia una aplicación del Art. 122 Pr. Pa. Sumamente restrictiva del derecho de defensa, pues el fundamento de la orden de desalojo es la mera ausencia de documentación por parte del demandante del amparo.

De la relación hecha en el párrafo anterior queda patente que, no obstante que el Juez demandado inicialmente intentó llenar el vacío constitucional que implica el Art. 122 Pr. Pa., a continuación se suscitó una grave e innecesaria disminución de las oportunidades de defensa, lo que ha supuesto una concreción -interpretación y aplicación- sumamente restrictiva del derecho de audiencia.

En definitiva, pues, en el presente caso ha acaecido la aplicación de una norma procesal penal de naturaleza heteroaplicativa que, dada su formulación lingüística, al disponer de modo imperativo que el Juez ordene el desalojo con disminución de las posibilidades de defensa del imputado, encierra posibilidades interpretativas coherentes con la normativa constitucional, disminuyendo gravemente y sin justificación razonable, las posibilidades de defensa del afectado; y, siendo que se trata de la aplicación de una disposición que, en esencia y dada su formulación, transgrede la normativa constitucional, el acto de aplicación deviene en inconstitucional.

Con fundamento en las consideraciones anteriores, esta Sala concluye que, tratándose de una restrictiva aplicación de una disposición esencialmente contraria a la normativa

constitucional -en específico, el derecho de audiencia, en su manifestación de derecho de defensa-, en el presente caso existe vulneración del derecho alegado por el demandante del amparo y, en consecuencia, es procedente conceder el amparo solicitado.

V.- El Art. 35 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, se refiere en lo pertinente al efecto normal y primordial de toda sentencia que concede el amparo, esto es, el efecto restitutorio, el cual consiste en ordenar que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes del acto reclamado.

El presente caso, ya que no se llevó a cabo el desalojo ordenado por la autoridad demandada, no ha existido ejecución irremediable del acto reclamado y, en consecuencia, el efecto restitutorio deberá concretarse en la invalidación de la orden de desalojo.

POR TANTO: A nombre de la República, con base en las razones expuestas y en aplicación de los artículos 32, 33, 34 y 35 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, esta Sala FALLA: (a) sin lugar al sobreesamiento solicitado por el Fiscal de la Corte; (b) declárase que ha lugar al amparo solicitado por el señor Bernardino Romero Gavidia, contra providencias del Juez Noveno de lo Penal de San Salvador; (c) vuelvan las cosas al estado en que se encontraban antes del acto reclamado, en el sentido que, efecto directo de la presente sentencia, es la invalidez jurídica de la orden de desalojo dictada en contra del citado señor Romero Gavidia; (d) comuníquese la presente sentencia a la autoridad demandada, y (e) notifíquese a las partes.---TENORIO---HERNANDEZ VALIENTE---MARIO SOLANO---O. BAOS---E. ARGUMEDO---PRONUNCIADO POR LOS SEÑORES MAGISTRADOS QUE LO SUSCRIBEN---J. ALBERT ORTIZ---RUBRICADAS.

AS0021R96.98

Resoluciones en igual sentido: AS002Q26.98

ANEXO 5
SENTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD

Inconstitucionalidad
15-96/16-96/17-96/19-96/20-96/21-96/23-96 (acum.)

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia: Antiguo Cuscallán, a las quince horas del día catorce de febrero de mil novecientos noventa y siete.

Los presentes procesos constitucionales acumulados han sido promovidos por los ciudadanos Juan Carlos Castillo Driotes, Evelin Carolina del Cid Flores, José Aristides Perla Bautista, Ernesto Buitrago Calderón, Lizandro Humberto Quintanilla Navarro, Ana Patricia Vega de Alvarero, Flor de María Cruz de Ramírez, Raúl Armando Martínez Martínez, José Enrique Orlando Flores Barrientos, Distrately Omar Pastor, Arturo Ramiro Méndez Azahar, Carlos Rafael Urquilla Bonilla, Salvador Sánchez Ceren, Manuel Orlando Quinteros Aguilár, María Marta Concepción Valladares Mendoza, Ricardo Arturo Quinónez García, Lorena del Carmen Sáenz Rojas, Carlos Antonio Díaz Hernández, Ana Georgina Ramos y Norma Iredy Pereira de Martell - todos ellos actuando en su calidad de ciudadanos-, y por la Dra. Victoria Marina Velásquez de Avilés -actuando en su calidad de Procuradora para la Defensa de los Derechos Humanos-, para que en sentencia definitiva este Tribunal declare la inconstitucionalidad, en su contenido, de los artículos 2, 3, 4, 5, 6, 8, 10 inc. 3°, 11, 12, 13, 14, 15, 22 y 27 y, en su forma, de la totalidad del Decreto Legislativo N° 668, de fecha diecinueve de marzo del año próximo pasado, publicado en el Diario Oficial N° 58, Tomo 330, correspondiente al veintidós del mismo mes y año, por medio del cual se decretó la *Ley Transitoria de Emergencia contra la Delincuencia y el Crimen Organizado*.

