

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR**  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES  
SEMINARIO DE GRADUACIÓN EN CIENCIAS JURÍDICAS AÑO 2004  
PLAN DE ESTUDIOS 1993



**LA VULNERABILIDAD DEL PRINCIPIO DE  
LEGALIDAD EN LA TIPIFICACIÓN DE LOS DELITOS  
RELATIVOS A LA LIBERTAD INDIVIDUAL**

TRABAJO DE GRADUACIÓN PARA OPTAR AL TÍTULO DE:  
**LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS**

PRESENTAN:

**ALFARO CERVANO, DARIO RUTILIO  
MACHUCA GARCÍA, GLORIA DE LOS ÁNGELES**

DIRECTOR DE SEMINARIO:

**LICDA. STELLA DE LOS ÁNGELES PINEDA DE RODRÍGUEZ**

**CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, JUNIO DE 2005**

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR**

**RECTORA  
DRA. MARIA ISABEL RODRÍGUEZ**

**VICE-RECTOR ACADÉMICO  
ING. JOAQUÍN ORLANDO MACHUCA GOMEZ**

**VICE-RECTORA ADMINISTRATIVO  
DRA. CARMEN ELIZABETH RODRÍGUEZ DE RIVAS**

**SECRETARIA GENERAL  
LICDA. ALICIA MARGARITA RIVAS DE RECINOS**

**FISCAL GENERAL  
LIC. PEDRO ROSALIO ESCOBAR CASTANEDA**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES**

**DECANA  
LICDA. MORENA ELIZABETH NOCHEZ DE ALDANA**

**VICE-DECANO  
LIC. OSCAR MAURICIO DUARTE GRANADOS**

**SECRETARIO  
LIC. FRANCISCO ALBERTO GRANADOS HERNANDEZ**

**COORDINADORA DE LA UNIDAD DE SEMINARIO DE GRADUACIÓN  
LICDA. BERTA ALICIA HERNÁNDEZ AGUILA**

**DIRECTORA DE SEMINARIO  
LICDA. STELLA DE LOS ÁNGELES PINEDA DE RODRÍGUEZ**

## DEDICATORIA Y AGRADECIMIENTO

**A DIOS TODOPODEROSO:** Por haberme permitido terminar mis estudios y tener a mis padres a mi lado para poder entregarle este éxito profesional que es más de ellos que mío por todos sus esfuerzos.

**A MI MADRE:** Por su amor, dedicación y por todo el sacrificio que realizó para darme mi formación académica y a quien admiro por el carácter que tiene para afrontar las adversidades de la vida; por lo que ni con la vida que Dios me de podré pagarle todo su esfuerzo.

**A MI PADRE:** Por su humildad, sencillez y ayuda los demás.

**A MI HERMANO:** Por su dedicación y perseverancia.

**A MIS AMIGOS:** Dr. Rolando Carias Palacios, Lic. Ismael Alexander Cruz Martínez y Carlos Eduardo Almeida Huevo, por su confianza y apoyo en momentos muy importantes de mi vida profesional a quienes les agradeceré siempre.

A mis amigos y compañeros de aula con quienes viví momentos llenos de alegría y tristeza, a nuestra asesora de contenido por sus consejos, ayuda y paciencia en la realización del presente trabajo, a la Universidad de El Salvador por haberme acogido en sus aulas y a todas aquellas personas que de una u otra manera me ayudaron en la formación académica que tuve y en la realización de mi trabajo de graduación, eternamente agradecido.

DARIO R. ALFARO

# ÍNDICE

## **CAPITULO I**

### **EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DERECHO PENAL**

1	Antecedentes Históricos del principio de legalidad-----	4
1.1	Época Primitiva -----	10
1.2	Época de la Pena Pública -----	12
1.3	Época Humanitaria -----	15
1.4	El Principio de Legalidad en la Legislación Salvadoreña -----	19
1.5	Tratados Internacionales -----	31
1.5.1	Declaración Universal de Derechos Humanos -----	32
1.5.2	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -----	33
1.5.3	Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José”-----	34

## **CAPITULO II**

### **ASPECTOS DOCTRINARIOS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD**

	Contenido Doctrinario Acerca del principio de legalidad -----	36
2.1	Tipos del Principio de legalidad -----	43
2.1.1	Principio de Legalidad Substancial -----	43
2.1.2	Principio de Legalidad Formal -----	43
2.2	Garantías Consagradas en el Principio de legalidad-----	52
2.2.1	Garantía Criminal -----	52
2.2.2	Garantía Penal -----	53
2.2.3	Garantía Jurídica -----	54
2.2.4	Garantía de la Ejecución -----	54

2.3	Relación del principio de legalidad con la Tipicidad y el tipo Penal -----	56
2.3.1	Tipicidad -----	56
2.3.2	Tipo Penal -----	59
<b>CAPITULO III</b>		
<b>LA APLICABILIDAD DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA</b>		
<b>DECUACIÓN DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA LIBERTAD</b>		
<b>INDIVIDUAL -----71</b>		
3.1	El Principio Legalidad y su Relación con Otros principios-----	76
3.2	El Principio de Lesividad del Bien Jurídico -----	80
3.3	El Principio de Responsabilidad -----	83
3.4	Bien Jurídico -----	88
3.4.1	Concepto de Bien Jurídico -----	111
3.5	Los Delitos Relativos a La Libertad Individual en la Legislación Penal Salvadoreña -----	115
3.6	Análisis de la Figura de Privación de Libertad en la Ley Penal -----	119
3.7	Análisis del Delito de Secuestro en la Ley Penal -----	123
<b>CAPITULO IV</b>		
<b>ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS DE LA</b>		
<b>INVESTIGACIÓN DE CAMPO ----- 152</b>		
4.1	Aplicación Correcta del Principio de legalidad en la adecuación de los delitos relativos a la libertad Individual -----	153
4.2	Conocimiento de casos en los que se vulnera el principio de legalidad ----	156
4.3	Se Genera Inseguridad Jurídica al no haber la Adecuación correcta en los delitos Relativos a la Libertad Individual -----	158
4.4	Tiene solución la Problemática Planteada -----	160

<b>CAPÍTULO V</b>	
<b>EFFECTOS JURÍDICOS DE LA VULNERABILIDAD DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD -----</b>	<b>164</b>
La Seguridad Jurídica como Garantía Constitucional e Internacional -----	166
La Adecuación de la pena en los delitos de Atentados Contra la libertad Individual Agravados y Atenuados como consecuencia de la agravación de dichas conductas-----	178
<b>CAPITULO VI</b>	
<b>CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES -----</b>	<b>186</b>
<b>6.1 Conclusiones -----</b>	<b>186</b>
<b>6.2 Recomendaciones -----</b>	<b>190</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA-----</b>	<b>193</b>

## INTRODUCCIÓN

El principio de legalidad es uno de las figuras más importantes en la legislación penal, ya que es garante de los actos, procedimientos, diligencias, realizados en un proceso penal por los funcionarios Judiciales y por ende del sujeto que es sometido al mismo.

Sobre la base de lo anterior, es que se realiza este trabajo de investigación, visto desde un enfoque general en lo concerniente al principio en estudio, si bien es cierto, este es aplicado a una conducta delictiva, debe observarse que ella recae específicamente en la calificación que se le da a la misma conducta de infracción por nuestro ordenamiento jurídico penal conllevando ello a efectos que de estas actuaciones produce. Refiriéndose a las disposiciones de nuestra legislación consagradas por la Constitución de la Republica, la Ley Penal y los Tratados Internacionales, con la intención de simplificar la tarea de los futuros profesionales del derecho remitiéndolos a la historia del principio de legalidad su evolución y la aparición del mismo en la legislación salvadoreña.

Así en el capítulo II se establece los parámetros doctrinarios acerca de este tomando aspectos importantes, para una mayor comprensión del mismo en este trabajo así como también se desarrolla lo que es el bien jurídico en los delitos contra la libertad individual y el bien jurídico tutelados en estos.

El capítulo III tiene un aspecto importante ya que se relaciona al principio de legalidad de una manera mas directa en nuestra legislación penal del presente trabajo de graduación hacemos referencia a los aspectos doctrinarios y jurídicos que desembocaron en análisis específicos.

En el capítulo IV se analiza los efectos jurídicos que causa la violación del principio ya mencionado por parte de los fiscales y los jueces violando con ello Garantías Constitucionales tratados Internacionales y el código Penal.

Así mismo les manifestamos a nuestros lectores que se ha tratado de mantener la estructura lógica en el desarrollo del mismo, por lo que cuando se ha considerado necesario incluir conceptos para la mayor comprensión del tema.

Por otra parte a todos los que nos honran con su lectura queremos establecer que lo que nos motivo al desarrollo de la investigación que culminamos con el presente trabajo, es la vulneración descarada por parte de los encargados de la administración de justicia como los que son responsables de velar por los intereses de la sociedad salvadoreña, que a la larga lleva a la inseguridad jurídica mutilando con ello las garantías constitucionales consagrada en nuestra carta magna, a todo profesional del derecho se le exige un amplio conocimiento doctrinario así como de las mismas leyes vigentes y positivas de nuestro ordenamiento jurídico en general, pues es muy bueno que así sea pero lo mas importante es llevarlo a

la practica legal pero lastimosamente es ente ámbito donde por ignorancia, malicia o inocencia la justicia y el derecho se separan, creando un abismo de violaciones legales a nuestras leyes, situación que muchas veces es participe también el abogado defensor ya que el esta en la obligación de que se le cumplan pero lastimosamente solo se quedan en artículos o incisos que por negligencia de los mismo o la falta de un verdadero estado de derecho, la esperanza de la libertad se ve alejada en el denigrante sistema penitenciario salvadoreño.

## **CAPITULO I EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DERECHO PENAL**

### **1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD**

El principio de legalidad representa una de las garantías más importantes del hombre en los últimos años, si bien es cierto el nacimiento del Estado es una de las formas de organización social más completa de los últimos tiempos, por tanto dentro de las funciones de éste, entre otras, encontramos la de legislar y a su vez la potestad de sancionar aquellas conductas que transgredían el orden y la armonía social; Ante esta situación, existió la necesidad de crear un limitante para tales actuaciones propias de esta entidad gubernamental, es así, que se tiene que el surgimiento del mencionado principio es uno de los avances legales mas relevantes de los últimos tiempos en el ámbito jurídico, debido a que la potestad punitiva del Estado debe estar limitada por un mecanismo que evite los abusos desmedidos de quien ejerce el Poder. Cabe mencionar que el principio ha tenido su evolución a través del tiempo, de manera que este se ha venido reformando, adaptándose a las épocas y a los sistemas de Gobierno existentes; en ese sentido, para que se llevara a cabo tales circunstancias se han suscitado acontecimientos que han servido de base para llevar a cabo tales reformas. Pero, la implantación del

principio de legalidad a los cuerpos normativos no se ha dado espontáneamente, hay que recordar que en los diversos periodos evolutivos, en su mayoría, arrojan un claro trato inhumano, una falta de conciencia por parte de los aplicadores de la ley, esto coadyuvaba al desembocamiento de penas excesivamente crueles, apartándose de considerar al ser humano como tal y reflejando a su vez, la falta de una entidad legalista y garantista que viniera a reprimir y condenar tales actuaciones penales, por tanto, en vista de tales sucesos es que diferentes autores hacen aportaciones ante tales abusos, entre ellos existieron hombres que lucharon para que se humanizara la penalización por parte del Estado, como se señalara mas adelante. Si bien es cierto el tema que ocupa a este trabajo es él referente al ámbito penal, hay que destacar que no se puede llegar a la incursión de este, sin antes traer a cuenta el proceso que influyo para el nacimiento del principio de legalidad y, posteriormente debido a su carácter garantista, es que se vio la necesidad de establecerlo en los cuerpos normativos legales, incluyendo el Penal. En ese sentido, Algunos autores sostienen que el origen histórico del principio en estudio surgió por primera vez en la Carta Magna Inglesa arrebatada por los nobles de esa época al Rey Juan sin Tierra por el año de 1215, donde el clero y los barones ingleses impusieron a Juan sin Tierra una serie de garantías individuales lo cual es la

Carta Magna, esta contenía limitaciones al establecimiento de las cargas tributarias, así también consagraba la libertad personal y se establecían procedimientos que aseguraban la observancia de estos derechos.

La Carta Magna del Rey Juan Sin tierra establecía en el artículo 39 lo siguiente: “Ningún hombre libre será arrestado o detenido en prisión o desposeído de sus bienes, proscrito o desterrado o molestado de alguna manera y no dispondremos sobre él, ni lo pondremos en prisión, sino en el juicio legal de sus pares, o por ley del país”, obsérvese que esta carta ha sido considerada como el postulado histórico que marco las bases para detener el poder arbitrario del Estado contra los ciudadanos, aunque, otros autores ponen en duda de que el principio de legalidad haya tenido su origen en esta época, pero es considerada como la más apegada al apareamiento inicial de tal principio. Por otro lado, un acontecimiento que tuvo repercusiones en la historia mundial fue la Revolución Francesa, esta marco muchos aspectos, aparejando consigo una serie de hechos que sirvieron posteriormente para el propio desarrollo del hombre (visto este como miembro de la sociedad), pero lo más sobresaliente de esta Revolución fue La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano la cual fue aprobada el 26 de Agosto de 1789, proclamando prioritariamente como derechos inalienables del ser humano la

libertad individual, el derecho a la propiedad y la libertad de expresión. Con lo anterior queda demostrado que el principio de legalidad se iba gestando y posteriormente desarrollándose a través de hechos sociales y políticos que marcarían para siempre la evolución misma de tal principio, para su adecuación posterior en los diferentes ámbitos jurídicos e incluso. Por lo que se hace necesario mencionar como el principio de legalidad es introducido al derecho penal y por lo que se menciona el desarrollo histórico sobre la evolución de las ideas penales. Así algunos tratadistas del derecho penal distinguen diversos periodos en la evolución del mismo, por lo que establecen diferentes aportaciones a tal situación, Garraud los clasifica así: Época de la venganza privada por el ofendido o su familia y época de la venganza pública, dividiendo esta en tres fases: la teocrática, de la intimidación y la corrección. Por su parte, Cuello Callón establece las épocas de la siguiente manera: venganza privada, venganza divina, venganza pública, periodo humanitario y periodo científico. Prins separa el periodo consuetudinario o de reparación hasta la edad media, el de expiación o intimidación hasta el renacimiento, el humanitario hasta el siglo XVIII y parte del XIX, y el científico contemporáneo. En cambio, la aportación de Carrara, advertía diferentes periodos: el teológico, metafísico y matemático.

Finalmente, con Carranca Trujillo, se distinguen los siguientes periodos: el de la venganza privada ya sea esta individual o familiar, en el cual a su vez se comprendía: el periodo de la composición o componenda, el taliòn, la privación de la paz y la venganza de la sangre; así también el periodo de la venganza publica en la que se encontraba el predominio religioso, el intimidatorio, el correctivo o humanitario y el científico.

Por su parte el autor salvadoreño Doctor Manuel Arrieta Gallegos, retoma las anteriores clasificaciones y del análisis que realiza de ellas, concreta que los periodos evolutivos que desembocaron en lo que es el derecho penal, no le parecen muy acertadas, es por ello que menciona que como venganza privada lo que se pretendía era comprender que la pena era una reacción individual, basada en el instinto de conservación de la vida por parte del ofendido, vale decir, una venganza exclusivamente personal. Cabe mencionar que para dicho autor, la mas primitiva reacción contra lo prohibido (el delito), fue siempre colectiva, no significaba una reacción personal de cada ofendido y la comunidad tampoco la aceptaba de esta manera, debido a que la conciencia individual no surgió en las comunidades primitivas con caracteres de independencia y desarrollos suficientes, recuérdese que existía la influencia de la magia y mas aún, de la religión. Las comunidades primitivas, ante la acción

violatoria de lo prohibido, vale decir, del delito, sentían la necesidad de purificar el ambiente del maleficio, y es por eso que hasta los animales y las cosas debían responder del mal que habían causado, pues se era responsable por el solo hecho de producir el efecto dañoso, sin importar si existía conciencia o no, lo cierto es que la carga recaía en el sujeto o cosa que suscitara la causa del efecto producido. Por esas reacciones y por la evidente falta de la “conciencia” del “yo”, como ahora se entiende, es que el resultado era las sanciones colectivas y por ende la calificación de la época primitiva como: “venganza privada”, significando lo anterior para el Dr. Manuel Arrieta Gallegos que las clasificaciones parecían equivocadas. A su vez, dicho jurisconsulto en sus aportaciones asumió que las correctas son las siguientes: Época Primitiva, Época de la pena pública, Época humanitaria, Época Científica.<sup>1</sup> Es de agregar que estas épocas constituyen en la historia del Derecho Penal un cambio trascendental en lo que respecta a la evolución de este y a la forma de sancionar, ya que se gestaron como ya veíamos, acontecimientos importantes a nivel mundial, aparejando estos la respectiva humanización de las Penas, no obstante que para llegar a ese acontecimiento tuvieron antes que suscitarse diferentes ideologías y reacciones por parte de los Gobernantes y personas

---

<sup>1</sup> Arrieta Gallegos, Manuel, “Lecciones de Derecho Penal”, Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, El Salvador. Pág. .37

influyentes, propias del mismo sistema penalista imperante de cada época, estos a su vez limitaban el encuentro y establecimiento con tal acto. En ese sentido y para tener una mejor idea de cómo se fue tratando la pena en las diferentes épocas es que se hará mención en las siguientes líneas en lo que respecta a la forma de cómo se castigaba en cada tiempo antes aludido hasta llegar a la consagración del principio de legalidad en los cuerpos normativos legales.

### **1.1 EPOCA PRIMITIVA**

Predominan en esta época: La expulsión de la comunidad que luego sufre una transformación conforme se pierde el carácter religioso en la privación de la paz y la venganza de sangre, (ambas provocadas por reacciones colectivas).

La expulsión de la comunidad y de la paz, tiene lugar cuando un miembro de la tribu ha cometido un hecho delictivo contra cualesquiera otro de sus semejantes o una ofensa contra la tribu misma. Conforme va desapareciendo el carácter eminentemente religioso de la ofensa y de la reacción, esta se convierte en simple privación de la paz. Al individuo se le expulsaba de la comunidad, perdía el derecho a la paz y al grupo se le concedía reaccionar contra él, imponiéndole una pena por su acción.

Otra de las formas más primitivas de penar era la llamada ley de lapidación. Otro efecto era que el delincuente no podía alegar derecho alguno de vivir en paz con los demás miembros de su propia comunidad.

En cuanto a la venganza de la sangre, esta tenía lugar contra el extranjero. Era un castigo contra el que no era miembro de una misma tribu por haber transgredido la paz de la otra, no importando si la perturbación había sido individual o colectiva, lo cierto es que daba lugar a la lucha de grupo a grupo, es fin, una venganza de sangre como propiamente se le ha calificado.