Han intervenido en el proceso, además de los peticionarios, la Asamblea Legislativa y el Dr. Manuel Córdova Castellanos, actuando en su calidad de Fiscal General de la República.

Leídos los autos, y considerando:

I. En el trámite del proceso, los demandantes, la Asamblea Legislativa y el Fiscal General de la República expusieron respectivamente lo siguiente:

1. El ciudadano Juan Carlos Castillo Driotes, en su demanda, fundamentó la inconstitucionalidad del art. 10 inc. 3°, en los siguientes argumentos: Que el texto de dicha disposición preceptúa: "Las partes, los miembros de la Policía Nacional Civil y los terceros que infrinjeren la obligación de guardar reserva

de la identidad de los testigos, ofendidos o víctimas, serán sancionados por el juez, previa audiencia y sin formación de causa, con una multa no menor de mil ni mayor de veinticinco mil colones, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que puedan incurrir"; estimando el demandante que entre los "terceros" mencionados por dicha disposición, se cuentan los periodistas, encargados de ejercer profesionalmente el derecho de expresión tutelado por el art. 6 de la Constitución, sin el cual no existe sociedad democrática.

En relación a tal disposición la cual consideró "genéricamente restrictiva e indiscriminada", citó un párrafo del preámbulo de la Ley del Estado de California que tutela el derecho a saber (o de información), según el cual "al delegar su autoridad, el pueblo no le confiere a los servidores públicos el derecho de decidir lo que a la gente le conviene o no le conviene saber. El pueblo exige que se le informe en todo momento, pues sólo así puede mantener el control sobre los instrumentos que el mismo ha creado".

Consideró que la disposición que impugna es parte de un esfuerzo legislativo para contrarrestar el auge de la delincuencia, pero cuestionó si para lograr tal objetivo sea necesario "amordazar a los periodistas", al respecto, citó los conceptos de James Deakin, quien sostiene que "si no se dieran a conocer las malas noticias, ¿desaparecerían sus consecuencias?. Por desgracia no. Los periodistas trabajan de acuerdo con ciertos supuestos básicos: que, en la medida de lo posible, todas las noticias deben darse a conocer, que las noticias tienen consecuencias que no desaparecerán, y que éstas deben hacerse públicas si existe alguna oportunidad de enmienda, mejoramiento o progreso".

Dijo asimismo que el art. 10 inc. 3° del Decreto Legislativo N° 668/96, violenta además el art. 11 de la Constitución pues, si bien establece la garantía de audiencia, suprime el debido proceso -al decir "sin formación de causa"-, lo que resulta sumamente grave si la multa a aplicar consiste en el máximo establecido, pues se trata de una suma de dinero considerable; además, tal precepto carece de sentido, puesto que la difamación y la calumnia (sic) están penalizadas en nuestro país y existe procedimiento civil para que los afectados puedan exigir la debida reparación, por lo que, en el presente caso, el legislador no tuvo en cuenta el pasaje constitucional -en el art. 11 inc. 1°- según el cual la persona debe ser "vencida en juicio".

Por otra parte, en la medida en que la disposición impugnada restringe la

2

libertad de expresión, también contraviene el art. 85 constitucional, según el cual el gobierno es republicano, democrático y representativo, cualidades imposibles de existir sin el ejercicio de la libertad de expresión; en este punto citó al constitucionalista James Madison, quien sostiene que "un gobierno popular, en ausencia de información para el pueblo y sin los medios adecuados para adquirirla, no es más que el prólogo de una farsa o una tragedia... o tal vez de ambas".