Tanto uno como otro sistema no tenían límites. Las pasiones colectivas desbordadas por la venganza, necesariamente tuvieron que limitarlas y así surgieron primeramente el talion (del termino Talis, que significa: el mismo o semejante) que es el sistema de la conocida “Ley del Talion” mediante la cual se impone al ofensor a titulo de pena un mal equivalente al que el mismo a causado. En congruencia con este apartado aparece en el Pentateuco de Moisés con la conocida frase: “ojo por ojo, diente por diente”, se observa también en el Código de Hammurabi, en el Zend-Avesta y en las Leyes de Manu. La ley del Talion se presenta como un proceso evolutivo que freno los instintos de la venganza, limitándola a la cuantía del mal causado y señalando inclusive la pena. Así surgió también, a fin de evitar las consecuencias de una

lucha de tribu a tribu, el abandono noxal o entrega que sé hacia del injusto agresor a la tribu ofendida para que esta no reaccionara contra el grupo al cual el delincuente pertenecía. Y por ultimo, otra de las penas era la composición, mediante la cual quedaba autorizado el ofendido para que voluntariamente y en cada caso especifico, transaró con el ofensor mediante un pago que este debía hacer a aquel ya sea en metálico o con animales. La solución se generaliza y entonces dentro de este sistema que se le ha llamado también de la Componenda, es el grupo el que ya exige la composición entre el ofendido y el ofensor, ajenamente a la voluntad de este ultimo. Por las formas de conductas y las respectivas reacciones mencionadas es que se considera a la época primitiva como el proceso de organización hasta el surgimiento del Estado con su poder supremo para legislar y administrar justicia. Entonces se inicia la siguiente época calificada como, Pena Publica.

## **1.2 EPOCA DE LA PENA PÚBLICA**

Se llama así debido al 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. Mas, téngase 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, por tanto lógico es colegir que a través de la pena se buscaba: Intimidar a las clases inferiores. Por eso, a ese sistema que predomina hasta en la edad media se le llamo también, de la intimidación. Se mantuvo igual rigorismo en las penas y en la gravedad de estas, o mejor dicho la misma inhumanidad.

Esta misma época ha sido conocida también por periodo teológico-político o de la venganza divina, pues confundían pecado con delito, se veía en el delito una ofensa a Dios y al príncipe, y de ahí que la venganza divina fuese tomada como motivo para medir la gravedad de la pena.

Las Características de esta época fueron las siguientes:

- a) Desigualdad de los hombres ante la ley. Las clases dominantes, poderosas o nobles, gozaron de fueros especiales con penas menos severas y procesos también especiales;
- b) Estrecha relación entre el derecho penal y la religión de donde resultaban delitos de tipo religioso como la herejía, la blasfemia, el sacrilegio, etc.; que eran reprimidos con severas penas;
- c) Penas inhumanas y crueles como lo fueron la muerte acompañada de torturas, los azotes e inclusive las mutilaciones; Penas infamantes como la argolla, pesada pieza de madera aplicada al cuello; el pílori, rollo o picota en

que cabeza y manos quedaban sujetas; la rueda, en la cual se colocaba al reo después de romperle los huesos; las galeras, el descuartizamiento realizado por el correr de caballos, la hoguera, la decapitación por hacha, el hierro candente, el garrote y los trabajos forzados con grillos y cadenas;

d) Al igual que en la época anterior las penas no siempre fueron personales por que 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 aun de aplicar penas que no estaban previstas en las mismas leyes;

f) Sustitución del proceso acusatorio por el inquisitorio, pero en forma secreta y con desconocimiento de ciertas garantías procesales fundamentales y aun de los Derechos Humanos, inclusive se hacia uso del tormento como medio para obtener confesiones, (siendo esta la reina de las pruebas).<sup>2</sup>

Luego de tanta pena aplicada desmedidamente y sin restricción alguna que tuviera la suficiente capacidad de parar el trato bestial y sangriento, surge una nueva era para el Derecho Penal.

---

<sup>2</sup> Ibíd. Pág.39

### 1.3 ÉPOCA HUMANITARIA

Muchos sostienen que el principio de legalidad tiene su surgimiento dentro de esta época, significando entre ellos diferentes hechos mundiales como se mencionaba al principio de este trabajo, entre los que se incluía la Revolución Francesa marcando consigo a las Sociedades, puesto que otorgo al hombre aportaciones legales que hasta hoy en día se gozan y a la vez resultan inherentes. De ahí que, se trae a cuenta que esta Revolución dio paso o sirvió de introducción a la referida época, por el mismo contenido legal que esta aporta como ya se viera anteriormente.

Posteriormente, se da la conocida Revolución Filosófica que arranca del Renacimiento, puede decirse que con ella renació la personalidad humana. En el campo de la filosofía se origino el llamado "Iluminismo", con autores como: Hobbs, Spinoza y Locke, Grocio, Bacon, Pufendorff y Wolf, con Rousseau, Diderot, D'Alembert, Montesquieu y Voltaire.

Indudablemente estos movimientos repercutieron hondamente en el campo penal, con denotados aportes como el de Cesar Bonesana, Márquez de Beccaria, titulada "Del Delito y de la Pena" dramático opúsculo publicado en 1764 en Lierna (Italia). Dicho autor nació en Milán, era hijo de un Marqués, y a los 25 años escribió ese famoso libro, el cual produjo una transformación en el

derecho punitivo, iniciando así la época humanitaria y sirviendo de causa lógica a las doctrinas de la escuela penal clásica. Inicó su obra en 1763, pero no la imprimió en Milán por prudencia y temeroso de la reacción que debía producir ante el excesivo poder punitivo del Estado de ese entonces. Apareció impreso sin fecha, sin el nombre del autor y sin división de párrafos ni capítulos. La celebridad fue repentina, un año después de publicada, la sociedad patriótica de Berna le asignaba una medalla de oro aunque ignorando estos quienes fuese su autor. Afirma Jiménez de Asúa, que los críticos italianos modernos dicen que ese libro era inferior a su fama y que su fortuna proviene de haber aparecido a tiempo, cuando la idea que sostenía estaba difundidísima y vivamente sentida, y que sin duda es una obra valerosa y no muy tradicional. Su misma notoriedad y el influjo que produjo sorprendieron a Beccaria y a sus inspiradores. La obra mencionada gira alrededor de los siguientes puntos:

- Anatematiza con dureza todos los abusos de la práctica criminal imperante, exigiendo una reforma de fondo;
- Proclama que la justicia humana es cosa muy distinta de la justicia divina, pues la justicia penal encuentra su fundamento en la utilidad común. Que sin embargo debe estar limitada por la ley moral;

- Afirma que el rigor de las penas de nada sirve si no va acompañado por la certidumbre del castigo, dice: 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, agrega que los castigos crueles hacen insensibles a los hombres;
- Lo indispensable es disponer de una buena policía para evitar el delito en vez de imponer crueldades.
- Postula la abolición de la pena de muerte y más aun en forma cruel, aceptándola solo en las épocas de perturbaciones políticas.
- Aboga por la determinación de las penas humanizadas previamente por la ley y por la determinación de procedimientos que no sean crueles, fijados con anterioridad a los delitos, de donde surge el derecho penal liberal por el que propugnan los clásicos dentro de la escuela penal que lleva ese nombre, concretándose el pensamiento de Beccaria con una formula jurídica, la cual es el principio de la legalidad de los delitos y de las penas. De entonces en adelante nadie podrá ser castigado por hechos que no hayan sido anteriormente previstos por una ley y a nadie podrá serle impuesta una pena que no este previamente establecida en la misma. Este es el conocido principio de legalidad que contraria con el

poder abusivo del Estado en el campo punitivo y a su vez encuentra cabida en la Declaración de los derechos del Hombre y del Ciudadano. Años mas tarde en el preámbulo de la Primera Constitución Francesa, y a raíz de la Revolución este es el principio que también inspira a todas las legislaciones penales que surgen en Europa y en los nacientes Estados de América.<sup>3</sup>

De lo anterior se observa que el marquez de Beccaria fue un hombre de cuyas ideas se expandieron a los cuerpos normativos, aun en los actuales, es decir, marco la historia humanitaria bajo ese instinto de fragilidad y vulnerabilidad que sentía hacia su misma raza, sin dudarlo su libro provoco en esta época una profunda reflexión a los aplicadores de la ley de manera que se obtuvieron los resultados positivos anhelados por el autor en comento. En ese sentido es que surge el Principio de Legalidad en el Derecho Penal, regulándose desde entonces en países Europeos hasta llegar a los Latinos. Lógico, que para llegar a su regulación y aplicación se sometió a estudio de muchos autores sufriendo esta obra criticas, pero a su vez otros críticos la consideraban loable, ya que estaban concientes de que era una evidente reforma muy justa a favor de los reprimidos penales.

---

<sup>3</sup> Beccaria Cesare, “De los Delitos y de las Penas”. Pág. 47

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

#### **1.4 EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA LEGISLACION SALVADOREÑA**

El principio de legalidad como ya antes se menciono significa un limitante al Poder Puniendo del estado, en el sentido de que no se podrá aplicar bajo ninguna circunstancia una pena que no se encuentre establecida en una ley, agregando, que se tienen que cumplir ciertos requisitos o elementos que sirvan de parámetro para aplicar una normativa jurídica determinada. A partir del establecimiento de este principio el Estado ya no esta facultado para actuar arbitrariamente, por el contrario debe observar y actuar apegado a la legalidad de las leyes. Esa es la protección que se logro con el Principio de Legalidad, para que el poder que tiene el Estado de legislar no se use desmedidamente. Bajo esas circunstancias, la legislación Salvadoreña no es la excepción a la regulación de ese principio, en primer lugar lo que se tiene que tomar como prioridad es lo consagrado en la Constitución, como ya se sabe esta es la ley

primaria de un estado, ya que es esta la que da el ordenamiento Jurídico político de una sociedad y para ello debemos de saber que existen una serie de conceptos que tratan de definir lo que es la Constitución ya que algunos sostienen que es el orden jurídico de la integración, para Pérez Royo constitución es la que posibilita la construcción jurídica de un orden político, pero consideramos como el mas completo el de Rudolf Smend quien expresa “El orden Jurídico de un estado, que se diferencia del resto del orden jurídico por el orden político de su objeto y del resto de las normas jurídicas en que estas son la normativización abstracta de una plurabilidad infinita” se puede ver que en un estado es necesario la integración de órganos para el mejor funcionamiento y regulación legal de las actividades de los ciudadanos, funcionarios y de el mismo es por ello que tenemos una ley secundaria como la ley penal y por ultimo los tratados Internacionales que son leyes nacionales si cumplen con lo establecido en la ley primaria. En lo que atañe a la Constitución de nuestro país, esta tiene su historia, recuérdese que antes de la Independencia Centro Americana, la primera organización política que rigió a El Salvador durante la época colonial fue a través de las llamadas leyes nuevas, promulgadas por la corona de España y fue cuando integraba con los demás países de Centro América una colonia de ese país.

El régimen jurídico al que estaba sometido lo que hoy es El Salvador, era el mismo al que se encontraban sometidos todos los territorios descubiertos y colonizados por España, y por consiguiente ese régimen era el Español.

Las provincias del Centro de América tuvieron su independencia política a través de un proceso histórico que se inicio en la ciudad de San Salvador, capital de la provincia del mismo nombre, el día 5 de noviembre de 1811, y que culmino con la declaratoria de independencia del 15 de septiembre de 1821 en la ciudad de Guatemala ( Santiago de los Caballeros) capital de toda la colonia, ocasión en la cual se suscribió el histórico documento de independencia, confirmada después; de cuerdo a lo estipulado en el acta por decretos de la Asamblea Nacional Constituyente (La primera Asamblea de las Provincias Unidas) de fechas 1 de julio y 1 de octubre de 1823.

El acta de Independencia del 15 de septiembre de 1821 por cuya vigencia lucharon los salvadoreños al acordarse por la junta consultiva de Guatemala (Gobierno Provisional) la incorporación al imperio de México (5 de enero de 1822) violando así el pacto Independentista resulta ser la fuente del derecho constitucional de la ahora desaparecida Republica Federal de Centro América y del Estado Salvadoreño y por ende de toda la legislación secundaria civil, penal y procesal posteriormente surgida en este país.

En efecto, caído el imperio mexicano y fracasada la anexión, fue con base en el pacto de Independencia del 15 de septiembre que se convocó de conformidad a una de sus cláusulas y por decreto de 29 de marzo de 1823 al Primer Congreso o Asamblea Centroamericana que se reunió en Guatemala el 24 de junio del mismo año y que se convirtió en Constituyente, para decretar la Constitución Federal. Y por decretos del mismo Congreso de 17 de diciembre de 1823, que determinó las “Bases de Constitución Federal” y de 5 de mayo de 1824 por el que se decretó que los cinco Estados de la Federación tuviesen sus Congresos para elaborar sus respectivas constituciones “Conforme a los fundamentos de la Constitución Federal”, fue que se confirmó jurídicamente la procedencia y legalidad del Congreso Constituyente que se instaló en San Salvador desde el 14 de marzo de ese año, Congreso que a su vez decretó la primera Constitución Política Salvadoreña bajo la jefatura del Estado del Patricio don Juan Manuel Rodríguez, juramentada y publicada el 4 de julio de 1824 en esta constitución no se consagraba lo que es principio de legalidad, cabe mencionar que el Estado Salvadoreño fue el primero en crear su ley Constitucional, Aun antes que la misma República Federal de Centro América.

En 1839 se rompió definitivamente el pacto federal, no obstante los denotados esfuerzos del General Francisco Morazán, segundo Presidente de la

Republica Federal de Centro América, quien anteriormente había trasladado la capital a tierras cuzcatlecas (el primer presidente Centroamericano había sido el Gral. Manuel José Arce), el Estado Salvadoreño estableció su primera Constitución Política, siempre con rapidez encomiable, ya que fue promulgada en 1841 bajo la presidencia del Dr. Juan Lindo. El origen hondureño del Dr. Lindo jamás pudo ser óbice para que ocupara la primera magistratura de este país, pues así lo permitían el Centroamericanismo latente en los salvadoreños y las normas constitucionales de El Salvador, como Estado que había sido de la Federación. Los principios republicanos y democráticos de su nueva Constitución estaban calcados en la de 1824, cuando era miembro de la Republica Federal. En lo que respecta a esta Constitución se resalta que la elasticidad con la que se redactó permitía una serie de decretos legislativos posteriores que modificaron aspectos de la vida institucional. Entre ellos, merece mencionarse el que denominó al país Republica de San Salvador. La vigencia de esta primera Constitución duró hasta el año de 1841, posteriormente surge la de 1864 durante el cual y bajo la presidencia provisional del Dr. Francisco Dueñas, este decreta la tercera Constitución de la Republica. La cual fue dictada el 20 de marzo de ese mismo año posteriormente a esta constitución sobrevino la antitesis y durante el gobierno

liberal del Mariscal Santiago González surge la tercera y la cuarta Constituciones en los años de 1871 y 1872 la cual establecían lo mismo con respecto al principio de legalidad que la de 1864, la vigencia de la de 1872 duro hasta 1880 durante el cual se dictan la quinta y la sexta, en ese año y en 1883, bajo la presidencia del Dr. Rafael Zaldivar. En cuanto a La constitución de **1886**, bajo el titulo II que hacia referencia a los **DERECHOS Y GARANTÍAS DE LOS CIUDADANOS** el articulo 25 estableció una regulación mas especifica en cuanto al principio de legalidad y podemos establecer que fue aquí el surgimiento de este en la legislación salvadoreña, el cual se ha ido desarrollando, en ese cuerpo lo establecían así “ Nadie puede ser juzgado si no por las leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate y por los tribunales previamente establecidos” en ese año de 1886 bajo la muy liberal revolución del General Francisco Menéndez, jefe de Estado y luego presidente de la Republica, se promulgo la democrática y nueva Constitución, siendo la que mas duración tuvo. Sus principios inspirados en las postrimerías del liberalismo, rigieron los destinos patrios hasta que, innecesariamente desde el punto de vista jurídico e institucional, fue sustituida en 1939, la cual en el Titulo V de derechos y Garantías, capitulo I en el articulo 39 rezaba de la siguiente manera “ Nadie puede ser juzgado si no por las leyes promulgadas con

anterioridad al hecho de que se trate y por los tribunales previamente establecidos” y después esta misma, en 1944, bajo la presidencia del General Maximiliano Hernández Martínez, para dar lugar entre otras cosas y tal como había sucedido en anteriores ocasiones, al continuismo presidencial. El 24 de febrero de 1944 la Constitución de la República tiene reformas las cuales no tienen relevancias en cuanto el artículo ya mencionado

En 1945 en el artículo 25 establecía “ Nadie puede ser juzgado si no por las leyes dadas con anterioridad al hecho y por el tribunal que previamente haya establecido la ley” teniendo una modificación de forma y no de fondo con respecto a la anterior constitución. Habiendo quedado atrás la acción popular contra el autoritarismo, se promulga por la Asamblea Nacional Constituyente, el Decreto Constitucional mediante el cual se restituyó en su vigor la Constitución de 1886 con una serie de reformas tendientes a dar vigencia a otra serie de instituciones y normas contenidas en las de 1939 y 1944. Luego se tiene la del año de 1950 la cual en el título X Régimen de Derechos Individuales, artículo 169 que sirve de patrón a la de 1962, regulando de igual forma el principio de legalidad en el art.169 “Nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate, y por los tribunales que previamente haya establecido la ley” posteriormente surgen las de 1964, 1971,

1980 Y 1983 siendo esta ultima la que se encuentra actualmente en vigencia, conservando siempre el espíritu que se ha venido dando a lo largo de nuestra historia constitucional y se encuentra, establecido en el Titulo II Derechos y Garantías Fundamentales de la Persona, Capitulo I Derechos Individuales y su Régimen de excepción, Sección Primera Derechos Individuales, artículo 15. el cual establece que “Nadie puede ser Juzgado sino conforme a las leyes promulgadas con anterioridad del hecho de que se trate, y por los tribunales que previamente haya establecido la ley”. Luego de abordar la historia Constitucional en nuestro país, es necesario realizarlo también en el ámbito Penal, puesto que si bien es cierto, la Constitución solo establece los parámetros determinantes para la regulación y aplicación de los delitos y de las penas, por estas razones es que representa la garantía máxima dentro del Estado de Derecho y por supuesto dentro de nuestro sistema jurídico. No obstante se considera pertinente mencionar la evolución que han tenido los Códigos Penales Salvadoreños a lo largo de la historia.

En efecto, se abordara siempre sobre los aspectos que atañen al principio de legalidad, en ese sentido se tiene que el primer Código Penal Salvadoreño fue promulgado a poco menos dos años de la Constitución de 1824, o sea el 13 de abril de 1826. Este Código tuvo como patrón el Código

Español de 1822. en este primer código penal constaba 840 artículos de los cuales no existe una exposición de motivos que justifique el origen histórico del mismo.