Sostuvo finalmente que el ejercicio de la libertad de prensa es esencial para una sociedad democrática, pues sólo de este modo la población estará debidamente informada para tomar sus decisiones y, por tanto, en ningún caso el Gobierno puede silenciar a la prensa o someterla a su influencia, porque si así ocurriese, el Estado de Derecho se convertiría en una "caricatura de la democracia"; por lo que aclaró que, al pedir la declaratoria de inconstitucionalidad de la disposición impugnada, no le motiva un interés profesional sectorial, sino un deseo de hacer prevalecer un aspecto medular del sistema de gobierno que todos los salvadoreños desean afianzar definitivamente.

Por todo lo expuesto, pidió a esta Sala que declare inconstitucional el inc. 3° del art. 10 de la Ley "Transitoria de Emergencia Contra la Delincuencia y el Crimen Organizado, por contravenir los arts. 6, 11 y 85 de la Constitución.

2. Los ciudadanos Evelin Carolina del Cid Flores, José Aristides Perla Bautista, Ernesto Buitrago Calderón, Lizandro Humberto Quintanilla Navarro, Ana Patricia Vega de Alvarero, Flor de María Cruz de Ramírez, Raúl Armando Martínez Martínez y José Enrique Orlando Flores Barrientos, en su demanda, fundamentaron la inconstitucionalidad de los arts. 2, 3, 4, 5, 6, 8, 11, 12, 13, 14, 15, 22 y 27 del Decreto Legislativo N° 668/96, en los siguientes argumentos:

Que la teoría constitucional moderna y la herencia del constitucionalismo clásico han servido como fundamento a la doctrina de la supremacía de la Constitución. Que las violaciones a los más elementales derechos del hombre crearon las condiciones para conjurar tal problema, a través de las garantías que los tutelaban efectivamente y, desde este punto de vista, los derechos y garantías que se proclaman los cuales son conocidos con el nombre de principios constitucionales, por emanar de la Ley Suprema que establece el fundamento de validez al orden jurídico-conforman la base política que regula el derecho penal del Estado.

3

En ese marco, el control constitucional surge como un instrumento de protección de la libertad del ciudadano y como principio limitativo del poder del Estado, y el derecho constitucional conjuga la realidad política y jurídica de una nación, pues su objetivo es garantizar la convivencia democrática y consolidar un Estado de Derecho. Por lo anterior debe tenerse claro que las normas de la parte dogmática de la Constitución no han sido concebidas con la única finalidad de organizar el poder, sino que tienen otro fin mucho más valioso: tutelar a la persona humana frente al Estado, y por tal razón se afirma en el art. 246 Cn. que la Ley Fundamental es la primera norma.

Al incursionar en el campo penal, el control constitucional de la actividad del Estado adquiere dimensiones excepcionales, al relacionarse con la efectiva tutela de la libertad individual y con las limitaciones a los mecanismos de afectación de aquella que puede disponer el Estado en el ejercicio de su potestad punitiva -es el problema de la llamada "constitucionalización del proceso penal". Además, según la doctrina, no existe ninguna antiteñis entre derecho constitucional y derecho positivo -ya sea penal o procesal penal-, y por el contrario, el segundo existe únicamente para implementar el primero. Al respecto, sostiene González Bustamante que "las normas de procedimiento penal deben estar acordes con los principios sustentados por el derecho constitucional de un pueblo. Si la Constitución es una de las fuentes del procedimiento, debe existir una completa armonía con las disposiciones contenidas en las leyes procesales. Si no existiese esa identidad, las leyes procesales resultarían violatorias de los preceptos de la Constitución que son de estricto cumplimiento, a pesar de los otros cuerpos de leyes".

En una democracia el Estado garantiza formalmente la libertad y los derechos de los ciudadanos, al hallarse también simultáneamente en capacidad de vulnerarlos; por ello la democracia requiere -para su propia protección- el desarrollo de instrumentos procesales eficaces y accesibles, que puedan garantizar a los ciudadanos el debido respeto a sus derechos y la facultad de accionar legítimamente para protegerlos. Además, el sentido de justicia que contiene la Constitución fija y condiciona el contenido de la legislación secundaria, de manera que la ley debe ajustarse no solamente a las normas y preceptos de aquella sino a ese principio general de justicia, el cual determina el cumplimiento de condiciones de equidad, proporcionalidad y razonabilidad para su plena realización.