Desde entonces hasta la fecha El Salvador ha tenido los siguientes Códigos Penales, promulgados sucesivamente así: El 2 de septiembre de 1859, tuvo como modelo el Código Español de 1848 elaborado bajo la acción directa del ilustre penalista Joaquín Francisco Pacheco; fue creado mediante decreto de la Asamblea Constituyente de 1880 y promulgado el 19 de mayo de 1881, este paso a ser el tercer Código Salvadoreño inspirado también en el Código Penal Español de 1870. Luego se tuvo el Código Promulgado el 14 de Octubre de 1904, con una serie de reformas, por sobre las que ya habían sido hechas en los anteriores Códigos, se puede decir que este código estuvo influenciado por una serie de Tratados de Derecho Penal y Extradiciones regionales (1897 y 1901) entre los cuales se mencionan el “Tratado sobre derecho penal y extradición” en el cual se observaba un cambio referente en la pena señalada para cada delito por el sistema de las penas que se agravan o se atenúan según las circunstancias de cómo se da el delito, el segundo tratado fue sobre la misma manera que el primero, este fue celebrado en San Salvador el 12 de febrero de 1901, surgiendo este nuevo código por la contrariedad que se dio en

el tratado de 1897 junto con el de 1901; acá el principio de legalidad estaba regulado en el Libro I, capítulo I y en el artículo 1 que literalmente establecía: “Es delito o falta toda acción u omisión voluntaria penada con anterioridad por la ley”. Por consiguiente el Código penal de 1974 tuvo una diversidad de fuentes entre las que se destaca el proyecto Penal salvadoreño elaborado por el Ministerio de Justicia de 1959 en donde ya se establecía el principio de legalidad traído desde los antiguos Códigos Penales Salvadoreños, pero este código lo regulaba de la siguiente manera “Nadie podrá ser sancionado por hechos que la ley penal no haya previsto en forma precisa e inequívoca como punibles ni podrá ser sometido a penas o medidas de seguridad que ella no haya establecido previamente al aplicar la ley a un hecho, este no podrá ser considerado mas de una vez para la imposición de esta pena salvo lo dispuesto la primera parte del artículo”. Por su parte el Código Penal de 1998, regula el principio de legalidad también en el artículo 1 el cual establece: “Nadie podrá ser sancionado por una acción u omisión que la ley penal no haya descrito de una forma previa, precisa e inequívoca como delito o falta, ni podrá ser sometido a penas o medidas de seguridad que la ley no haya establecido con anterioridad. No podrá configurarse delito o falta ni imponerse pena o medida de seguridad, por aplicación analógica de la ley penal”. Por lo que se dice que

se tiene un sistema jurídico legalista, que en la actualidad actúa como un limitante al poder punitivo del estado y sobre todo un Código que garantiza la debida aplicación de la pena. Por tanto, se presume que el principio de legalidad es la esencia de la libertad, ya que nadie puede en lo sucesivo ser castigado, sino por hechos predeterminados por la ley, con penas previamente establecidas y por tribunales ajustados a normas procesales predeterminadas;

Cabe mencionar que de acuerdo a lo aludido anteriormente, los Códigos Penales desde 1904 y los que precedieron, estaban basados en los principios fundamentales de la escuela penal clásica. Como sucedió casi en la totalidad de los códigos iberoamericanos de fines del siglo pasado y de principios del presente, el salvadoreño es una herencia obligada del Código Penal Español de 1870. Es de agregar, que en este sistema también han surgido críticas a los referidos códigos, si bien es cierto se tuvo un evidente avance al subsumir el principio de legalidad en la normativa penal, este ha sufrido cambios a través de la historia, lógicamente no se puede tener en vigencia un Código de los años treinta en nuestra actualidad, hay que recordar que las épocas son distintas, la raza humana se encamina cada vez a innovaciones, a estudios o análisis, en fin el ser humano no es conforme y busca respuestas con lo que encuentra a su alrededor y por tanto es vulnerable al estudio de todo lo que le atañe, es así que

los Códigos Penales también sufrieron hondas críticas, pero con el transcurso del tiempo se trata de perfeccionarlos y de encaminarlos a lo que se considera justo. Por ejemplo en su tiempo, el Código Penal español, podía servir de modelo a repúblicas hispano-americanas por la comunidad espiritual que las ligaba a la madre patria y porque el documento legislativo estaba lleno de calidades. Mas, no en vano han pasado varios decenios y se ha operado en todo el mundo una profunda modificación penal, debido a los evidentes progresos de las disciplinas penales. El delito, el delincuente y la pena han sido estudiados en sus aspectos normativos y causal-explicativo, con tal amplitud y penetración, que por perfecto que sea un cuerpo de leyes penales la evolución doctrinal lo convierte en un documento del pasado. Mas, cuando se piensa en el aporte rendido por el actual y los anteriores códigos penales y en la abundante y juiciosa jurisprudencia que a través de tantos años han podido elaborarse por jurisconsultos eminentes que han desfilado en los tribunales salvadoreños, se comprende que esta tarea pre-legislativa es mas que difícil y por ello ha marchado en forma lenta-aunque fecunda.

En fin, lo principal es tener en cuenta que el principio de legalidad simboliza, como se mencionaba, una resguardo supremo sobre todo aquello que amenace o menoscabe la dignidad del ser humano en todos sus ámbitos,

constituye un control jurídico tendiente a supeditar al Estado en sus facultades Constitucionales y demás que se le han encomendado, en ese sentido observamos que los instrumentos legales como lo es la Constitución y el Código Penal han trascendido jurídicamente pero mas aun, en el establecimiento del mencionado principio y a su vez trasladándose a brindarles un sentido humano del cual se carecía en aquellas épocas.

## **1.5. TRATADOS INTERNACIONALES**

En la Actualidad existen otros instrumentos jurídicos que sirven de apoyo a las leyes de nuestro país, siendo esto una de las medidas del progreso de la Institucionalidad Democrática de un país, ya que se avanza hacia la integración de los instrumentos Internacionales, los Tratados Internacionales, Convenciones, Pactos nuestra Constitución de la Republica los considera como leyes así como lo regula el artículo 144 el cual les da la categoría ya mencionada, lo cual su aplicación y cumplimiento se vuelve obligatorio para los ciudadanos y las autoridades de nuestro país. Para Eduardo Jiménez de Arechaga tratado internacional es " Toda concordancia de voluntades entre sujetos de derecho internacional destinada a producir efectos jurídicos, es decir crear, modificar o extinguir un derecho" y para la convención de Viena que trata sobre Derecho de los Tratados de 1969 lo define así " Es un acuerdo

internacional celebrado por escrito entre estados y regido por el derecho Internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sean su denominación particular” según lo establecido por estos dos concepto uno doctrinario y el otro legal llegamos a la conclusión de que un tratado es un acuerdo entre sujetos de derecho internacional destinado a producir efectos Jurídicos en nuestro sistema jurídico los únicos que tienen la facultad para suscribir tratados es el Presidente de la Republica y el Ministerio De Relaciones Exteriores a través de su titular, pero para que nuestro sistema jurídico lo reconozca como tal debe de ser ratificado por la Asamblea Legislativa, La cual debe de garantizar que este no afecte o sea una limitante al orden constitucional salvadoreño entre los instrumentos Internacionales, ratificados por El Salvador en los que se establece el principio de legalidad tenemos.

### **1.5.1 DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS**

Esta convención fue adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la resolución 217 A (III) del 10 de Diciembre de 1948 el principio de legalidad se encuentra consagrado en el art. 11 No 2, el cual establece literalmente lo siguiente: “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el

derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena mas grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”

#### 1.5.2 PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

Fue Adoptado y Abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en la resolución 2200 A (XXI) con fecha 16 de Diciembre de 1966, dicho pacto entra en vigor el 23 de marzo de 1976 de acuerdo al artículo 49 de ese cuerpo legal, fue ratificado por nuestro país por el decreto legislativo numero 27, 23-XI-1979, y fue publicado en el diario oficial numero 218, 23 – XI-1979, este pacto el principio de legalidad se ha identificado en el art. 15 el cual instituye lo siguiente: “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena mas grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena mas leve, el delincuente se beneficiara de ello. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que en el momento de cometerse fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad Internacional.

### **1.5.3 CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS**

#### **“ PACTO DE SAN JOSÉ “**

Este pacto fue suscrito en San José, Costa Rica, el 22 de Noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, entro en vigor el 18 de Julio de 1978, ya que así lo establecía el artículo 74 y fue ratificado por nuestro país por el Decreto Legislativo número 5, 15-VI-1978, y su publicación se realizó en el Diario Oficial número 113, 19-VI-1978. El principio que estamos estudiando está plasmado en el artículo 9 el cual dice “ Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delitos según el derecho aplicable, tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

Con lo descrito anteriormente, se colige que el principio de legalidad históricamente es considerado por excelencia una figura que limita el poder punitivo del Estado, trascendiendo su evolución a través de los tiempos antes señalados; que data desde la aplicación deshumanizada de la pena, hasta la respectiva humanización de esta, por lo que a través de este último

acontecimiento se colige el establecimiento de este principio universalmente tanto en las Constituciones, leyes penales y Leyes Internacionales.

Luego de estudiar un poco la historia del principio de legalidad, es de destacar las posiciones que la doctrina ha creado y sustentado a lo largo de la evolución de esta figura, por lo que en el capítulo que a continuación se desarrollará se expondrán las diferentes sustentaciones que expertos doctrinarios han desarrollado al aludido tema.

## **CAPITULO II**

### **ASPECTOS DOCTRINARIOS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD**

El principio de legalidad, constituye uno de los resortes limitadores del derecho de castigar del Estado, y una exigencia de Seguridad Jurídica por parte de este; a su vez, representa una garantía individual, ya que el ciudadano no puede verse sometido al castigo de una determinada conducta si ella no esta reconocida en una norma jurídica, significando así, que una ley debe estar aprobada por el Órgano Legislativo, según el procedimiento establecido para ello. En consecuencia, estamos frente a una condición básica del Estado de Derecho.

El principio de legalidad protege ciertos derechos que puedan ser vulnerados fácilmente por las instituciones gubernamentales y a las que a su vez, les ha otorgado la Constitución la labor de legislar y de llevar a cabo su debida aplicación, de manera que es un riesgo inminente no frenar aquellas actuaciones referentes a la relación existente entre una persona como miembro de la sociedad frente al “Ius Puniendi” del Estado. Por estas razones representa un control supremo frente a estas amenazas.

Se exige, así, el conocimiento de la regulación de tal principio en las normas jurídicas Penales, pero sería muy complejo y limitante la comprensión solo en referencia al aspecto legal de este, por tanto se considera pertinente ampliarlo en la línea de la doctrina, debido que, la evolución que ha tenido en las leyes penales, se debe a la existencia de incidencias por parte de diferentes estudiosos en la materia, que vertieron diversas posturas a tal principio, al grado que se establecen múltiples especializaciones e investigaciones que se destacan a largo de la historia del principio de legalidad, en ese sentido, se tiene conocimiento que existen muchos autores que han aportado la realización de muchos apuntes referente a este principio, versando la mayoría, sobre la garantía que en su esencia significa el principio Y su repercusión en el Sistema Judicial de cada Estado, así como sus diferentes significados, clasificaciones, funciones, etc. Por consiguiente es de suma importancia destacar algunos aspectos doctrinarios que coadyuven al mejor esclarecimiento de su existencia y su justificante respectivo en la normativa penal.

Así se conoce que la formulación en su aspecto clásico del principio de legalidad en materia penal se debe a Paúl Johann Anselm Ritter Von Feuerbach, quien es considerado como el padre del Derecho Penal, y por su

parte, lo enuncia con la siguiente formulación latina: (**Nulla Poena Sine Lege**) Toda aplicación de una pena supone una ley previa; agrega que la aplicación de una pena presupone la realización de una infracción prevista en una figura legal (Nullum Crimen Sine Poena Lege). Sostenía que la infracción viene determinada por la pena legal, (Nullum Crimen Sine Poena Legale. Este autor, fundamentó el principio de legalidad en su obra llamada: “Coacción Psíquica”, en esta estableció que: “Toda pena jurídica pronunciada por el Estado es consecuencia de una ley fundada en la necesidad de conservar los derechos exteriores y que contiene la amenaza de un mal sensible frente a una lesión de derecho. Y no puede ser sino consecuencia de una ley, puesto que el fin de la amenaza penal es evitar las lesiones del derecho por medio de la intimidación de todos aquellos que podrían cometer tales lesiones, y más podría intimidar a la sociedad una amenaza penal que no se hallase clara y públicamente, establecida por medio de la ley”<sup>4</sup>.

Para este autor, ninguna conducta, por reprochable que parezca y por mucho que lesione el Derecho, puede conceptuarse delito si la ley no lo

---

<sup>4</sup> Cobo del Rosal Manuel y Boix Reig, Javier “Garantías Constitucionales del Derecho Sancionador””. Pág.61

prescribe así, (Principio de Legalidad Criminal). La formulación que realiza este autor sobre la base del principio de legalidad, significa que no pueden imponerse mas penas que las establecidas por el legislador en cada caso, hallándose prohibido sustituir por otra la penalidad prevista en cada figura delictiva y, mas aun, “inventar” penas. (Principio de Legalidad Penal). Se tiene también el aforismo conocido por: “Nemo damnetur nisi per Legale iudicium”. Nadie puede ser castigado sino en virtud de un juicio formal ante sus jueces naturales, en el que se respeten las garantías establecidas por la ley (Principio de Legalidad Procesal o garantía Jurisdiccional. Sostiene además, que no puede ejecutarse pena alguna sino en la forma prevista por la ley (Principio de Legalidad en la Ejecución.

Con lo anterior lo que se determina es que frente al principio de legalidad, no puede conceptuarse delito alguno, sino solamente aquellas acciones u omisiones amenazadas legalmente con pena y que, en consecuencia, todo delito para tener tal calidad, ha de tener asignada una pena legal.

A lo anterior, autores como Cobo del Rosal y Bustos Ramírez, sostienen y amparan las enunciaciones que Feuerbach, ha realizado al estudio del principio de legalidad. Es evidente que Feuerbach, realizó una aportación

muy acertada en lo que al principio de legalidad se refiere, por tanto su estudio a través de la historia ha sido muy provechoso y beneficioso, sobre todo en la época clásica, que fue donde surgió su significado.

En gran medida, el Derecho Penal moderno nace con el lema formulado por Von Feuerbach, “Nullum Poena Sine Lege” y en especial la teoría del delito y de la pena, ya que tratan de especificar las consecuencias de esta frase con relación a los principios generales. Por consiguiente el derecho penal moderno toma su enfoque desde una perspectiva garantista. En ese sentido el principio de legalidad ya no solo significa la Carta Magna del delincuente sino también de todo ciudadano.

Existen muchas posiciones doctrinales respecto a este tema, siendo importante señalar dentro de estos lo que para algunos autores modernos significa el principio de legalidad. Por ejemplo, para el autor Español José María Rodríguez Devesa, enfoca el principio de legalidad desde un sentido estricto, significando para él, que la única fuente creadora de delitos y penas es la ley; esta se extiende a las causas de agravación y a las medidas de seguridad. Entre otras cosas menciona, que en esta materia quedan excluidas la analogía y la costumbre, y fuera de ese círculo cesa el

monopolio de la ley<sup>5</sup>. Sostiene que el origen del principio de legalidad se halla en el anhelo de seguridad jurídica de parte de los pueblos frente a los detentadores del poder, con el fin de excluir la arbitrariedad en el derecho punitivo que atañe a los bienes mas preciados de los hombres como por ejemplo, la libertad personal, el patrimonio. Etc.

Por otra parte, dentro de los aportes del derecho penal moderno, se encuentra Juan Bustos Ramírez, este autor no conceptualista tampoco el principio de legalidad, solamente hace alusión al contenido de este, establece que tres son los aspectos que integran el enunciado de este: Nulla Poena Sine Lege Scripta, Nulla Poena Sine Lege Stricta, Nulla Poena Sine Lege Previa. Se puede decir que por una parte su contenido se fundamenta en el principio del imperio de la ley y, por otra de la división de poderes, como aspectos fundamentales de un Estado de Derecho<sup>6</sup>. Y consecuentemente de rechazo a la arbitrariedad.

Fernando Velásquez, quien es un autor Colombiano, concibe el principio de legalidad en los siguientes términos: “Es un principio cuya tarea es

---

<sup>5</sup> Devesa Rodríguez, José María, “Derecho Penal Español”, Parte General, Novena Edición, DY Kinson, Madrid, España, 1985, Pág.172-173.

<sup>6</sup> Bustos Ramírez, Juan, “Manual de Derecho Penal”, Parte General, Tercera Edición, Editorial Ariel S.A., Barcelona, España. Pág. 69

controlar el poder punitivo del Estado, confinando su aplicación dentro de los límites excluyentes de toda arbitrariedad y exceso de parte de todos los detentadores del poder”<sup>7</sup>.

En lo expuesto anteriormente por los diferentes autores citados, lo que se entiende del principio de legalidad es la proclamación y desarrollo de la garantía que en su esencia misma significa, ya que exige el reconocimiento respectivo de la norma penal, para que tenga validez la aplicación de esta. Asimismo, la importancia que conlleva al límite coercitivo del Estado, de manera que este a través de sus Órganos debe observar su debido procedimiento y por tanto la adecuada aplicación de la norma, a su vez, sería un verdadero logro para tal garantía si el legislador y aplicador de la norma penal, observaran las consecuencias de este, en el sentido que al promulgar leyes penales, las normas deben estar redactadas de tal forma, que su contenido revista de una buena fundamentación, no dejando espacios de duda al aplicador, es decir, tienen que ser precisas y determinantes, para que la esencia misma del principio se conserve y no de margen a arbitrariedades por parte de los Órganos Estatales. Ahora bien, esto es en cuanto al significado del principio de legalidad. A parte de estos

---

<sup>7</sup> Velásquez Velásquez, “Derecho Penal”, Parte General, Tercera Edición, Editorial Temis, Santa de Fe de Bogota, Colombia, 1997, Pág. 48

aspectos existen otros que se refieren al estudio de este. Así por ejemplo, se tienen los llamados tipos del principio de legalidad, los cuales explican un poco el contenido del principio de legalidad.

## **2. TIPOS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD**

**2.1 PRINCIPIO DE LEGALIDAD SUBSTANCIAL:** Este es considerado la base de la garantía de defensa social, en virtud de la cual se sanciona con una pena o se somete a una medida de seguridad cualquier acción u omisión, o Estado peligroso que vaya contra la Sociedad. Este tipo representa dogmas del Derecho Penal Autoritario, esto es observado en los Regímenes Totalitarios, en los cuales es frecuente la imposición de penas por hechos no configurados previamente como delitos.

**2.1.2 PRINCIPIO DE LEGALIDAD FORMAL:** Este es considerado como la base de la garantía individual que consiste en la necesidad de una ley escrita, cierta y previa al castigo. Este tipo considera que el principio de legalidad, se desglosa en: “No hay delito sin ley escrita, cierta y previa que lo haya establecido como tal” (Nullum Iudicio Sine Praevia Lege) Se considera también que el principio representa dogmas del derecho penal liberal, de los regímenes democráticos-liberales, que una vez plasmado en las leyes se convierte en garantías del individuo para que sus derechos subjetivos no sean vulnerados.

Dentro del estudio del principio de legalidad se encuentra también lo referente a otros elementos que ayudan a esclarecer las funciones de este, así se tiene que en el campo de la técnica de la elaboración y aplicación de leyes, esta impone una **“Lex Certa” (Ley Cierta)** Se refiere a un mandato de certeza, el legislador como ya se mencionaba antes, debe, formular sus normas con precisión y claridad. De manera que toda ley que sea escrita no debe acudir a términos vagos o equívocos, que dejen margen de dudas en el ámbito de lo punible, es así, que el legislador debe dejar palpable y definido lo que castiga mediante la norma penal.

**“Lex Scripta” (Ley Escrita):** Esta es la que prohíbe el derecho consuetudinario. Afirmando que el juez, en su caso, debe contar con una ley escrita para condenar o agravar penas.

**“Lex Stricta” (Prohibición de la Analogía).** Esta lo que significa es que la decisión tomada por un juez, debe estar siempre contenida en la ley penal, no deja margen al juez para que determine sobre una decisión que no se encuentre establecida legalmente. De esta manera el principio de legalidad impone al juez la prohibición de la ampliación de la norma a casos que no están contemplados normativamente en la formula legal. Visto de esta forma, el juez tiene que limitarse a lo impuesto en la ley, no pudiendo aplicar supuestos que

no estén previstos en la misma. Al respecto Eugenio Zaffaroni, en su ya conocido “Manual de Derecho Penal”, se pronuncia sobre la Analogía diciendo lo siguiente: “Si por Analogía en derecho penal se entiende completar el texto legal en forma de entenderlo como prohibiendo lo que la ley no prohíbe, considerando antijurídico lo que la ley justifica, o reprochable lo que no reprocha, o en general punible lo que no pena, basando la conclusión en que prohíbe, no justifica o reprocha conductas similares, este procedimiento de interpretación queda absolutamente vedado del campo de la elaboración científico-jurídico del derecho penal”<sup>8</sup>.

En definitiva, lo que se entiende por analogía es que ante la aplicación de un determinado principio a un cierto caso y, en el supuesto de no existir disposición legal que establezca lo contrario, el aplicador se encuentra ante la posibilidad de adecuar una norma, desde luego que se aplicará siempre y cuando se relacione con la que esta conociendo, debiendo aplicar con ello, la lógica jurídica. El referido doctrinario apunta también que existen dos distinciones en cuanto a la analogía y estas son las siguientes:

**a) Analogía in malan partem:** esta es la que integra la ley extendiendo la punibilidad.

---

<sup>8</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl, “Manual de Derecho Penal”, Parte General, México, 1991, Editorial Cárdenas, Pág.141

**b) Analogía in bonan partem:** esta es la que restringe la punibilidad, opera además, para salvar la racionalidad del derecho.<sup>9</sup>

De lo anteriormente expuesto, se entiende que en el contenido del derecho penal no cabe el concepto de lagunas o vacíos jurídicos, como talvez se podría dar en otras ramas del derecho, al contrario, por la naturaleza misma de la normativa penal, necesariamente se exige la descripción de la conducta considerada como antijurídica.

Otra aportación al tema de la analogía, se debe a Juan Bustos Ramírez, este doctrinario penal, pronuncia que esta no puede crear delitos y mucho menos penas, ni en general disposiciones que aumenten la disposición del Estado. Menciona que la interpretación analógica en esta clase de materia prácticamente, no tiene cabida, ya que no se trata del sentido del texto, sino del sentido mas restringido del texto. Entendiendo por sentido restringido, el carácter riguroso de la interpretación. Desde el punto de vista de este autor la figura de la **Analogía**, esta representada en la decisión que toma el juez en un caso penal, y la cual tal decisión no esta reflejada o contenida en la ley. Con tal sentido, se vuelve relativo, a lo que Raúl Eugenio Zaffaroni, concebía por analogía, es decir, la semejanza de un caso con otro.

---

<sup>9</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl, Op.Cit. Pág.

Se entiende con claridad entonces, que el procedimiento analógico es el que trata de determinar la voluntad no existente en las leyes penales, y por tanto conlleva a una extensión de la ley.

Dentro de la figura de la analogía, se encuentra las siguientes especies:

- A) Analogía Legal:** esta se obtiene acudiendo a otro precepto de la ley, que regule un caso igual al que se este ventilando.
- B) Analogía Jurídica:** esta surge cuando la regla del caso omitido se deduce del espíritu y del sistema del ordenamiento jurídico.

La analogía antes planteada, no se regula en todos los sistemas jurídicos, y en el caso de la legislación penal salvadoreña, no es la excepción, ya que su aplicación no esta permitida.

Otra figura que se destaca en este apartado, es la **INTERPRETACION ANALÓGICA**. Cabe mencionar que se entiende por Interpretación, la fijación del sentido de la ley para poder aplicar una regla general a una situación concreta. Por eso siempre es necesaria, no significando que sea un problema que dependa de determinar si el texto es claro u oscuro, sino que surge de la abstracción de la ley y la necesidad de poder subsumir dentro de ellas situaciones concretas de aplicabilidad.

De lo anterior se parte una relación con lo mencionado en la figura de la analogía, entendiéndose que en esta no se pueden crear delitos, ni penas, ni en general disposiciones que aumenten la intervención del Estado. En tal medida, ello significa también un límite a la interpretación analógica, que es difícil de distinguir de la analogía misma cuando se trata de una interpretación objetiva que utiliza el medio teleológico. Luego, la interpretación analógica no trata de interpretar el sentido posible del texto, sino del sentido mas restringido del texto. Entendiéndose por sentido restringido, el carácter riguroso de la interpretación. Convirtiéndose así en un límite a la política criminal, por que aquella es la garantía determinada y general y, en cambio, esta otra puede también ser una política criminal regresiva, por tanto no garantista.

Al plantear lo anterior, se parte que en el derecho penal, debe existir una **“Lex Praevia” (Ley anterior)**, esta significa que el legislador y el aplicador de la ley, no pueden emplear la ley penal en forma retroactiva en perjuicio del imputado. Esto es lo que se conoce como: **PROHIBICION DE LA RETROACTIVIDAD O IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY:** Este enfoque es importante en el tema del principio de legalidad, ya que si bien es cierto, el Estado a través de su potestad de castigar puede criminalizar conductas consideradas, como antijurídicas, no hay que olvidar que también es el único

facultado para imponer penas que repriman la criminalidad; en ese sentido, se exige la existencia de una la ley penal que defina las conductas que se consideran punibles, deduciéndose, que esta debe de encontrarse vigente al momento de la comisión de un delito; constriñendo así, la aplicación de hechos anteriores a su entrada en vigor. Al respecto Juan Bustos Ramírez, menciona que las leyes penales tienen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al reo. Por tanto, la retroactividad de la ley penal, solo afecta con un carácter exclusivo, a las disposiciones normativas desfavorables para el reo.

Cabe decir, que las razones que se han ofrecido para justificar la retroactividad de la ley penal, vienen enmarcada desde el punto de vista de las garantías contenidas en materia penal, y que se encuentran dentro de los componentes del principio de legalidad. En consecuencia, la ley penal se preocupa de hechos futuros y no de los pasados, es decir, se encamina a legislar hacia el futuras situaciones, no hacia la historia. Visto de esta manera, se conserva el principio de legalidad y por tanto el principio de seguridad.

Dentro del sistema penal Salvadoreño en vigencia, la regla general es que no se permite la retroactividad de la ley, no obstante, en algunos casos la misma ley si la permite, de aquí se parte entonces que los jueces no pueden enjuiciar ni aplicar pena alguna, sino solamente a los autores de hechos

concretos, de manera que aún cuando después de cometida una conducta dañosa o inmoral, y esta fuese tipificada como delito en la ley penal, no podrá enjuiciarse ni castigarse al autor de tal conducta, por que ella no ha caído bajo el imperio de la ley que mira hacia adelante y no hacia atrás. En ese sentido, es de mencionar que la ley penal rebasa en los sentidos siguientes: En el ámbito normal de aplicación temporal de los preceptos jurídicos: hacia el pasado, cuando por igual causa, al momento de dictar Sentencia se aplica una ley ya derogada, pero que estaba en vigencia en el momento posterior. Visto de esta forma, surge el problema de establecer cual es la ley mas favorable al delincuente de manera que puede recaer sobre alguna de las siguientes circunstancias: Naturaleza de la sanción, duración de la misma, sanciones accesorias, circunstancias modificativas de la responsabilidad, elementos constitutivos del tipo, causales que extinguen la aptitud para ejercer la acción, forma de ejecutar la condena, libertad condicional, remisión de la pena y perdón judicial. En fin, independientemente del caso que se trate, el Juez debe aplicar la ley que más favorezca al delincuente, ya se trate de la que estaba vigente en el momento en que se cometió la infracción, o de una ley posterior dictada antes que se haya cumplido totalmente la condena. De lo anterior se parte que el legislador si bien es cierto, al crear la ley Penal, lo hace pensando en el

presente y en el futuro, dentro de la normativa que establece crea la figura de la Irretroactividad, sacrificando la santidad de la cosa juzgada en aras del espíritu humanitario.

Para el caso planteado, la Constitución lo establece a través del artículo 21, inciso 1° consagrando: “Las leyes no pueden tener efecto retroactivo, salvo en materia de orden público, y en materia penal cuando la nueva ley sea favorable al delincuente...” De este artículo se entiende que por seguridad las leyes no pueden tener efectos retroactivos, sin embargo, existen dos casos en los que se permiten: a) Cuando se trata de leyes de orden público, que son leyes que protegen el interés general de la sociedad sobre el de los particulares; y b) Cuando se trata de una Ley Penal que beneficia al delincuente. A su vez el Código Penal a través de los artículos 13, 14 y 15, recoge la figura de la retroactividad, así por ejemplo el artículo 13 inciso 1°, la insta de la siguiente manera: “ Los hechos Punibles serán sancionados de acuerdo con la ley vigente en el tiempo de su comisión...” el artículo 14 la funda así: “Si la ley del tiempo en que fue cometido el hecho punible y las leyes posteriores sobre la misma materia, fueren de distinto contenido, se aplicarán las disposiciones más favorables al imputado en el caso particular que se trate”. Y, en cuanto al artículo 15 lo concibe: “Si la promulgación de la nueva ley cuya aplicación

resultare favorable al condenado se produjere antes del cumplimiento de la condena, deberá el Tribunal Competente modificar la sentencia en lo relativo a la pena, de acuerdo a las disposiciones de la nueva ley. Si la condena hubiese sido motivada por un hecho considerado como delito por la legislación anterior y la nueva ley no lo sanciona como tal, se ordenará la inmediata libertad del reo, quien gozará del derecho de rehabilitación. De lo expuesto por los artículos mencionados, permanece entonces manifiesto que la legislación salvadoreña, si permite esta figura, tolerándola solamente en los casos específicamente planteados.

## **2.2.1 GARANTÍAS CONSAGRADAS POR EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD**

### **GARANTÍA CRIMINAL:**

Requiere que el delito se encuentre determinado por la ley “Nullum Crime Sine Lege”. Consiste en que “Ningún hecho puede ser considerado como delito sin que una ley anterior lo haya calificado como tal”.

El autor Manuel Cobo del Rosal, establece que la Constitución no recoge la existencia formal de ser una ley previa la que indique que conductas son delictivas y que penas se han de imponer. En efecto, indica que nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de

producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente de aquel momento”.<sup>10</sup> Este autor es del pensamiento que las conductas constitutivas de delito, falta o infracción administrativa, deben estar previstas en la legislación penal, en el momento en que se realizaron e independientemente de la reafirmación de la irretroactividad. Destacando que la tipificación penal, se basa en la ley vigente, no interesando entonces, la ley en el sentido estricto.

### **2.2.2 GARANTÍA PENAL:**

Esta exige que la pena deba encontrarse establecida normativamente para cada hecho. “Nulla Poena Sine Lege Praevia”. La ley señala la pena o medida de seguridad para cada caso.

Para Manuel Cobo del Rosal, esta comporta el establecimiento de una ley previa a la realización de la conducta que establece la pena a imponer. Este autor, manifiesta que es una necesaria garantía bajo las coordenadas de seguridad jurídica y libertad. La determinación legal de las sanciones, la existencia de uno de los límites mínimos y máximos, su concreción en función del hecho cometido, son circunstancias inherentes al principio de legalidad.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> Cobo del Rosal, Manuel y Boix Reig, Javier, Ídem. Pág.195

<sup>11</sup> Cobo del Rosal, Manuel y Boix Reig, Javier, Ibíd. Pág.209

### **2.2.3 GARANTÍA JURÍDICA:**

Esta exige que tanto la existencia de un delito como la imposición de la pena sean determinada por una sentencia judicial. Al respecto la Constitución y el Código Penal, establecen, quien es la autoridad competente para aplicar una normativa jurídica, de manera que solamente esta autoridad tiene la facultad de enjuiciar la materia de índole penal. La Constitución en el carácter garantista de libertades, remite la aplicación de la normativa al Órgano Jurisdiccional. Significando que la garantía judicial es consecuencia necesaria de la actitud defensora de los derechos y libertades fundamentales, y también, de la división de poderes.

Para este caso, cabe mencionar que existe también el aforismo conocido como el principio de *non bis in ídem*, este imposibilita sancionar doblemente una misma conducta, representando así, un primer límite a la facultad sancionadora del Órgano Jurisdiccional.

### **2.2.4 GARANTÍA DE LA EJECUCION:**

Esta implica que la pena ejecutada se debe de hallar sujeta a una regulación legal y a los respectivos reglamentos.

La normativa penal recoge esta clase de garantías, sosteniendo que no puede ejecutarse pena alguna en otra forma descrita por la ley y reglamentos,

ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. Se entiende que se requiere que exista una normativa previa, que determine el modo de ejecución de las penas, siempre y cuando se tomen en cuenta los límites señalados por la Constitución y la ley misma.

En definitiva, el principio de legalidad restringe a los administradores de justicia, decidir sobre los modos de ejecución que desvirtúen el contenido de las penas impuestas por los Tribunales. Para ello es necesario, la existencia de una normativa de carácter penitenciario, que también debe de seguir la línea Constitucional.

Es importante mencionar que además de los antes citados aspectos doctrinarios, existen otros que se encuentran inmersos dentro del área penal, aportando como resultado la evidencia que el estudio del principio de legalidad es amplio y se encuentra relacionado con otros elementos.

La diversidad de formas que adoptan los comportamientos delictivos imponen la búsqueda de una imagen conceptual lo suficientemente abstracta como para poder englobar en ella todos aquellos comportamientos que tengan características esenciales comunes. Es por ello, que dentro del área penal, se encuentra lo que se conoce como *Categorías del Derecho Penal*, entre estas se encuentran: la tipicidad, la antijuricidad, la culpabilidad, y *en algunos casos, la*

*penalidad*. De ahí que, se parte que toda acción u omisión es delito si infringe el ordenamiento jurídico (antijuricidad), en la forma prevista por los tipos penales (tipicidad) y puede ser atribuida a su autor (culpabilidad). El conocido autor penalista, Muñoz Conde, establece en su Manual de Derecho Penal, las categorías antes mencionadas, aunque, para el caso que nos ocupa, solamente se abordará lo relativo a la Tipicidad y al Tipo Penal, por ser estos los más relevantes en el estudio del principio de legalidad.

## **2.3 RELACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD CON LA TIPICIDAD Y EL TIPO PENAL.**

### **2.3.1 TIPICIDAD**

El maestro ya citado Muñoz Conde, distingue la tipicidad de la siguiente manera: “Es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal. Por imperativo del principio de legalidad en su vertiente del Nullum Crimen Sine Lege, solo los hechos tipificados en la ley penal como delitos pueden ser considerados como tal”<sup>12</sup>. Se entiende que es la cualidad que se atribuye a un comportamiento, cuando es subsumible en el supuesto de hecho de una norma penal.

---

<sup>12</sup> Conde Muñoz, “Manual de Derecho Penal”, Parte Especial, Edición corregida y aumentada, Barcelona, España, Pág. 39

Otra opinión al respecto, la realiza el teórico *Juan Bustos Ramírez*, suscribiendo que la tipicidad se encuentra en relación con los delitos, y que por tanto, no le interesa determinar la forma en que se vincula el sujeto social, en cuanto ello afecte a la relación social misma. Implica así, que las formas de relación son importantes, ya que están dotadas de diversas determinaciones, si bien es cierto, son observadas y examinadas desde su proceso objetivo o físico, tienen un contenido valorativo pleno, para que alcance justamente el carácter de vinculación social; por esas razones la tipicidad ha de recoger en los tipos los medios en los cuales el sujeto se vincula y, lo hace en la totalidad de su contenido: social, psíquico y físico. En ese sentido, la norma que prohíbe o manda en su aspecto valorativo esta dirigida a la acción o a la omisión. El Derecho no esta en situación de prohibir o mandar hechos físicos y ni siquiera psíquicos, sino únicamente en una determinada situación concreta. En consecuencia, el Derecho solo puede mandar o prohibir formas de comunicación de los sujetos. Adquiriendo la acción y la omisión un contenido real y objetivo<sup>13</sup>.

Por lo anterior, se entiende que no es la conciencia individual ética del individuo lo que interesa explicar, sino las formas en las que han de gestarse

---

<sup>13</sup> Bustos Ramírez, Juan, ídem. Pág. 183-184

las comunicaciones dentro de una relación social. No parte entonces, desde el punto de vista del individuo, sino desde la relación social o desde el bien jurídico. Tales formas de comunicación social deben ser consideradas en su totalidad en aspectos sociales, psíquicos y físicos, así es posible que dichas acciones u omisiones no sean típicas, ya sea por que falten en ellas características físicas u objetivas, psíquicas o subjetivas y también en consideración a su falta de significación social.

Par el recién citado autor, la tipicidad tiene que encontrarse dividida en dos estructuras diferentes por la significación social completamente distinta de la forma de comunicación de la acción y la omisión. Si bien es cierto, ambas son formas de comunicación social, eso no significa que las estructuras que las componen sean iguales. Ello implica, que tanto el delito de comisión como el de omisión, deben estudiarse por separado por el motivo que sus estructuras son diferentes, sino se realizara tal estudio, esto acarrearía a la arbitrariedad y en el fondo se pasaría por alto el delito de Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege.

Basándose en lo expuesto anteriormente, es que se destaca la importancia de la existencia del principio de legalidad, ya que resulta un elemento insustituible en la vida jurídica de cada legislación; debido a que las normas deben ser el resultado de una creación en relación a los

comportamientos con carácter de punible. Y por tanto, el legislador debe observar muy bien lo que pretende proteger al crear una norma, no adaptando esta a cualquier comportamiento, sino encaminada a aquellos que transgredían la armonía de una sociedad determinada. De ahí que, solo se tendrá que considerar delito lo establecido por el legislador, no existiendo posibilidad alguna de ir mas allá del limite Estatal. Entendiéndose así, que solamente la figura creada por el legislador es considerada delito y por tanto punible.