Acotaron los demandantes que sometían a consideración de esta Sala la Ley Transitoria de Emergencia contra la Delincuencia y el Crimen Organizado,

4

pues reconocen que -pese a haber sido promulgada por órganos competentes y procedimientos debidos- en su contenido no tiene concordancia con los valores supremos de la Constitución, como son el orden, la paz, la seguridad, la justicia y la libertad, los cuales actúan como criterios de razonabilidad; que para ellos la utilización de la acción de inconstitucionalidad -para reprochar los múltiples roces de la mencionada ley con la Constitución, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención de Derechos del Niño- surge como una necesidad ciudadana para controlar la actividad represiva del Estado y someterla nuevamente a la Constitución y a los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Su intervención -sostuvieron- gira alrededor del principio básico y rector que toda la actividad represiva del Estado para perseguir y sancionar los delitos tiene como límite precisamente los derechos fundamentales de los ciudadanos, y que es necesario replantear el fundamento de la actividad jurisdiccional, desterrando la idea de un sistema que se base primariamente en la detención de las personas como medida eficaz en la lucha contra la delincuencia y que haga creer que tal lucha se libra mediante el mantenimiento del mayor número de personas en los establecimientos carcelarios.

En su contenido, aspectos como el agravamiento de las penas, la imposibilidad de la excarcelación y de la suspensión de la pena, la imprecisa tipificación de conductas delictivas y la suspensión provisional y parcial de la Ley del Menor Infractor -*inter alia*-, vulneran la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos al desconocer los principios mínimos del debido proceso, de la igualdad ante la ley, del derecho de defensa, de la presunción de inocencia y del derecho a la libertad.

Con base en las anteriores premisas, pasaron los demandantes a exponer los motivos en los que hacen descansar la inconstitucionalidad del cuerpo normativo impugnado, indicando como tales los siguientes:

A. Inconstitucionalidad en el aumento de las penas y la penalidad del concurso de delitos. Al respecto sostuvieron que las penas y su imposición, han tenido históricamente toda una serie de teorías explicativas que fundamentalmente parten de la existencia del *ius puniendi* dentro de cualquier Estado de Derecho, en el sentido que éstas surgen como resultado de un hecho cometido en contra del ordenamiento jurídico, el que entonces debe ser retribuido con la afectación de algún derecho -fundamental o no- atendiendo a la gravedad del acto violatorio realizado por el sujeto o actor, o -como sostiene Weizel

5

dentro del marco de una teoría absoluta de la pena-, ésta aparece presidida por el postulado de la retribución justa, esto es, que "cada uno sufra lo que sus hechos valen"; por lo que, para dichos autores, la pena surge como una justa retribución de "mal con mal".

Existen igualmente autores que señalan, no tanto el fundamento orgánico de la pena, sino su función -es decir, su utilidad- dentro de una sociedad. Así, surgen postulados a partir de los cuales la pena, especialmente la existencia y aplicación de la misma, es una prevención de carácter general, "es una advertencia a todos para que se abstengan de delinquir", como también la idea que a través de la pena o castigo se está emendando al hecho, para que en el futuro no vuelva a delinquir.

Así, independientemente de la visión de Derecho que se tenga, se comienza a hablar de medidas cautelares de parte del mismo Estado, sobre las cuales se afirma por muchos que inclusive deberían sustituir al sistema de penas, reemplazándolo por un sistema de "medidas basadas en la peligrosidad social del autor"; estas medidas deberían ser encaminadas a la rehabilitación del delincuente para su futura reinserción en la sociedad, por encima del hecho de establecer en su contra penas de larga duración que atacaran su dignidad o expectativas futuras. De ahí que han surgido teorías modernas que sustentan la orientación penal de las legislaciones -en materia de política criminal- en la sustitución de penas de prisión por reacciones de diversa naturaleza -basadas en una concepción del derecho penal como última ratio-, con fundamento en la proclamación constitucional universal de la libertad personal como valor superior del ordenamiento jurídico.

En nuestra Constitución se habla de manera clara de un Estado Social y Democrático de Derecho, el cual no puede obviar las garantías establecidas por el mismo en el ordenamiento, las cuales giran en torno al principio de legalidad. Lo anterior no significa, en lo que concierne específicamente al tema de las penas, que el Estado social-democrático renuncie a su función de incidir activamente en la lucha contra la delincuencia, sino más bien que se debe asegurar la protección efectiva de todos los miembros de la sociedad, para lo cual es esencial tener una política de prevención de delitos -basada en los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, proporcionalidad y culpabilidad- complementada con una política definida de rehabilitación del delincuente.