### **2.3.2 TIPO PENAL**

Francisco Muñoz Conde, pronuncia que este no es más que la “descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de una norma penal”<sup>14</sup>. A su vez, establece que el tipo en Derecho Penal, tiene una triple función:

1. Una función seleccionadora de los comportamientos humanos penalmente relevantes.
2. Una función de garantía, en la medida que solo los comportamientos subsumibles en el pueden ser sancionados penalmente.

---

<sup>14</sup> Conde Muñoz. Op.Cit. Pág. 40

3. Una función motivadora general, por cuanto con la descripción de los comportamientos en el tipo penal el legislador indica a los ciudadanos que comportamientos están prohibidos y espera que la conminación penal contenida en los tipos, los ciudadanos se abstengan de realizar la conducta prohibida.

Se encuentran también otras funciones diferentes de las anteriores, según lo que señala el doctrinario Juan Bustos Ramírez, las cuales se detallan a continuación:

1. **Función Garantizadora:** En esta el tipo legal no es más que una concreción del principio “Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege”. Mas aún, sin él no tendría sentido, pues le faltaría la determinación al precepto legal que podría ser tan amplio y vago que implicaría el total desvalimiento del ciudadano frente al Estado. El tipo legal obedece al pensamiento de determinación precisa de la descripción de ámbito situacional a que se refiere la norma, de modo que quede totalmente claro el ciudadano de que es lo que se esta prohibiendo o mandando.
2. **Función Indiciaria:** La realización del tipo legal implica un indicio de injusto o bien, un indicio de existencia de un delito, ello por que la

tipicidad solo implica una primera desvaloración del hecho, pero no el complejo desvalorativo que implica el ordenamiento jurídico.

- 3. Función Motivadora:** El tipo penal al encerrar una valoración respecto a los actos de los sujetos, implica necesariamente, en cuanto al valor compromete u obliga al sujeto de una determinada sociedad, motivar al individuo a configurar su comportamiento de una determinada manera: no matar, no hurtar, socorrer, etc. El tipo legal a través de la norma tiene, una función motivadora, que es esencial para la claridad y legitimación del derecho penal.

De estas aportaciones se considera que no todo comportamiento antijurídico es penalmente relevante. Por imperativo del principio de legalidad y de la idea de seguridad y certeza jurídica, solo los comportamientos antijurídicos que además son típicos, pueden dar lugar a una reacción jurídico penal.

El tipo penal, para cumplir su función de garantía, tiene que estar redactado de tal forma que de su texto se pueda deducir con claridad la conducta prohibida. Para ello, se tiene que utilizar un lenguaje claro y preciso, practicable al nivel cultural de cada país. Igualmente, debe evitarse el casuismo en la descripción de las conductas prohibidas. En este sentido, se parte que seria difícil e imposible llegar a describir exhaustivamente todas

las formas de aparición de un delito, por eso es preferible utilizar cláusulas generales definiciones y descripciones genéricas que reúnan caracteres comunes y esenciales a cada grupo de delitos.

Algunas veces, no se puede comprender en un solo tipo las diversas formas de aparición de un mismo delito. Sucede esto cuando el delito aparece acompañado de alguna circunstancia objetiva o personal que atenúan o agravan la antijuricidad o la culpabilidad y el legislador ha creído conveniente tener en cuenta expresamente estas circunstancias para crear otros tipos derivados del tipo básico. Así, por ejemplo, se encuentra en el Código Penal el homicidio simple y sus agravantes, en estos, el legislador crea en el primer ejemplo, un tipo cualificado y en el segundo, circunstancias que atenúan la pena según los elementos que contenga. En este caso surgen los llamados Tipos Privilegiados. Tanto los tipos cualificados como los privilegiados son simples derivaciones del tipo básico, por lo que las reglas aplicables a estos también son aplicables a aquellos.

De lo dicho se desprende que en la composición de los tipos penales se encuentran ciertos elementos, que son necesarios para la creación de este, al respecto se tienen los siguientes:

**1. SUJETO ACTIVO:** El delito como obra humana, siempre tiene un autor, que es aquel que precisamente realiza la acción prohibida, normalmente en el tipo alude a dicho sujeto con expresiones como “el que” o “quien”, en estos casos el sujeto activo del delito puede ser cualquiera (delitos comunes), al margen de que después pueda o no ser responsable del delito en cuestión, si tiene las facultades psíquicas mínimas necesarias para la culpabilidad.

Se tiene también los llamados delitos plurisubjetivos, en los que el delito exige la concurrencia de varias personas, bien concurriendo uniformemente para la consecución del mismo objeto (delitos de convergencia: rebelión, asociación ilícita), bien automáticamente como parte de una misma relación delictiva (delitos de encuentro: El cohecho, en el que interviene el funcionario o la persona que lo soborna).

De estos casos, deben de distinguirse los casos de participación necesaria en los que intervienen también varios sujetos en la realización de la acción, pero uno de los delitos permanece impune precisamente por ser el titular del bien jurídico protegido en el tipo (por ejemplo: La mujer en el estupro). En algunos casos la ley exige determinadas cualidades para ser sujeto activo de un delito, a estos se les llama *delitos especiales*, sujetos activos de estos delitos, solo

pueden serlo aquellas personas que, además de realizar la acción típica, tenga las cualidades exigidas en el tipo. Los delitos especiales se dividen en: **a) Delitos especiales en sentido estricto:** Son aquellos que no tienen correspondencia con uno común, por ejemplo, el alzamiento de bienes; y **b) Delitos Especiales en sentido amplio:** Estos tienen relación con uno común, pero la realización por determinadas personas del delito común hace que este se convierta en tipo autónomo distinto, con punición también distinta, por ejemplo, el parricidio, respecto al homicidio.

Otra distinción a los delitos especiales son los delitos de propia mano, en estos el tipo exige la realización de una acción determinada y solo el que se encuentre en posición de ejecutar inmediatamente y corporalmente, por si mismo, la acción puede ser sujeto activo (“Yacimiento”, en la violación).

**2. ACCIÓN:** En todo delito hay una acción, entendida esta como comportamiento humano (acción u omisión), que constituye el núcleo del tipo, de manera que la acción viene descrita generalmente por un verbo (matarse, maltratarse, etc), que bien puede indicar una acción positiva o en su defecto una omisión. Cuando el tipo solo exige la realización, estamos ante los delitos de mera actividad (injuria, falso testimonio, conducción sin permiso de conducir, etc). En otros casos se exige, junto a la realización de la acción, la producción

de un resultado material (delitos de resultado). La distinción puede llevar a confusiones, ya que todo delito consumado tiene un resultado constituido por la realización del tipo. Cuando aquí se habla de resultado se alude a este como modificación separada de la acción y en ese sentido, se habla de delitos de resultado (lesiones, homicidios, daños, incendios, etc.), en algunos tipos la acción se delimita por la exigencia del empleo de algunos medios legalmente determinados, ya sea por el lugar o por el tiempo.

Según que el tipo comprenda una o varias acciones se habla de delitos simples y delitos compuestos. Los últimos se dividen en complejos y mixtos. Los delitos complejos, se caracterizan por la concurrencia de una o mas acciones, cada una constitutiva de un delito autónomo distinto (por ejemplo, robo con homicidio). En los delitos mixtos el tipo contiene, bajo la misma intimidación penal, diversas modalidades de conducta, bastando que se realice una de ellas, para que se constituya el tipo (por ejemplo, violación de la morada ajena).

**3. BIEN JURÍDICO:** La norma penal tiene una función protectora de bienes jurídicos. Para cumplir con esta función tiene que elevar a la categoría de delitos, por medio de su tipificación legal, a aquellos comportamientos que mas gravemente lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos protegidos.

Este es por tanto, la clave que permite descubrir la naturaleza del tipo, dándole sentido y fundamento. Todo delito esta orientado hacia la puesta en peligro o la lesión de un bien jurídico. Esto no es otra cosa que el valor que la ley quiere proteger, de las acciones que puedan dañarlo. De tal forma, que este valor es una cualidad positiva que el legislador atribuye a determinados intereses. La cualidad de bien jurídico es, por lo tanto, algo que crea la ley y no algo preexistente a ella misma. Lógicamente se espera que, de acuerdo con el principio de intervención mínima, el legislador solo utilice el derecho penal para proteger bienes jurídicos verdaderamente importantes y tipifique aquellos comportamientos lesivos y peligrosos para tales bienes jurídicos.

Ahora bien, el concepto de Bien Jurídico, se utiliza en Derecho Penal como criterio de clasificación, aglutinando los diferentes tipos delictivos en función del bien jurídico protegido en ellos (delitos contra la vida, contra el honor, contra la propiedad, etc). Según este criterio, la clasificación se distingue entre bienes jurídicos individuales (Vida, libertad, honor) y comunitarios (Salud Publica, Seguridad del Estado, Orden Publico). Esta distinción no tiene, sin embargo, un valor absoluto, ya que tan importante es para el individuo que se respeten los bienes jurídicos que le afectan directamente, como los que afectan al orden social en el que el individuo tiene que vivir y realizarse.

Por otra parte, se tiene el objeto de la acción, que es diferente al bien jurídico, esta es aquella cosa del mundo exterior sobre la que recae directamente la acción típica. En algunas ocasiones pueden coincidir ambos conceptos sobre un mismo propósito, pero inclusive en este caso, se puede distinguir al objeto como material físico sobre el que recae la acción y como objeto jurídico de bien o valor ideal al que la ley reconoce su protección. Se sostiene que, el titular del bien jurídico es el sujeto pasivo. No obstante, coincide siempre el titular del bien jurídico protegido en el tipo legal, con el sujeto activo de la acción típica. Así, por ejemplo, en la auto lesión para eximirse del servicio militar, sujeto pasivo de la acción es quien lesiona a si mismo y titular del bien jurídico protegido es la Administración militar. La distinción tiene importancia en algunos casos para saber quien esta legitimado para consentir y disponer del bien jurídico. En la mayoría de los delitos de carácter comunitario el sujeto aparece de un modo borroso y vago, por lo que se habla de delitos vagos o con intereses difusos. En otros casos, se discute la cualidad del sujeto pasivo a las personas jurídicas respecto a determinados bienes jurídicos (Por ejemplo, el honor), y en otros se habla de un sujeto pasivo genérico presente en todo delito que es el Estado. En realidad, el concepto de sujeto pasivo es poco preciso y solo tiene interés para saber quien es el titular

del bien jurídico protegido en el tipo penal, en aquellos casos en que quepa disponer libremente de él. (Por ejemplo, la propiedad)

**4. ELEMENTOS SUBJETIVOS:** En diversos casos el tipo no presenta una mera descripción objetiva, sino que se añade de ella, otros elementos que se refieren a estados anímicos del autor en relación a lo injusto, este aspecto subjetivo de la antijuricidad liga a esa con la culpabilidad estableciendo así un contacto entre ambas características del delito. El legislador, como hemos dicho, los incluye a menudo en el tipo y estos son los elementos típicos subjetivos del injusto, que han sido valorados de diferentes modos.

**5. ELEMENTOS NORMATIVOS:** En estos casos el juez ha de desentrañar el verdadero sentido antijurídico, a su vez estos exigen una valoración jurídica o una valoración cultural. Dado el papel que desempeña esos elementos normativos. Es preciso separar los elementos valorativos, como por ejemplo, el concepto de documentos, o cuando se refiere a los funcionarios etc. o bien, cuando se refiera a elementos culturales, como por ejemplo, el desprecio, a la difamación, y la honestidad en la seducción.

De lo expuesto anteriormente por la doctrina, se entiende que el principio de legalidad se encuentra muy bien fundamentado, encontrando su justificación en la garantía representada por su existencia como ya antes se plasmó, obsérvese que son diferentes las figuras que lo amparan; asimismo, estas son inspiradas por diferentes tratadistas a lo largo de la historia hasta nuestros tiempos. Ya que, a través de las diversas posiciones se obtiene una excusa ineludible del nacimiento y desarrollo del principio de legalidad.

Es importante destacar también, que la existencia del principio se encuentra impulsado y compuesto por diversas fuentes, surgiendo así, la relevancia y justificación de su vida jurídica.

En cuanto a la relación sostenida por el principio de legalidad con las categorías del Derecho Penal, que para el presente caso es la tipicidad y el tipo, es de subrayar que estos representan una figura singular, en el sentido que para la adecuación y descripción de las conductas antijurídicas, estas no se deben establecer caprichosamente por el legislador, sino que ellas deben estar fuertemente justificadas, encaminadas lógicamente a la protección de los intereses que al Estado le compete defender para que se respete la armonía y convivencia social necesaria, y lo hacen naturalmente imponiendo su establecimiento en el ordenamiento jurídico penal, respetando para ello el

proceso que la ley sugiere para tal efecto y valorando a su vez, la evidente necesidad de la existencia de ciertas figuras objeto de protección. En cuanto a lo expuesto, es de mencionar que con las referidas categorías, reviste también una particular importancia el bien jurídico debido a que este es el interés concreto que el Estado protege a través de la ley penal, es de hacer referencia que en este capítulo se trata al bien jurídico, como un elemento del tipo, no obstante, en el capítulo posterior se profundizará sobre tan relevante figura, destacando su historia y posiciones doctrinales por ilustrados sobre la materia entre otros aspectos.

### **CAPITULO III**

## **LA APLICABILIDAD DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA ADECUACIÓN DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA LIBERTAD INDIVIDUAL**

El Estado como sujeto de la potestad punitiva, esta facultado para establecer a través de las normas penales, todas aquellas conductas que amenacen la armonía social; dicha potestad, se manifiesta a través de caracteres preventivos y represivos, que los ejerce a través del Derecho Penal. En ese sentido, el Estado a través del “Ius Puniendi”, es a quien le esta encomendada la labor de sancionar aquellos actos que dañen la existencia social. Por tanto, se vuelve necesaria la labor que desempeña el Estado a través del Órgano Legislativo, ya que es a ellos a quienes les compete realizar la creación de leyes, de acuerdo a lo establecido en el artículo 121 de la Constitución de la República, que dice: “La Asamblea Legislativa es un cuerpo colegiado compuesto por Diputados, elegidos en la forma prescrita por esta Constitución, y a ella compete fundamentalmente la atribución de legislar”. Es decir, los miembros de la Asamblea Legislativa, son los funcionarios encargados de legislar; en otros términos, es a ellos a quienes les esta encomendada la creación, reforma, interpretación y derogación de las leyes. Y dentro de estas, atañe la Ley penal, de ahí que, resulta ineludible analizar las

conductas tipificadas como delitos dentro de esta, en el sentido, de estudiar actos donde exista la posibilidad de que sean perjudicadas en su existencia legal.

Como ya es conocido, el principio de legalidad es el que resguarda la garantía misma representada en cada norma penal, tal carácter se encuentra consagrado tanto en la Constitución de la República, como en la Ley Penal Salvadoreña. El mencionado principio es el que supone que el Estado ha determinado de manera clara y completa las conductas consideradas como antijurídicas, de modo que solo se podrán procesar y sancionar aquellas actuaciones que se adecuen a conductas descritas en la ley como delitos. Consecuencia de ello es que, por inmoral o por contrario a las buenas costumbres o injusta que parezca determinada conducta, no podrá ser considerada como delito si la Ley Penal no la ha descrito previamente como tal. Por consiguiente, tampoco podrá enjuiciarse a nadie por conductas no establecidas como punibles, ya que de existir estas actitudes por parte del Estado, se estaría frente a la vulneración del principio de legalidad. En ese orden de ideas, es al Órgano Judicial, quien a través de los Jueces le corresponde la aplicación de la ley, así como lo contempla el artículo 172 que establece: “La Corte Suprema de Justicia, Las Cámaras de Segunda Instancia y

los demás Tribunales que establezcan las leyes secundarias, integran el Órgano Judicial. Corresponde exclusivamente a este Órgano la Potestad de Juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materia Constitucional, Civil, Penal, Mercantil, Laboral, Agraria y de lo Contencioso – Administrativo, así como en las otras que determine la ley. La organización y funcionamiento del Órgano Judicial serán determinados por la ley. Los Magistrados y Jueces, en el ejercicio de la función jurisdiccional, son independientes y están sometidos exclusivamente a la Constitución y a las leyes”. Esta norma, lo que señala es lo concerniente a que cada Tribunal tiene determinada específicamente sus funciones propias, esto es de acuerdo al principio de independencia Judicial, que les otorga la propia Constitución, para que ningún funcionario pueda ser influenciado por otro Tribunal o por otro funcionario, en la toma de decisiones judiciales o administrativas, de manera que, las funciones de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado solo se encuentran previstas en la Constitución y en la Ley Penal, y es a estos cuerpos normativos, a quienes los funcionarios públicos deben someterse. De igual forma por el mismo sometimiento que deben tener los Jueces a las normas jurídicas, antes aludidas, debe respetarse el principio de legalidad, debiendo aplicarse este en todas las decisiones encomendadas en la labor de juzgar, es por ello que un juez al aplicar una norma penal, debe

de tomar en cuenta lo estipulado por el principio antes mencionado, y por tanto, no podrá bajo ninguna circunstancia calificar un hecho que la Ley Penal no haya expresamente previsto como delito o falta. En ese sentido, Abelardo Torre en su libro “Introducción al Derecho”, habla de la aplicabilidad de la ley en términos generales, mencionando al respecto lo siguiente: “Aplicar una norma consiste en determinar las conductas en reciproca interferencia que corresponde realizar en una situación dada, mediante una norma de menor generalidad que la aplicada. En otros términos, puede decirse que aplicar una norma jurídica, es reglar la conducta por ella aludida, frente a una determinada realidad, mediante otra norma, que encuadre en la aplicada”<sup>15</sup>, en consecuencia, a lo antes expuesto, en el presente capítulo se analizará la forma de aplicación de la ley penal, específicamente, en los delitos que afectan a la libertad individual de cada persona, no obstante, se mencionarán algunos principios penales relacionados con el tema en estudio, destacando a su vez, una breve reseña histórica acerca del bien jurídico, entre otros aspectos.

Como se observa, la aplicación de la ley penal, es una tarea muy delicada, es por ello, que como primer punto de referencia, se estudiará lo concerniente a los principios que consagran las garantías penales, debido a que

---

<sup>15</sup> Torre Abelardo, “Introducción al Derecho”, Editorial Perrot, Buenos Aires. Pág.345

son estos, junto al principio de legalidad, los que regulan la debida aplicación de las normativas penales por parte de los Jueces, y su observancia no puede pasar inadvertida; todo buen aplicador de la ley penal, debe acoger en su criterio razonable, lo concerniente al contenido de cada principio, ya que en estos radica la base de todo el proceso penal. Si bien es cierto, el principio de legalidad es el regidor principal de todo proceso, no es de aplicación única y exclusiva, de forma tal, que el legislador debido a la naturaleza del Ordenamiento Jurídico Penal, acogió otros principios estableciéndolos como medios de observancia. En el sentido, que no bastaría con una sola figura para moderar lo concerniente a la aplicación de la ley. Es por ello, que dentro de la delicada tarea de Juzgar, los Funcionarios Judiciales, no pueden pasar inadvertidos los principios que para tal efecto se establecen en la ley penal, por esas razones en las próximas líneas se estudiara un poco acerca de los principios en mención, estableciendo su existencia jurídica, y sus respectivas funciones en orden al principio de legalidad. No obstante es de mencionar que solamente se estudiaran los principios concernientes al tema en estudio.