Al respecto expusieron que -como sostiene Santiago Mir Puig- la pena debe

6

cumplir una misión política de regulación activa de la vida social que asegure su funcionamiento satisfactorio, mediante la protección de los bienes ciudadanos, lo cual solo puede cumplirse mediante una pena cuya función sea la prevención, ya que "un derecho penal concebido para ser eficaz corre peligro de caer en el terror penal", por lo cual propone que la función de prevención quede estrictamente limitada por los principios que rigen a un Estado Social y Democrático de Derecho; con lo anterior -en opinión de los demandantes-, el citado autor supera en gran medida las concepciones de los autores primeramente mencionados en cuanto, por una parte, delimita en forma clara y precisa la función de la pena y, por otra -apartándose de todo formalismo- señala que ella consiste concretamente en la prevención. La importancia de esta concepción teórica reside en proponer un sistema claramente alternativo, en su conjunto, al retributivo, sobre bases que han de resultar ineludibles para cualquier otro sistema que se proponga.

En ese sentido, la pena debe tener como estructura fundamental "la medida de la dignidad de la persona humana que implica necesariamente que el hombre es un fin en sí mismo y por tanto no puede ser instrumento del Estado para la consecución de sus fines". De ahí que el derecho penal se debe aplicar con estricta sujeción a los límites propios del principio de legalidad, ya que el planteamiento democrático no sólo debe servir a la mayoría, sino también respetar y atender a toda minoría y a todo ciudadano, en la medida que todo ello sea compatible con la paz social y con un sistema republicano, en donde la persona humana sea "el aña y la omega de la actividad del Estado".

Continuaron exponiendo los demandantes que, en opiniones recientes de los tratadistas, se señala que el rasgo más llamativo de los sistemas penales actuales, es el retroceso experimentado por las penas privativas de libertad, a consecuencia de la progresiva humanización de las ideas penales que se ha producido en forma paralela al aumento del nivel económico de los países desarrollados. En ese estado, la privación de libertad aparece ahora como una pena que resulta excesiva en muchos casos lo cual ha determinado, por una parte, una tendencia a acortar la duración máxima de las penas de prisión y, por otra, a privarle de efectos secundarios indeseables al sujeto encarcelado -ideas que también se reflejan en las modernas concepciones en materia de derecho penitenciario-.

Partiendo de las anteriores consideraciones, el derecho penal no sólo debe defender a los ciudadanos de los delincuentes, sino también ha de buscar respetar la dignidad de estos cuando se sitúan al margen de la ley, e intentar

7

ofrecerles alternativas a su comportamiento criminal; lo primero conlleva la prohibición de imponer penas incompatibles con la sensibilidad del momento histórico alcanzado actualmente por la humanidad -torturas y muerte, penas perpetuas, degradantes y proscripivas, art. 27 incs. 1º y 2º Cn.-; lo segundo obliga a ofrecer al condenado la posibilidad para su reeducación y reinserción social, art. 27 inc. 3º Cn.-sin desconocer que tal objetivo de reeducación del detenido "nunca se ha cumplido en nuestro país ni aparecen señales que a futuro indiquen que éstas van a ser una realidad".

Por otra parte, en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, se afirma -en la N° 58- como principio rector aplicable a los condenados, que "el fin y la justificación de las penas y medidas privativas de libertad son, en definitiva, proteger a la sociedad contra el crimen. Sólo se alcanzará este fin si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo". En este principio se encuentran dos ideas fundamentales que deben presidir la selección y aplicación de los métodos de tratamiento: en primer lugar la protección de la sociedad y, en segundo, la readaptación social del delincuente; entre ambas, la fórmula ideal sería -para los demandantes- "lograr el equilibrio entre esas dos ideas, lo cual es difícil conseguir por la propia presión de la opinión pública vacilante entre un rigorismo excesivo y un sentimentalismo enfermizo, muchas veces movido por las presiones agitadas y no guiada por razones".