### **3. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y SU RELACIÓN CON OTROS PRINCIPIOS.**

### 3.1 PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El principio de legalidad es el controlador básico del ordenamiento jurídico Penal, el cual se encuentra establecido en el artículo 1 del Código penal de la siguiente forma: **“Nadie podrá ser sancionado por una acción u omisión que la Ley Penal no haya descrito en forma previa, precisa e inequívoca como delito o falta, ni podrá ser sometido a penas o medidas de seguridad que la ley no haya establecido con anterioridad. No podrá configurarse delito o falta, ni imponerse pena o medida de seguridad, por aplicación analógica de la ley penal”**. Como se observa, el principio de legalidad es una de las garantías supremas del Ciudadano en un aspecto muy amplio, su existencia, como antes se vio, surge y toma fuerza en su evolución misma, de forma tal, que al establecerse en las Leyes Penales, incluyendo la nuestra, resguarda la integridad existencial de una persona frente a cualquier abuso desmedido del Estado, representando a su vez, una limitante ante cualquier quebrantamiento de la Ley Penal por parte de cualquier funcionario Judicial o administrativo. Es de esta forma que la determinación del delito y de la pena queda reservada al legislador en la ley.

En consecuencia, antes de continuar con el análisis de este apartado es preciso, mencionar que delito es según Jiménez de Asúa: “acto típicamente

antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a sanción penal”. Así también, es preciso tener con claridad que cuando la norma expresa la palabra “Falta”, se refiere a una infracción de la ley, y la cual esta señalada como infracción leve. Se tiene asimismo, que el artículo hace referencia a las Medidas de Seguridad, entendiéndose, que son aquellas consideradas para prevenir el delito y que su existencia atiende a la protección de la sociedad como del delincuente. En conclusión, los delincuentes además de sufrir la aplicación de la sanción de carácter de readaptación, representada por la pena específica, deberán estar sometidos también a un tratamiento o fiscalización adecuados que eviten nuevas manifestaciones de su tendencia antisocial.

De lo anterior se parte que, el resultado de la existencia de este principio se justifica por su carácter limitante, no solo para un Ciudadano en su libertad individual, sino también para la intervención del Estado en todas sus esferas. Expresando así, su rechazo a la inseguridad jurídica, con una perspectiva encaminada a velar por la certeza y claridad jurídica en la intervención de los funcionarios Judiciales.

Ahora bien, se dice que el principio de legalidad tiene una triple repercusión en el ámbito penal moderno. Fundamentándose en primer lugar,

cuatro garantías que en el capítulo precedente se desarrollaron y que son: la garantía criminal, la garantía Penal, la garantía jurisdiccional, y las garantías penitenciarias o de ejecución. En segundo lugar, incide de forma decisiva en el campo de las fuentes de interpretación de la ley penal, excluyendo la costumbre (Lex scripta) y la analogía “in malam partem” (Lex stricta) y fundamenta la prohibición de retroactividad en perjuicio del reo (Lex Praevia). Por último, la exigencia de claridad y exhaustividad con que debe describirse la conducta prohibida (Lex Certa), condicionando de esta manera, la técnica legislativa para formular en cada caso y definir la materia de prohibición. Así también, se tiene que dentro de la exigencia de la ley penal esta implica tres importantes consecuencias que son: la exclusión de la costumbre, esto debido a que el derecho consuetudinario es demasiado manipulable, y puede ser un instrumento muy efectivo en manos del Estado. Por tanto, se justifica la primacía de la ley formal y el rechazo de otras fuentes, obedeciendo a razones de seguridad jurídica. Por su parte, la ley escrita, al contrario que la costumbre, posibilita su conocimiento por cualquier ciudadano. Asimismo, la prohibición del derecho consuetudinario implica también que el Juez en la interpretación de la norma penal no abandone, en perjuicio del acusado, el marco delimitado por la ley, pues si lo hace debilita el principio de legalidad. Otra de las consecuencias,

es la prohibición de la analogía, ya que, como se estableció en el capítulo anterior es la aplicación de la ley a un caso similar al legislado pero, no comprendido en su texto. Se tiene como tercera consecuencia, la prohibición de la irretroactividad, que también se mencionó en el capítulo que precede, esta es entendida como una garantía extendida al ciudadano que, vinculado a la seguridad jurídica, excluye que aquel se vea sorprendido “a posteriori” por una norma legal, que aplicada a hechos sucedidos con anterioridad a su entrada en vigor, haría inútiles los derechos y libertades individuales. El motivo de la prohibición, es la protección de la confianza que la ley impone a todos en la medida en que los límites de la libertad están marcados de modo vinculante y lógicamente, pueden ser conocidos por todos. Pero, como ya es sabido, la ley penal, permite esta figura solo en los casos que vaya a favor del imputado, según lo previsto en la Constitución por el artículo 21, inciso 1° así: “Las leyes no pueden tener efecto retroactivo, salvo en materias de orden público, y en materia penal cuando la nueva ley sea favorable al delincuente...”. De manera que define que se podrá aplicar una ley de forma retroactiva en los casos establecidos en la norma Constitucional, es decir, cuando las leyes sean de orden público y cuando se trate de una ley penal que favorezca al delincuente.

Al observar la función del principio de legalidad, resulta ineludible

mencionar que este a su vez, se vincula íntimamente con otros principios, que vienen a unificarse en el momento en que la Ley Penal entra en movimiento en contra de un determinado ciudadano, al cual se le imputa una conducta establecida como delito. Surge entonces, la necesidad de analizarlos, puesto que cada uno de ellos tienen sus funciones propias para cada caso. Es de agregar, que estos no pueden actuar de manera independiente por que se encuentran sujetos al principio rector que es el de legalidad, es decir, deben de observar lo previsto por este para su debida aplicación.

### **3.2 PRINCIPIO DE LESIVIDAD DEL BIEN JURÍDICO**

Este principio es el que se encuentra establecido en el artículo 3 de la Ley Penal, el cual en su literalidad manifiesta: **“No podrá imponerse pena o medida de seguridad alguna, si la acción u omisión no lesiona o pone en peligro efectivo un bien jurídico protegido por la ley penal”**. Al igual que el principio de legalidad, este vela que la medida de seguridad sea establecida en base a lo prescrito en la ley penal, ahora bien, en este se encuentran inmersos otros elementos los cuales son la acción y la omisión, entendiéndose por acción la que se ejerce para establecer la responsabilidad criminal y, en su caso, la civil ocasionada por un delito o falta. En cuanto a la omisión esta es aquella en

la cual un sujeto se abstiene de actuar; o bien, se puede decir, que es el resultado de una inactividad o convivencia de obrar. Por otra parte el autor Manuel Arrieta Gallegos establece que acción es: “El movimiento corporal voluntario generador de un resultado inmediato o ulterior, constitutivo de un cambio en el mundo externo, es entonces un acontecimiento causal que es dañoso bajo ciertas condiciones, constituye delito doloso o culposo. En cuanto a la omisión este autor pronuncia que esta “consiste en no hacer voluntariamente lo que se espera ante un deber jurídico de hacer. A su vez la clasifica en a) Omisión Propia: Llamada también simple o material, constitutiva de los delitos de omisión simple, que consiste en hacer o no hacer algo que se tenía la obligación jurídico penal de hacer. En ellos, el delito se consuma o continua consumándose por la simple omisión. b) Omisión Impropia: llamada también “comisión por omisión”. Constituye los delitos así nominados por la doctrina. Es decir, que consiste en la verificación de un daño punible como resultado de la omisión de una acción esperada cuando se tenía deber de obrar. En estas figuras a diferencia de los de omisión simple, la consumación del delito se verifica hasta cuando se produce el resultado y no cuando se incurre en la omisión, en otras palabras, en la comisión por omisión, la omisión delictiva esta

condicionada a la verificación del resultado<sup>16</sup>. Sobre la base de lo anterior, éste principio consiste en que solo se persiguen hechos que penalmente afecten un bien jurídico, o bien, que pongan en peligro dichos bienes, es decir, solo se afectará aquellos hechos que socialmente sean reprochables y por tanto, establecidos en la ley determinando el injusto penal. Para tal sentido, bien jurídico es aquel que la norma jurídico – penal protege, en el sentido, que resultan imprescindibles resguardarlos para la convivencia humana y desde ese punto de vista, el legislador los considera merecedores de protección a través del poder coactivo que el mismo Estado ejerce. Pero, para el caso del bien jurídico y debido a su importancia, mas adelante se interpretará en su más amplio sentido. Cabe mencionar, que los delitos deben definirse dependiendo del menoscabo a los bienes jurídicos, ya que no puede encausarse a ser usado para la protección de valores éticos o morales. Hay que precisar que este principio, visto desde una orientación formalista puede llegar a confundirse o subsumirse dentro del principio de legalidad, tal es el caso de aquellas posiciones que sostienen que el bien jurídico es inminentemente a la norma, con lo cual se parte de un dogma o presunción de ley. Es así, que este principio al vincularse con el de legalidad actúa como garantía a favor del ciudadano y

---

<sup>16</sup> Arrieta Gallegos, Manuel, Op.cit. Pág. 332-333

con ello, limita el ejercicio del poder punitivo del Estado, en el caso que el bien al cual se le cause daño se encuentre protegido por la legislación penal.

En conclusión, la Ley Penal, en un Estado de Democracia no puede castigar cualquier conducta, sino solo aquellas que socialmente sean nocivas o que pongan en peligro o lesionen las condiciones elementales de vida en común de los ciudadanos. Esto es, que atenten bienes jurídicos que en virtud del principio de intervención mínima habrán de ser relevantes. Es de agregar que este principio al igual que el de legalidad, y de acuerdo a lo expuesto, representa un límite al “Ius Puniendi” ya que supone que el Estado solo puede castigar cuando se haya producido la lesión o constatando la puesta en peligro.

### **3.3 PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD:**

En la Ley Penal actual que entro en vigencia en el año de Mil novecientos noventa y siete, este principio, fue el sustituto del principio de culpabilidad que se encontraba regulado en el artículo 2 de la Ley Penal derogada, figurándose actualmente su regulación en el artículo 4 de la siguiente manera: **“La Pena o Medida de Seguridad no se impondrá si la acción u omisión no ha sido realizada con dolo o culpa. Por consiguiente, queda prohibida toda forma de responsabilidad objetiva. La culpabilidad solo se**

**determinara por la realización de la acción u omisión”**. A este respecto esta norma esta refiriendo que existen delitos dolosos y culposos, entendiéndose como “dolo” según las acepciones establecidas por el autor Muñoz Conde como: conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito, añadiendo este autor que existen dos elementos en referencia al dolo, que son a) Elemento intelectual: Que es aquel que el sujeto de la acción debe saber que es lo que hace y conocer los elementos que caracterizan su acción como acción típica. b) Elemento Volitivo: es la intención de querer realizar el acto, es decir, que supone la voluntad incondicionada de realizar algo que el autor cree que puede realizar. Es de destacar que en torno al dolo existen dos clases que son: a) Doloso Directo: en este el autor quiere realizar precisamente el resultado, b) Dolo Eventual: el sujeto ve el resultado como de probable producción, y aunque no quiere producirlo, sigue actuando, admitiendo la eventual realización<sup>17</sup>. Por su parte el autor Francisco Carrara menciona que dolo es “La intención mas o menos perfecta de ejecutar un acto que se conoce contrario a la ley”<sup>18</sup>. En cuanto a las acciones u omisiones culposas estas se refieren que ante un resultado dañoso, este haya sido por lo menos previsto, o se puede decir también, que el resultado se pudo haber previsto; La lesión al bien Jurídico se

---

<sup>17</sup> Muñoz Conde, Francisco, “Teoría General del Delito”, Editorial Temis, Bogota, Colombia Pág.42-45

<sup>18</sup> Carrara, Francisco, “Programa de derecho criminal”. Pág. 145

debe a la imprudencia negligencia y falta de cuidado al obrar. Así pues, como responsabilidad objetiva, se entiende que es aquella tendencia relativamente moderna que se aparta del fundamento forzoso en culpa o dolo para exigir el resarcimiento de los daños y perjuicios. De esta manera, todos esos elementos del contenido de esta norma se encuentran sometidos y justificados de acuerdo a lo establecido en el artículo 12 de la Constitución que dice: “Toda persona a quien se impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa. La persona detenida debe ser informada de forma inmediata y comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza al detenido la asistencia de defensor en las diligencias de los Órganos auxiliares de la administración de justicia y en los procesos judiciales, en los términos que la ley establezca. Las declaraciones que se obtengan sin la voluntad de la persona carecen de valor; quien así las obtuviere y empleare incurrirá en responsabilidad penal”. Es evidente que este artículo consagra el principio de inocencia, de forma tal que una persona no puede considerarse culpable mientras en juicio y conforme a la ley, no se le demuestre tal calidad. Y de esta forma actúa simultáneamente el principio de legalidad, ya que existe una

observancia previa, y de carácter obligatorio para proceder en un caso concreto. Entre otras cosas, se le atribuye a este principio, que proviene del de dignidad de la persona humana, la cual dentro de un sistema democrático, es un ente autónomo respecto del Estado, con capacidad propia y por tanto no sometido a la tutela de este. Es de agregar que el Estado a través del nuevo sistema penal, considera a las personas como “responsables” de las conductas establecidas como punibles, no existiendo para este, la irresponsabilidad de tales actos. Desde esta perspectiva la fundamentación clásica de este principio aparece vinculada a la idea de libre albedrío y retribución. En la medida que el hombre pueda autodeterminarse es responsable de sus actos y por lo tanto merecedor de la pena si con estos infringe la ley penal.

Modernamente, a este concepto tradicional se opone otro que menciona que no basta en la libertad del individuo, sino en la posibilidad de imputar el hecho a su autor, atendiendo como criterio el motivo de las normas y al merecimiento de la pena. En cualquier caso, este principio opera castigando al autor de un hecho antijurídico, en el que no concurren determinadas condiciones síquicas, personales o situacionales que le imposibiliten para la actuación no sancionable: el error de prohibición invencible, el miedo insuperable, la enajenación total, etc. De lo anterior, se parte que siempre

existirá una concomitancia con el principio de legalidad, en el sentido que, si el Estado considera a una persona responsable de una determinada actuación, esto no significa que es culpable, reacuérdese lo que estipula el artículo 12 de la Constitución, el cual, entre otras cosas, para determinar la culpabilidad de una persona, como primer paso, se tendrá que someter a los procedimientos establecidos al respecto. Con el objeto de probar si es o no cierto lo que se le imputa, y así sucesivamente, hasta que se compruebe su participación delictuosa; en ese sentido, si no se respeta todo lo concerniente a estas normas se vulneraría el principio de legalidad, ya que se encuentran elementos establecidos, que deben observarse y llevarse a cabo para la adecuación de un delito.

Ahora bien, el estudio de los principios antes mencionados, nos instruyen en el sentido de que en cualquier circunstancia penal, estos deben estar presentes, para que se respete la legalidad de todo proceso, es por ello que se consideran de suma importancia en el desarrollo jurídico de cualquier procedimiento de carácter penal. Ya que, son instrumentos de garantía, ante cualquier inobservancia Judicial. Al respecto, para que existan estos objetos de protección, es necesario destacar otra figura que debe existir previamente, para poder recurrir a estos, en ese sentido, nos encontramos ante la figura del Bien

Jurídico, debido a que los lineamientos que se fijan en los principio penales, vienen en torno a los bienes que el sistema penal considera importantes de proteger para llevar a cabo la armonía y equilibrio social; en base a ello, es que en las próximas líneas, se hará un estudio de esta figura, destacando algunos aspectos generales de carácter histórico y doctrinario, entre otros, que naturalmente ayudarán a la comprensión de tal figura.

### **3.4 EL BIEN JURÍDICO.**

Este apartado, reviste una importancia muy particular, ya que en el ámbito del Derecho Penal, lo que se protege es un bien, pero no cualquier bien. Si no, aquellos que se orientan en función de proteger los intereses de una sociedad.

Para el caso, el ilustradísimo autor Francisco Muñoz Conde, en base a la teoría del bien jurídico, destaca algunos aspectos del origen social del bien jurídico. En ese sentido, establece que en un Estado democrático la determinación del objeto a ser protegido por la norma penal no puede estar reducido a una exclusiva decisión del legislador. Formalmente, como consecuencia del principio de legalidad, el precepto penal será el resultado de un proceso legislativo, pero la determinación del bien jurídico corresponde a la base social que comunicará su decisión a las instancias políticas que

formalmente tengan el deber de materializar dicha decisión. Dentro de una política penal de exclusiva protección de bienes jurídicos se encuentra propuesta la democracia, esto es participación y concurrencia en los procesos a través de los cuales se realizan la libertad política en concreto, libertad de pensamiento, de acción y sobre todo de disconformidad. Añade, que el bien jurídico no puede tener un carácter estático, pues siempre estará en el centro de la instancia básica de la decisión política y siempre expuesto a su revisión crítica. De esta posición se desprende que el bien jurídico tiene su origen en un sistema de relaciones sociales, siendo esta última, simplemente un sistema de reglas de comportamiento, valores, costumbres y creencias colocado a un nivel superior. El sistema social es un sistema de relaciones entre personas; las reglas y normas de conducta son un producto específico de esas relaciones y no algo ajeno a ellas.

Es por eso, que se considera que la esencia del hombre solo existe de la relación social, en la unidad del hombre con el hombre no como individuo aislado, sino como un hombre en sociedad, siendo un sujeto determinado y determinante dentro de ellas. Dentro de la relación social el individuo, puede actuar individualmente sobre una persona y ese comportamiento se encontrará condicionado por los roles que desempeña en la sociedad.

En cuanto a la historia del bien jurídico, se dice que el modelo de sociedad que actualmente tenemos, surgió en respuesta de la superación del feudalismo. Ya que en esa época se consideró que las relaciones sociales pasaron a ser relaciones de mercado, cumpliendo este, una función de legitimación del intercambio, donde todo tomaba la forma de una mercancía. Las relaciones de mercado condicionan el conjunto de las instituciones políticas, jurídicas y económicas, constituyendo lo que se llama la superestructura. Ahora bien, los dos momentos mencionados, el de la estructura socioeconómica y el de la superestructura ideológica y política, no se presentan como dos esferas independientes, sino que se hallan relacionadas dialécticamente, de donde surge el denominado “bloque histórico”. De esta se deduce aspectos tan importantes para el derecho penal, como para el Estado, como por ejemplo, la coerción e ideología.

La función del bloque histórico, es contribuir al mantenimiento de la supremacía Estatal, a través de la producción, desarrollo, clarificación y transmisión de ideología. Ya que esta justifica racionalmente el control social mediante la coerción y la persuasión.