De acuerdo al anterior marco teórico, resulta insostenible que en el decreto impugnado se modifique de manera sustancial -en los arts. 2, 4 y 6- el régimen o sistema de adecuación de las penas fijado en el Código Penal en un tope máximo de treinta años pues, inclusive, en los casos del concurso ideal o real de delitos -arts. 75 y 76 Pn.- se permite por la ley que la suma total de las penas rebase los treinta años. Lo anterior viola los principios fundamentales del art. 27 Cn., el cual regulo la prohibición de la pena de muerte -salvo excepciones- así como toda pena perpetua y toda especie de tormento, y si se aplica una interpretación teleológica de la Constitución respecto de la pena de muerte y cadena perpetua, puede sostenerse que la voluntad del constituyente fue la abolición de éstas. Al revisar la exposición de motivos de la Constitución en lo relativo al citado artículo, se encuentra lo siguiente: "Esta fue una de las pocas disposiciones adoptadas por mayoría de los miembros de la Comisión, que basaron sus argumentos en el rechazo a la teoría retributiva de las penas, en

la ineffectividad de la pena de muerte como medio de disuasión de los delincuentes potenciales, en la imposibilidad de corregir los errores judiciales, y especialmente en su injusticia como medida de defensa social en el mundo contemporáneo".

En el caso del decreto impugnado, pareciera que se está buscando aumentar las penas para "eliminar sistemática y legalmente a todos los delincuentes, proveyéndoles de una segura muerte en vida, para no tener que invertir en una verdadera política criminal, que enfrente el delito con seriedad y con respecto a la dignidad humana, que a la vez provea de una forma eficiente de educación y reeducación". Con toda certeza, el aumento de las penas hasta una tercera parte o, en algunos casos, dos terceras partes -arts. 2 y 4 del decreto impugnado-, así como un régimen de pena indeterminada -del cual pueden surgir penas de más de cien años, art. 6 del mismo cuerpo normativo- pasando sobre lo regulado en el Código Penal -en virtud del art. 26 del decreto impugnado, que ordena una aplicación preferente y supletoria-; implica una especie de pena de muerte, pues se constituye en una pena perpetua, según la doctrina y la realidad misma, -tanto por el promedio de vida de la población salvadoreña, entre sesenta y setenta años, como por el estado deplorable del sistema carcelario del país-. En ese sentido se puede afirmar que penas de treinta, cuarenta o más años son una "muerte en vida" y son pocos o ninguno el que las ha podido soportar.

La imposición de este tipo de penas es totalmente negativa para el interno, y funesta para sus expectativas futuras, su dignidad y dimensiones humanas en general, además que desnaturaliza las implícitas intenciones rehabilitadoras y resocializadoras -o preventivas- que deben tener las penas, ya que una pena de tal magnitud es ciertamente perpetua y tormentosa, de ahí que con el aumento de las penas y el establecimiento de un régimen de pena indeterminada se viola expresamente el principio que inspira la garantía del art. 27 constitucional, el cual prescribe -en su inc. 2º- que se prohíben las penas perpetuas, así como toda especie de tormento, y el inc. 3º del mismo precepto, porque el Estado pierde toda función y finalidad de ser un ente rehabilitador, resocializador, educador y, de alguna manera, disuasivo, que busca la prevención del delito, al aumentar las penas y condenar a un individuo a una muerte segura en vida, dentro del recinto carcelario o en algún centro hospitalario bajo custodia. Se viola así todo el sentido del art. 27 de la Ley Suprema, el cual buscó eliminar la pena de muerte y prohibir toda especie de pena perpetua, porque el mismo constituyente consideró que no es de esta manera como debe enfrentarse el problema del combate al delito.

A más de lo anterior, los arts. 2, 4 y 6 del decreto impugnado -en cuanto disponen el aumento de la penalidad y el establecimiento de un régimen de penalidad indeterminada-, violan los arts. 7 y 10 párrafo 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según los cuales "Nadie será sometido a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes" -entendiéndose a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes-, según sostiene Roberto Garretón en la obra *Aplicación de las normas internacionales de derechos humanos* ., y "el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y readaptación de los penados"; también es violado el art. 5 párrafos 2 y 6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual establece que "toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano", y que "las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados".

Por lo anterior, concluyeron que el régimen de la penalidad establecido en los arts. 2, 4 y 6 de la Ley Transitoria de Emergencia Contra la Delincuencia y el Crimen Organizado, es inconstitucional por contravenir lo dispuesto en el art. 27 de la Ley Suprema, "en lo relativo al improcedente aumento de las penas y el establecimiento de regímenes de penas indeterminadas contenidos en ellos, que en últimas, por acumulación se convierten en penas perpetuas", por lo cual pidieron fueran declarados inconstitucionales.