El ámbito de la ideología es el de la superestructura. En esta se distingue en el nivel de la superestructura la *sociedad civil* y la *sociedad política*, la

primera se entiende esta constituida por las organizaciones políticas y sindicales, representando el contenido ético del Estado; esta es calificada como “el campo de la ideología”, y la hegemonía se realiza a través del consenso. En lo que respecta a la sociedad política, que sería el Estado en sentido estricto, le corresponde la conservación del orden establecido por motivos de la violencia, esta es realizada a través de la coerción, incluyendo la legal.

Para el Estado, la coerción, ya sea militar o legal, contienen dos momentos que son: *la coerción normal* y *la coerción excepcional*, la primera, tiene por destinatario el disconforme que sería el que entra en contradicción con el sistema de relaciones sociales y su finalidad es el control del inadaptable. La coerción excepcional, por su propia naturaleza, tiene carácter transitorio y se ejerce en los casos de crisis política.

Otro aspecto importante emanado de este estudio, es el bien jurídico con ***MERECIMIENTO DE PROTECCIÓN***, es decir, no todo bien jurídico se encuentra bajo este carácter, ya que, la determinación de los objetos a ser protegidos penalmente implica una decisión política del Estado. Decisión que se encuentra condicionada por la naturaleza de su propia estructura, su presentación ideológica y su naturaleza democrática. Ello quiere decir que el Estado en la selección de los objetos que a su juicio son merecedores de

protección no es neutral. Lo hará correspondiendo a criterio que representan los intereses estructurales de una sociedad de mercado. De este modo, la política penal en particular así como la política general apuntarán a la realización de la libertad de mercado. Se tratará de organizar las relaciones sociales en función de la economía de mercado.

El Estado tenderá a proteger penalmente aquellas relaciones sociales concretas que estén referidas o que no entren en contradicción con las bases y condiciones de subsistencia y funcionamiento del sistema de mercado. Impone de esta manera la obligación del Estado en una posición concreta de los individuos dentro de la relación social. Es decir, que ha de tener en cuenta la libertad y la dignidad de las personas que integran dicha relación social.

Es de aclarar que los bienes jurídicos no giran exclusivamente en torno a una persona individual o de una colectividad considerada como globalidad, sino que están en función de la base de existencia, o de funcionamiento de relaciones sociales democráticas, esto es de vínculos entre personas realizadas en condiciones de libertad y dignidad.

Existe una distinción entre bienes jurídicos referidos a las bases y condiciones de subsistencia del sistema y los referidos al funcionamiento del sistema, los primeros están constituidos en un Estado social y democrático de

derecho por la persona y su dignidad. Estos bienes tienen un carácter microsocioal ya que a partir de ellos se puede constituir toda la estructura social. Entre ellos, se incluye en la vida, la salud individual, la libertad, el honor. Los segundos tienen un carácter macrosocioal. Se trata de proteger con ellos los procesos o funciones que ha de cumplir el sistema para que puedan tener lugar las relaciones microsocioales. Dentro de esta categoría se distinguen los bienes jurídicos institucionales (administración de justicia, fé pública), los colectivos (salud pública, seguridad común) y los de control (seguridad exterior e interior del Estado).

Se ha venido señalando, que la necesidad de protección de una determinada relación social concreta esta sujeta a las limitaciones que impone al Estado en el ejercicio del poder, su materialidad social y democrática de derecho. Por eso la intervención penal en la relación social puede ser arbitraria. El legislador penal debe actuar recogiendo a través de los canales de comunicación democráticos los requerimientos de intervención penal para la protección de determinadas relaciones sociales particulares. En un Estado democrático el bien jurídico surge de las propias bases de la relación social y constituye la culminación de un proceso de participación política.

Desde luego, una política penal en una sociedad democrática fundada en la protección de bienes jurídicos no puede perder de vista al hombre y sus derechos fundamentales, ello implica que el hombre no puede ser objeto de manipulación, transformarse en un medio determinado, sino, que tiene que ser el fin dentro del proceso democrático. Por eso, la selección de los objetos a ser protegidos por la norma penal ha de hacerse superando las formulaciones ideológicas que pueden conducir a la protección de algo que encubre otra realidad, o simplemente de algo cuya protección es incompatible con el carácter democrático del Estado.

Ahora bien, en cuanto a la ideología, esta se dirige a los seres humanos constituyendo y modelando socialmente su subjetividad. De este modo la forma en que viven sus vidas, como actores conscientes y reflexivos en un mundo estructurado y significativo queda condicionada por la demanda ideológica. Esto quiere decir que en la conformación de la personalidad humana concurren tantos factores sociales como psíquicos.

Para la realización de la democracia presupone participación, pero esta no debe ser solamente en el proceso político, sino también en el económico y en el cultural. La participación en el proceso económico comprende no solo la creación de riqueza sino también de distribución multilateral e igualitaria. Este

tipo de participación que conforma la democracia plena, se vincula con la satisfacción de necesidades humanas.

El concepto de necesidad humana, debe ser entendido como “deseo consiente, aspiración dirigida hacia un cierto objeto”. De esa forma, pueden ser agrupadas en tres grandes categorías: a) Las Existenciales: basadas en el instinto de autoconservación y al referirse al mero mantenimiento de la vida humana representan la base y condición para la satisfacción de las demás necesidades. b) Las Propiamente Humanas: estas se distinguen en ya que en cuanto a sus deseos o aspiraciones hacia un cierto objeto, el impulso natural no juega ningún papel. c) Necesidades Radicales: Estas surgen de la propia sociedad capitalista y su satisfacción esta referida a los cambios de estructura.

El tema acerca del bien jurídico es amplísimo, de manera que no se puede seguir avanzando, sin antes conocer lo que muchos ilustrados en derecho penal, aportaron en cuanto a esta figura de tal forma, que existen diversas posiciones y teorías en dirección al contenido del bien jurídico. Desde este punto de vista, el conocido autor FEUERBACH, estableció una teoría jurisprudencial. Este acontecimiento se suscitó en la época de la **ILUSTRACIÓN**. En este momento histórico la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, (1789) se consideró la base del Derecho Penal Iluminista. Al

respecto mencionaba el autor aludido, que el delito visto como una lesión de un derecho, no es más que la expresión del contrato social en el derecho penal; los hombres ante la necesidad de vivir con cierta seguridad, confían al Estado la conservación del nuevo orden creado. En ese sentido, es que el Estado se rige como garante de las condiciones de vida en común.

En consecuencia, la intimidación penal del Estado solamente quedaría legitimada hacia aquellas conductas que fuesen dañinas para la sociedad. La protección de los derechos implica también un límite al ius puniendi, debido a que la pena está justificada, solo en razón de amenaza de una conducta que sea lesiva frente a otro bien, o en su defecto, que ponga en peligro los intereses Estatales. Es decir, donde no existe una lesión a un derecho subjetivo, provenga este de un particular o del Estado, no podrá existir delito.

La ideología de la libertad del iluminismo responde a la ideología teológica del absolutismo. El delito ya no se presenta como una agresión a Dios, sino que se concibe como una agresión a las condiciones de vida en sociedad. En ese sentido, la pena ya no será más una expiación por los pecados cometidos, sino que será vista como una retribución. Se trata de reparar el daño cometido a la sociedad y por consiguiente, reestablecer el orden jurídico.

FEUERBACH, se basa en la teoría del fin del Estado planteada por Emmanuel Kant, es decir, la del “ejercicio de la libertad de un ser racional no puede contradecir la libertad de ningún otro ser racional”. desde ese punto de vista, ese principio delimita, entre la potestad penal y la potestad policial del Estado. Sosteniendo, que el que se excede en el ejercicio de la libertad jurídica lesiona un derecho y ante tal lesión, esta actuando en contra del fin del Estado, del mismo modo, será delictual una conducta si afecta el derecho del Estado como persona jurídica.

Como puede apreciarse, los planteamientos de Feuerbach, representan una corriente del iluminismo Alemán, ya que sostiene que el hombre debe ser libre para cualquier autoridad, por que tiene el suficiente criterio para regular su conducta conforme se lo dicta la razón. De esta forma, la libertad se concreta en normas y reglas precisas, dejando de ser abstracta. Es decir, que la figura de la libertad se concreta en formulas legales precisas y formales, tales como declaraciones de derechos concretos, Constituciones y los procedimientos para hacer valer esos derechos ante la instancia Estatal que surge como su garante y realizador, tales como los Tribunales, los recursos de Inconstitucionalidad, de Habeas Corpus, de presunción de inocencia etc.

Bien, al abordar algunos aspectos históricos generales del Iluminismo, se hace necesario realizar una breve reseña acerca de otro acontecimiento que se suscitó posteriormente y que indudablemente fue un aporte muy importante, tanto para el Estado, como para el Derecho Penal, estamos pues, ante la teoría de **LA RESTAURACIÓN**. Dentro de esta presunción uno de los autores mas destacados en este contexto fué el autor J.M.F. BIRBAUM, este es quien hace el primer intento por desarrollar una teoría del bien jurídico desde una perspectiva jusnaturalista y con fundamentos de contenido liberal, limitadora por lo tanto del ius puniendi del Estado. Al respecto el mencionado autor Juan Bustos Ramírez, sostiene que el principal argumento de Birbaum consiste en...” rechazar que el delito es lesión de un derecho, pues el derecho no puede ser disminuido ni sustraído, ello puede suceder solo respecto a lo que es objeto de un derecho, es decir un bien que jurídicamente nos pertenece”. En otras palabras, el argumento de Birbaum esta encaminado a determinar que la acción delictiva no lesiona derechos subjetivos sino que lesiona bienes, contrario a lo que apuntaba Feuerbach, por tal razón, dice: “Si el delito quiere considerarse como lesión, este concepto de acuerdo a su naturaleza no esta referido a un derecho, sino a un bien”. La postura de Birbaum acerca de esta teoría se destaca por el giro que metodológicamente imprime al jusnaturalismo,

al señalar que algunos bienes les han sido donados al hombre por su propia naturaleza y que otros le pertenecen como resultado de su evolución social. Tal señalamiento le permite al autor clasificar los *delitos en naturales*, es decir, los delitos malos en si y por eso prohibidos, y en *delitos sociales*, que son malos por que están prohibidos. De la clasificación natural de los delitos que hace Birbaum se deduce que los bienes jurídicos están más allá del derecho, puesto que él coloca al bien jurídico en la esfera prejurídica de la naturaleza de las cosas.

Puede concluirse entonces que para este autor, el bien jurídico no es un derecho, sino un bien material surgido de la naturaleza de las cosas, por ejemplo, la vida, la salud, el honor, etc. el cual es asegurado y garantizado igualitariamente por el poder del Estado. Sin embargo, cabe destacar que el planteamiento que realiza este autor, hacia la posible punibilidad de los delitos en contra de la religión y de las buenas costumbres, se encuentra en oposición a la tesis de Feuerbach, que destacaba precisamente la no-incriminabilidad de las conductas en contra de la moral o de la religión.

La idea de Birbaum en considerar “bien” como objeto de protección y piedra angular del ilícito penal, sufrirá un reformulación que consolidará el concepto de bien jurídico. Este cambio se da a partir del positivismo jurídico

(1870-1933). Concepto que formulado por Karl Binding, pasaría a ocupar un lugar importantísimo en la teoría del delito. Ahora bien, es de resaltar que Binding se separa radicalmente del planteamiento jusnaturalista y fundamenta el concepto de bien jurídico desde un punto de vista jurídico – positivo.

Otro gran autor que hará un gran aporte al desarrollo y difusión del concepto de bien jurídico es Franz Von Liszt, para quien, no es el ordenamiento jurídico el que crea los bienes jurídicos, sino la vida, en cuanto es la que genera los intereses que se estiman dignos de protección por el derecho. A partir de la posición sostenida por estos dos autores el positivismo en derecho penal tomó dos caminos metodológicos diversos, coincidentes sin embargo, en cuanto a que el derecho penal debe proteger objetos del mundo exterior, cosas y valores concretos y, especialmente, en cuanto a reconocer al Estado el derecho de mandar y exigir obediencia.

De la teoría aportada por Binding se puede concluir en dos nociones, la primera, que los bienes jurídicos giran en torno al Estado, como titular de un derecho subjetivo público; y la segunda, que el delito importa una infracción al deber de obediencia que el ciudadano tiene frente al poder del Estado, es decir, la teoría del Bien Jurídico queda sometida a la teoría de la obediencia de la norma.

En cuanto al pensamiento de Franz Von Liszt, el concepto de bien jurídico alcanza una posición dominante, este es considerado como positivista-naturalístico, es decir, que en cierta forma, se trata de conceptos pre-legales o pre-jurídicos, este sostiene que todos los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o de la comunidad. No es el ordenamiento jurídico el que revela el interés vital al bien jurídico<sup>19</sup>. Con ello, lo que se puede destacar es que los bienes jurídicos están en la naturaleza misma de las cosas, es decir, mas allá del ordenamiento jurídico, surgen de la vida misma; consecuentemente, el ordenamiento jurídico no crea bienes jurídicos, como sostenía Binding, sino que el derecho resguarda los intereses que se consideran dignos de protección.

Como se observa el pensamiento de este autor, se diferencia del sostenido por Binding, ya que, para este último los bienes jurídicos, giran en torno al hombre y no al Estado; no así para Franz Von Liszt, ya que este considera que los bienes jurídicos no se encuentran en la norma, sino que esta es la que ha de darles protección. Considera que los bienes jurídicos no son una creación Estatal, sino que surgen como intereses vitales del hombre o de la comunidad; representando intereses a los que el Estado da protección

---

<sup>19</sup> Liszt, Franz Von, citado por Bustos Ramírez, Juan, "Manual...". Op. Cit. Pág.47

elevándolos a la categoría de bienes jurídicos, de tal forma que no son impuestos por el legislador, sino por la realidad social.

En conclusión, el bien jurídico debe verse como una garantía para toda persona; pero esta interpretación se inclina a aquellas concepciones que han hecho girar el concepto de bien jurídico en torno a la persona humana como ente social y, por lo mismo, lo han enmarcado dentro de un tipo de sociedad determinada, es decir, una sociedad democrática. Luego, un derecho penal democrático solo puede legitimarse a partir del bien jurídico, por que el bien jurídico es un concepto jurídico final; en consecuencia constituye, en todo orden, un verdadero límite al poder punitivo estatal en su intervención sobre los ciudadanos. De aquí emana la principal función del *Ius Puniendi* que no puede ser otra, que la de proteger bienes jurídicos, siempre y cuando estos constituyan valores vitales para la comunidad.

El estudio sobre el bien jurídico es muy amplio, y dentro de lo concerniente al tema se encuentran ciertas observaciones que desentrañan aun más lo sostenido por diversos autores. Es de mencionar, que luego de la Segunda Guerra Mundial, la teoría del bien jurídico ha tenido mayor difusión y aceptación, a partir de entonces la discusión del bien jurídico giro en torno a puntos de vista políticos – criminales, como producto de los cambios que ha ido

experimentando la Teoría del Delito. En especial, comenzó a hacerse énfasis en el vínculo que debe haber entre Constitución y Bien Jurídico; surgió de esa forma como afirma el autor Juan Bustos Ramírez, una clasificación, las cuales entre otras, son las **Tendencias Jurídico-Constitucionales**: esta tendencia sostiene que debe haber una total coincidencia entre los valores protegidos por la Constitución y los valores protegidos por el derecho penal. De esta situación no se debe perder de vista lo apuntado, por el referido autor, ya que sostiene que “...el reconocimiento prepositivo de los bienes jurídicos se encuentra en la Constitución”<sup>20</sup>. De esta forma es evidente que el orden Constitucional, por su jerarquía, prevalece sobre cualquier otra ley que, naturalmente dimane de ella. Ahora bien, coexiste otra inclinación llamada **Tendencias Sociológicas**. Existe una corriente de interpretación, acerca de lo que debe entenderse por “Proteger un bien jurídico” y por “crear un bien jurídico” y, teniendo en cuenta esa diferenciación, la protección de un bien jurídico, solo es concebible racionalmente cuando antes del acto legislativo ya existía un bien vital o cultural. La teoría del bien jurídico se basa, por tanto en la premisa que solo puede ser bien jurídico lo que ya antes era un bien (o valor social). A esta tendencia es a la que se adhiere la mayoría de los autores contemporáneos,

---

<sup>20</sup> Bustos Ramírez, Juan, “Manual de Derecho Penal”, Parte General, Barcelona, España, Editorial Ariel, Pág. 50.

como Francisco Muñoz Conde, Santiago Mir Puig, entre otros, cada uno de los autores pretende precisar los rasgos que determinan las condiciones necesarias para la existencia del bien jurídico. Las tendencias sociológicas son importantes en razón de que con ellas se intenta precisar una función garantista del bien jurídico cuando se trata de determinar las condiciones para su existencia.

De lo anterior, se parte que existen otras referencias, en cuanto al bien jurídico, si bien es cierto, se han abordado aspectos históricos y doctrinarios, no hay que olvidar que estos se llevan a la vida práctica, es por ello, que dentro de este punto de vista, se encuentran algunas de las funciones que ejerce el bien jurídico. Ya que este emplea sus propios elementos para poner en movimiento el orden jurídico penal, bajo esa justificación, las funciones que se aplican a la Ley Penal Salvadoreña, son las siguientes: **FUNCIÓN SISTEMÁTICA**, en esta, el doctrinario Jescheck asigna al bien jurídico el papel de piedra angular de la estructura de los tipos; ello resulta un buen criterio de la clasificación determinante para la formación de grupos o familias de tipos<sup>21</sup>.

La clasificación de los delitos en atención al bien jurídico tutelado es un criterio aceptado por las legislaciones penales de los diferentes países, como

---

<sup>21</sup> Jescheck, Hans-Heinrich, "Tratado de Derecho Penal", Parte General, V.I. Traducción de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Barcelona, España, Bosch, 1981, Pág. 9-10.

también por la doctrina moderna. Sin embargo, cabe destacar que la función sistemática del bien jurídico pone de relieve el papel que el bien jurídico juega por si mismo en la constitución del ilícito, es decir, en la determinación de la antijuricidad material; consecuentemente, resulta un fundamento substancial del tipo penal. Sobre la base de la función sistemática se advierte que algunos autores, clasifican los bienes en particulares o individuales, universales, colectivos o difusos. Según esta postura los primeros protegen los bienes jurídicos personales, por ejemplo, la vida, la integridad personal, el honor. Mientras que los segundos o colectivos, existen en función de un mejor y mas amplio goce de los bienes jurídicos del individuo. Esta función se encuentra en armonía con el citado artículo 2 de la Constitución de la Republica, ya que este, según se observo anteriormente, protege los bienes jurídicos más generales, necesarios para la convivencia social.

Otro desempeño atribuido a la figura en estudio es la **FUNCIÓN DE INTERPRETACION DEL BIEN JURÍDICO**. Este es visto en el sentido en que el bien jurídico constituye el concepto central del tipo penal, de ahí que, el conocimiento de este prohibitivo constituye el más importante medio de interpretación de dichos tipos. Para el caso, el autor Jescheck, al respecto

pronuncia, que el bien jurídico gira en torno a todos los elementos objetivos y subjetivos y, por tanto, es un importante instrumento de la interpretación.