B. Inconstitucionalidad por establecimiento de tipos penales abiertos. Pasaron los demandantes a cuestionar la constitucionalidad de los nuevos tipos penales, contenidos en los arts. 3, 4 y 5 del decreto impugnado, los cuales en su opinión "presentan defectos trascendentales en la tipificación de las conductas delictivas", al punto de rozar la Constitución, por no tener descripciones claras y precisas de los términos y alcances de la actividad criminal que se está tipificando, propiciando con ello la arbitrariedad y la inseguridad y violentando los principios constitucionales del debido proceso, presunción de inocencia y el derecho a la libertad, contenidos en los arts. 12 y 2 de la Ley Primaria.

Sostuvieron que el fundamento del tipo penal abierto o en blanco se encuentra en dos principios: en primer lugar, que es injusto aplicar una ley a un imputado cuando la ley no le da "advertencia justa" del acto que se ha prohibido, y en segundo lugar, que conlleve una implementación arbitraria y discriminatoria por los funcionarios encargados de su aplicación. Por otra parte, esta norma es inoperante ante la imposibilidad de demostrar el dolo del

agente activo, toda vez que si el dolo es el conocimiento de los elementos normativos del tipo penal y la voluntad de realización de ese tipo, no podría probarse que un ciudadano actuó con dolo si no conocía precisamente esos elementos, es decir, que no puede sostenerse que quiso realizar algo que desconocía -tipo subjetivo-.

En el derecho comparado podemos encontrar un claro desarrollo del concepto de "tipo penal abierto". Al respecto, en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos existen varios pronunciamientos sobre el punto de que una ley imprecisa es inconstitucional, si fue escrita de una manera tan difusa que su significado no se puede establecer a partir de las palabras utilizadas. En ese sentido, en el caso *Coates v. City of Cincinnati*, la Corte Suprema dijo que una ley que no define suficientemente lo que está prohibido, viola el debido proceso en el sentido que "personas de inteligencia común tienen que conjeturar sobre su significancia"; y en el caso *Papachristou v. City of Jacksonville*, dijo -respecto a una ley municipal contra la vagancia- que "como aquí no hay pautas rigiendo el ejercicio de discreción dado por la ley, el esquema permite y fomenta la aplicación arbitraria y discriminatoria de la ley. Constituye una herramienta conveniente para la aplicación áspera y discriminatoria por parte de los funcionarios en contra de grupos particulares que en estas condiciones pueden ser sancionados arbitrariamente".

En ese orden de ideas, sostuvieron que hay tres presupuestos de la Ley de Emergencia que violan la doctrina del tipo penal abierto, los cuales son:

(a) El de Agrupación Delictiva, la cual es definida por el art. 3 como "tomar parte en una agrupación u organización que tuviere por objeto cometer delitos". En este tipo penal, la palabra "tomar" no es un verbo definitorio, sino ambiguo, por el cual no se precisa la conducta sujeta a punibilidad; tal artículo no refiere cuáles son las actividades delictivas que justifican su aplicación, pues no se sabe si se trata de cualquier tipo de delito o solamente de aquellos ya definidos por el art. 2, o si debe aplicarse solo para delitos graves, etc.; tampoco define cuál es el papel que el imputado debería jugar en el grupo o la organización que supuestamente tuviere por objeto cometer delitos -no se sabe si basta un rol pasivo, por ej. proporcionar servicios secretariales en una organización que tenga por objeto robar autos, o es preciso un rol más activo, por ej. robar los autos-.

Por otra parte, el art. 3 inc. 2° establece culpabilidad penal para los que participen en alguna "riña tumultuaria, de la que no resultaren personas

lesionadas o cuando habiendo resultado algún lesionado no se lograre individualizar al responsable", disposición que no define lo que significa "sua tumultuaria". La incertidumbre en cuanto al contenido de este artículo es aún más grave cuando ni siquiera requiere prueba individual del involucramiento penal en los casos en que alguien resulte lesionado; esa indefinición es atentatoria del texto constitucional, y propicia una aplicación injusta y arbitraria de la ley, contrariando el principio de legalidad, la presunción de inocencia y el principio de responsabilidad penal en el sentido que la conducta delictiva debe ser individual, ya sea dolosa, culposa o preterintencional.

(b) El Fraude Procesal Especial, que no es definido específicamente por el decreto impugnado, en el cual solo se dice que serán sancionados los funcionarios o empleados judiciales, del Ministerio Público o de la Policía Nacional Civil que "favorecieron intencionalmente" los intereses del imputado o del ofendido. No se establece cuáles son los elementos que constituyen tal hecho; no es claro en cuanto a determinar si será suficiente para establecer la responsabilidad criminal el mero hecho de asesorar al imputado por parte de su defensor público para, por ej. abstenerse de declarar o escurrir y comprobar una coartada, o emitir el juez una resolución técnica en favor del imputado, o actuar en defensa de la legalidad y en favor de un imputado, cuando en su captura o en los actos de la investigación se han violado disposiciones precedentes que deben dar lugar a la no valoración del material probatorio o a su declaratoria de nulidad, etc.

(c) Los delitos de Proposición y Conspiración, que no están definidos en el cuerpo normativo impugnado, como tampoco los actos preparatorios que deben seguir a la proposición y conspiración. Aunque parece que los términos "proposición" y "conspiración" fueron prestados a la tradición legal anglosajona, están ausentes en la ley elementos importantes como la protección contra condenas múltiples por el mismo comportamiento- por ej. la posibilidad de una condena por la conspiración así como por el delito sustantivo- y distinciones de gravedad que dan al juez la posibilidad de rebajar la pena tomando en consideración la mayor o menor importancia de los actos preparatorios y las condiciones personales de los imputados.

En todo caso, la doctrina enseña que solo son punibles los actos de ejecución del delito y que no pueden serlo en los casos de los llamados actos preparatorios -salvo casos de tipificación especial, la cual requiere de una determinación precisa de la conducta que se está persiguiendo-, pues de lo contrario se vulneran los principios del debido proceso, derecho de defensa y presunción de

inocencia -según los arts. 15 y 12 Cn.- así como el principio de legalidad, ya que no se establece la exigencia del mandato de determinación.

Con base en los anteriores argumentos, los demandantes pidieron la declaratoria de inconstitucionalidad de los arts. 3, 4 y 5 del Decreto Legislativo N° 6688-96.

C. Inconstitucionalidad relativa al debido proceso y la culpabilidad correspondiente a la participación en una ríta tumultuaria. Abordaron los demandantes en este motivo de inconstitucionalidad argumentando que, dentro del concepto de debido proceso, existe el principio de razonabilidad de las leyes y otras normas o actos públicos, en el sentido que deben ajustarse, no sólo a los preceptos concretos de la Constitución sino también al sentido de justicia contenido en ella, el cual implica el cumplimiento de exigencias fundamentales de igualdad, proporcionalidad y razonabilidad. De allí que las leyes, y en general las normas y actos de autoridad, requieren para su validez no solamente haber sido promulgadas por el órgano competente sino ser en su fondo concordantes con las normas, principios y valores supremos de la Constitución, como son los de orden, justicia y libertad, que se configuran como patrones de razonabilidad. Lo anterior significa que las leyes solo son válidas cuando, además de su conformidad con la Constitución, están razonablemente fundadas y justificadas conforme a la ideología constitucional.

Se distingue entonces entre (a) razonabilidad técnica, que es la proporcionalidad entre medio y fin, (b) razonabilidad jurídica, que es la adecuación a la Constitución en general y en especial a los derechos y libertades reconocidos o supuestos por ella, y (c) razonabilidad de los efectos sobre los derechos personales, en el sentido de no imponer a esos derechos otras limitaciones o cargas que las razonablemente derivadas de la naturaleza y régimen de los derechos mismos, ni mayores que las indispensables para que funcionen razonablemente en la sociedad. De esta manera se procura que la ley no sea irracional, arbitraria o caprichosa, sino que los medios seleccionados tengan una relación real y sustancial con su objeto.

El concepto anterior se fundamenta también en la doctrina internacional sobre el debido proceso, la cual ha desarrollado tres grandes aspectos de éste: (a) el aspecto del debido proceso legal, adjetivo o formal, entendido como reserva de ley y conformidad con ella en la materia procesal, (b) el aspecto del debido proceso constitucional -o debido proceso a secas-, como procedimiento judicial justo, adjetivo o formal, es decir, debido proceso procesal; y (c) el