Por su parte, el autor Mir Puig menciona que “Una vez determinado el bien jurídico protegido en un delito, la interpretación (teleológica), podrá excluir del tipo respectivo las conductas que no lesionen ni pongan en peligro dicho bien jurídico”<sup>22</sup>. En efecto, toda norma, en especial las penales, poseen implícitamente una finalidad formal, pero tal objetivo no es suficiente, ya que se requiere desde el fin de la protección de la norma penal un contenido social; en otras palabras, se requiere una finalidad material. En tal sentido, se pronuncia Fernández Carrasquilla diciendo que: “solo la conducta formalmente acorde con la descripción contenida en el tipo penal y materialmente afectante del bien jurídico por él tutelado, puede reputarse a la vez “antinormativa” y “antijurídica” (sin que ambas cosas puedan separarse). Así por ejemplo, el bien jurídico que se protege con el delito de lesiones es la integridad personal; pero una lesión producto de una curación o de una intervención quirúrgica no genera el delito de lesiones, por que no se ha atacado el bien jurídico aunque se presente la antijuricidad formal.

---

<sup>22</sup> Mir Puig, Santiago, “Derecho Penal, Parte General, Barcelona, España, 1990. Pág. 141.

Se tiene asimismo la **FUNCIÓN DE BIEN JURÍDICO COMO CRITERIO DE MEDICION DE LA PENA**. En esta se toma en cuenta la jerarquía de los bienes jurídicos, en el sentido que se utilizan para determinar el criterio de aplicación de penas mayores o menores dentro de la escala penal. La importancia de la jerarquía del bien jurídico y la consecuencia del bien jurídico orienta la escala de valores que en el momento legislativo se han plasmado en las normas penales. “La función de criterio de medición de la pena la ha señalado el autor MIR Puig diciendo “ Dentro del margen de arbitrio que la ley concede al juez, la mayor o menor gravedad de la lesión del bien jurídico, o la mayor o menor peligrosidad de su ataque, pueden servir de base a la concreta determinación de la pena” <sup>23</sup>.

Se puede concluir sobre esta función que, la medición de la pena tiene una doble dimensión; la primera en el aspecto legislativo, cuando se crea la conducta punible y, la segunda, en el campo judicial, cuando se aplica el caso concreto la pena (la cual es generalmente indeterminada) Otra de función dentro de la ley penal es la **FUNCIÓN DE LIMITE DEL BIEN JURÍDICO**, al respecto de esta función el autor Santiago Mir Puig, expresa que “Entre los límites que hoy suelen imponerse al lus Puniendi del Estado, este ocupa un

---

<sup>23</sup> Vid. Mir Puig, Santiago, “Derecho...”, Op. Cit. Pág.141

lugar destacado expresado por el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”<sup>24</sup>. Sin embargo, para el autor Octavio de Toledo y Ubieto, establece que para realizar la función limitadora del poder punitivo del Estado en el momento legislativo, el bien jurídico, todavía como interés de proteger normativamente, tiene que ser anterior a la ley con la que se pretende darle cobertura. De otra forma, sería imposible intentar la limitación de la actividad Estatal. En cuanto a la **FUNCIÓN GARANTIZADORA DEL BIEN JURÍDICO**, el autor conocido Fernández Carrasquilla al respecto de esta actividad sostiene que consiste en la limitación sociopolítica y constitucional para el legislador penal traducida en la necesidad de circunscribir las amenazas penales a la afectación de bienes jurídicos de carácter social fundamental”. La cita significa que la delimitación precisa por parte del legislador en la norma penal es la mejor garantía posible ya que, de lo contrario, la afectación de sentimientos, ideas, valores morales, no pueden ser objeto de penalización, en tanto que aquellos no se traduzcan normativamente en bienes jurídicos merecedores de tutela jurídica. Es inconcebible en el campo penal una norma jurídica sin bien jurídico, aunque existan bienes jurídicos difusos como la salud pública, la fe pública, que si son aceptados por la doctrina.

---

<sup>24</sup> Vid. Mir Puig, Santiago, “Derecho...”. Op. Cit. Pág.140

Se sostiene que cuando el bien jurídico, aparece descrito con precisión en la norma penal, se torna en garantía; pues solamente conociendo que es lo que se tutela y cual es el objeto de la protección penal, se abre la posibilidad de examinar las bases sobre las que se funda tal protección. Por otra parte, no puede soslayarse el hecho de que, en virtud del carácter fragmentario del Derecho Penal, y del principio de intervención mínima y de ultima ratio, el bien jurídico debe estar expresa e inequívocamente por la ley penal para que la garantía proteja a toda persona y, para que el sujeto pueda conocer lo que esta prohibido por la norma.

Para la **FUNCIÓN CRITICA DEL BIEN JURÍDICO**, esta se ejerce sobre la legislación penal. Debido al carácter sociopolítico del concepto material del bien jurídico, es posible determinar si su naturaleza tuteladora tiene fallas, ya sea por exceso o por defecto y, en consecuencia, como y hacia donde deben orientarse las eventuales reformas. Tomando ese punto de partida Fernández Carrasquilla, ha señalado que, el Juez Penal, no es solo un instrumento de control de conductas ilegales, sino un medio de control de las leyes arbitrarias o abusivas, por Ministerio de la Constitución, el Derecho Internacional Positivo,

los principios generales del Derecho, las normas rectoras erigidas por la propia ley y las exigencias del Estado Socioliberal y Democrático del Derecho)<sup>25</sup>.

La Constitución Salvadoreña, contempla de forma expresa la inaplicabilidad de cualquier ley o disposición cuando un funcionario judicial, al dictar su fallo, ve que la ley en cuestión es contradictoria con los preceptos Constitucionales.

De las anteriores funciones se deduce que el bien jurídico en la ley penal, sostiene diversas actividades, que en su conjunto sirve para determinar, interpretar y hasta criticar el sistema penal y la importancia que este reviste desde el seno de la Constitución. En vista de sus diversas aportaciones constituye un elemento básico inmerso en cada norma penal, observándose, su importancia a través de la historia, así como su trayectoria a través de las diferentes épocas y su establecimiento en los diversos sistemas penales, como objeto de protección en pro del sostenimiento de la armonía social.

En base a lo anteriormente expuesto, cabe mencionar ahora, el significado doctrinario del bien jurídico, Tal distinción se hizo de esta manera, ya que consideramos prioritariamente, mencionar un poco la historia, destacando el origen, desarrollo y aplicación de este, así como las diferentes posiciones

---

<sup>25</sup> Fernández Carrasquilla, Juan, “Derecho Penal Fundamental”, V.I. Bogota, Colombia, Editorial Temis, 1989. Pág. 57.

doctrinarias que justificaron su existencia y posterior trascendencia. Es por ello que a continuación se establecerá la noción final de bien jurídico.

### **3.4.1 CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO**

Como antes se observó, el bien jurídico es en esencia un producto histórico, significa que no pertenece a la sociedad en abstracto sino que surge de un sistema concreto de relaciones sociales de un periodo determinado.

Los bienes jurídicos tienen un carácter dialéctico, ya que surgen de la base de la relación social. De ahí se infiere que los bienes jurídicos son relaciones sociales concretas de carácter resumido, los cuales se encuentran protegidos por la norma penal, que nacen de la propia relación social democrática, como una superación del proceso dialéctico.

El bien jurídico, en consecuencia contiene un doble carácter sintético, según lo mencionado precedentemente. Luego puede ser definido como una relación social concreta de carácter sintético normativo y sintético social. Algunos ejemplos pueden ser: la vida y la libertad, estas en cuanto a sujetos protegidos por una norma penal lo están como en relación o vinculación entre personas. Por ejemplo, cuando el tipo castiga el homicidio esta castigando una relación social específica que niega la relación social concreta. Es decir, la vida. Cuando castiga la coacción, esta castigando una relación social que niega el

bien jurídico de libertad en la forma específica establecida en el tipo de las coacciones. Es por estas razones, que el tipo no se agota en una acción, ya que es parte de una relación social especificada objetiva y subjetivamente, mediante elementos descriptivos, normativos y psíquicos, que configuran una situación social, dotada de sentido y significación.

Al hacer mención del tipo penal, es de subrayar que el Estado quiere prohibir con este, la relación social entre sujeto activo y sujeto pasivo, en las condiciones objetivas y subjetivas contempladas en el propio tipo. El tipo constituye una forma específica de negación de la prohibición más genérica contemplada en la norma penal. Contiene una relación social que niega otra relación social, que es la protegida por la norma penal, que es el bien jurídico.

Se concluye que el vínculo entre norma y tipo es una conexión dialéctica de afirmación y negación de una relación social concreta. La norma penal afirma al bien jurídico en la medida que lo protege prohibiendo su afección. El tipo penal es por tanto un contenido específico de negación de esta relación social concreta que es el bien jurídico protegido por la norma.

Lo anterior se colige del concepto material de bien jurídico, no obstante, en lo concerniente a los diferentes conceptos aportados por los modernos autores se tienen los siguientes: por ejemplo, para el autor Santiago Mir Puig,

expresa un doble sentido para el concepto de bien jurídico, distinguiéndolo en Político Criminal y dogmático. En otras palabras lo que quiere expresar el autor es que al protegerse los bienes jurídicos, estos suponen una determinada orientación político criminal; en cuanto a la dogmática, esta alude concretamente al objeto de tutela jurídica que ya se encuentra protegida por la norma penal, por ejemplo la vida, la libertad, el honor, etc.

Otro aporte a este aspecto, lo realiza el autor Fernández Carrasquilla orientándolo en una visión político-criminal y, en la siguiente manera: “Los bienes jurídicos son valores, intereses y expectativas fundamentales de la vida social del individuo, la comunidad o el Estado, sin los cuales esta es imposible, precaria o indigna, y por esto reflejan la necesidad estricta de la tutela jurídico penal que se apoya también en su reconocimiento Constitucional y los Tratados públicos sobre Estado de Derecho y Derechos Humanos Internacionales”<sup>26</sup>.

Como se observa a lo largo de la historia han surgido diferentes acontecimientos que conllevan al fortalecimiento del Estado, no obstante, que esta autonomía Estatal debe estar orientada por sobre todas las cosas, a la protección de los intereses colectivos para llevar una equilibrada armonía y convivencia social, eso es lo que en definitiva nos refleja el bien jurídico, ya que

---

<sup>26</sup> Fernández Carrasquilla, Juan, “Derecho...”, Op. Cit. Pág.52.

su existencia surge en base a la necesidad de subsistencia, es decir, entre la relación de hombre con hombre, de esta manera es que el Estado, es el encargado de velar, por que las garantías inherentes a cada ser humano se respeten, de manera que las conductas que vayan en contra de uno de los fines de este, tendrán que ser sancionadas, ya que en cierta forma imposibilitan la paz social. Para ello, el Estado debe someter a un estudio exhaustivo sobre aquellas conductas que merezcan mayor observación, aunque, como ya se observó anteriormente, estas surgirán en respuesta también, a intereses económicos que puedan restringir el desarrollo de la Sociedad.

Ahora bien, luego del estudio del bien jurídico, se desprende una consecuencia de este, el cual esta basado en la creación de ciertas conductas que el legislador, ha considerado objeto de protección, y las cuales se encuentran establecidas jurídicamente, por considerarse necesarias existencialmente, y que a su vez, algunas de ellas, constituyen objeto de estudio del presente trabajo de investigación; para ello, el análisis y desarrollo del presente documento, se encaminara hacia las figuras establecidas en el Título III, capítulo I del artículo 148 al 152 del Código Penal Salvadoreño.

### **3.5 LOS DELITOS RELATIVOS A LIBERTAD INDIVIDUAL EN LA LEGISLACIÓN PENAL SALVADOREÑA**

Este tema es de suma importancia, es por ello, que antes de iniciar al abordaje de las figuras normativas, relativas a la libertad individual, se mencionaran, algunas nociones que puedan ayudar a tener una clara visión de la clase de Libertad de la cual se analizará. Es así que cuando se habla de “Libertad”, no se refiere el legislador a cualquier tipo de libertad, sino la que posee cada persona en su esencia misma, dicho valor viene representado desde una perspectiva relevante tanto para la Constitución de la Republica como para legislación penal.

Entre los aspectos doctrinarios que destacan la Libertad se encuentran los siguientes:

- \* Es la facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera u otra
- \* Es la Libertad física que implica para el individuo el derecho de transitar sin trabas por el territorio nacional

Por consiguiente, para el autor Muñoz Conde la Libertad en forma general es la ausencia de trabas en relación con los movimientos posibles de una persona, un animal o un objeto. Y, cuando se esta frente a una privación de Libertad ya sea que se trate de una persona o una cosa, significa que es la ausencia de

permisión de mover más haya de un rango muy pequeño. Este valor, puede perfilarse desde tres puntos de vista que son: a) El psicológico: el cual, sostiene que la libertad es un atributo de la voluntad del ser humano que es desarrollada en dos niveles uno objetivo es decir, la manifestación o exteriorización de ese acto formado y otro subjetivo, el cual comprende la formación del acto voluntario. b) El político-social: Estima que la libertad es un bien jurídico protegido frente a la actividad del Estado, que se materializan y desarrollan por los actos de los funcionarios públicos ya que, debe de existir una relación con la propia naturaleza del actuar del ser humano, cuya garantía le corresponde proteger al derecho penal. c) El jurídico: La libertad es el bien jurídico protegido por un tipo penal. Es decir, por el ordenamiento legal, deduciendo que este es el que hace efectiva la limitación y protección respectiva.

Autores como Bustos Ramírez, le otorgan a la Libertad un carácter instrumental, definiéndola como la “capacidad de actuación para la satisfacción de necesidades, dentro de las relaciones sociales”<sup>27</sup>.

A partir de las anteriores anotaciones, se seguirá el lineamiento de análisis de los artículos precedentemente mencionados. Destacando como punto de partida lo consagrado en la Constitución de la Republica, a través del

---

<sup>27</sup> Bustos Ramírez, Juan, “Manual...”, Op.Cit. Pág.74

artículo 1, que reza: “El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que esta organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común. En consecuencia, es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la Republica, el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social” y el artículo 2, estableciendo: “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 protegida 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. Se establece la indemnización, conforme a la ley, por daños de carácter moral”.

En el primer artículo descrito se sostiene que es obligación del Estado en el caso que nos ocupa, asegurar a los habitantes de la Republica, el goce de la libertad...etc. Y en el segundo artículo, manifiesta entre otras cosas que toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad etc. Es importante tomar en cuenta lo establecido por la Carta Magna, ya que de ahí parte el deber del Estado, en imponer el respeto en atención a los derechos individuales, y por tanto, brindar seguridad para resguardarlos de cualquier amenaza. Por otra parte, este artículo al referirse a la Libertad lo hace en atención a su sentido amplio, por ejemplo protección de la

libertad de tránsito, de asociación, de culto, de pensamiento, etc. De manera, que la Constitución no enfoca la Libertad desde un punto de vista específico, sino que recoge, todos esos aspectos que en torno a ella se desarrollan, con el objeto de mostrar todo lo concerniente a la protección individual, hasta en sus aspectos más subjetivos. Dentro de estas determinaciones, cabe mencionar, que en los Instrumentos Internacionales, también se regulan normas jurídicas concernientes a tales normas, así se tiene en la Declaración Americana de los Derechos Humanos en el artículo 1, establece lo siguiente: “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”. Por su parte, y siguiendo el sentido del estudio, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, específicamente en el artículo 3 establece lo siguiente: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”. En ese sentido, estas normas de carácter Internacional, respaldan la iniciativa Constitucional, en cuanto a resguardar la igualdad jurídica y la dignidad de cada persona, como miembros de un Estado democrático determinado.

Otro artículo que se relaciona con el referido tema, es el artículo 4 de la Constitución que manifiesta: “Toda persona es libre en la República. No será esclavo el que entre en su territorio ni ciudadano el que trafique con esclavos.

Nadie puede ser sometido a servidumbre ni a ninguna otra condición que menoscabe su dignidad”. Es de esta forma que en este artículo se confirma que la libertad es vista como un atributo de la persona, eliminando la esclavitud y combatiéndola, sosteniendo que pierde la condición de Ciudadano quien la practique. Rechaza igualmente la servidumbre y toda otra condición que lesione la dignidad humana.

Con lo anterior se entiende que la Constitución otorga los parámetros a seguir por la legislación penal, debido, que es esta última quien desarrolla la protección dirigida a tales bienes. Por lo cual a continuación, y en referencia a lo anteriormente mencionado se estudiará lo relativo al delito de privación de Libertad y al delito de Secuestro, apoyándose tanto en la doctrina como en la ley penal.

### **3.6 ANALISIS DE LA FIGURA DE “PRIVACION DE LIBERTAD” EN LA LEY PENAL.**

La Ley Penal, en la norma establecida en el artículo 148, tipifica la conducta de la Privación de la Libertad así: **“El que privare a otros de su libertad individual, será sancionado con prisión de tres a seis años”**. En el texto de este artículo, se advierte que el aspecto de la libertad del cual la víctima se ve privada es de la libertad personal. Es decir, el delito consiste en “privar”, lo cual

se traduce en un despojo, sustracción, carencia, falta o ausencia de libertad personal. En otro sentido, la acción recae sobre la libertad física y, en particular sobre la facultad de trasladarse de un lugar a otro, en ese sentido, se traduce en no poder alejarse de determinado lugar en que no se quiere permanecer.

El doctrinario Muñoz Conde, denomina a esta facultad “libertad ambulatoria” o “capacidad del hombre de fijar por si mismo su situación en el espacio físico”<sup>28</sup>. En consecuencia existe privación de libertad aun cuando el sujeto tenga posibilidad de realizar movimientos dentro de ciertos límites. Esta figura penal aparece determinada en un sentido muy específico. Entendiéndose como primer punto de partida a tenor de su literalidad que el **Bien Jurídico protegido es:** "Libertad Individual"; vista esta desde el punto de vista de la libertad del individuo, sosteniéndola como presupuesto de cualquier delito, ya que toda ilicitud penal, se funda en que no se dañe abusiva o arbitrariamente los medios que permiten desarrollar la actividad física, y que dicha actividad se lleve a cabo, sin la indebida intromisión de terceros, si bien es cierto que existen hechos en que la libertad aparece como el interés preponderante, y el cual, es el objeto de la protección legal, mostrando entonces su ofensa en autónoma con respecto de otros intereses a los que también pueda referirse la libertad.

---

<sup>28</sup> Muñoz Conde, Francisco, “Derecho...” Op. Cit. Pág.150

Esta, como bien jurídico tutelado, se protege en su manifestación de libre actividad de la persona, para decidir lo que quiere hacer y para hacer lo que ha decidido. Otro elemento incluyente en la figura de privación de libertad es el **Sujeto Activo**: Este, puede ser cualquier persona particular, ya que el artículo define a éste con el determinante "El que...", no requiriendo ninguna capacidad especial para dicho sujeto. Ahora, en cuanto al **Sujeto Pasivo**: De igual manera, se encuentra indeterminado con la frase "... a otro"; por lo tanto puede ser cualquier persona, con tal que tenga capacidad para actuar, aunque sea potencial de movimiento. Se destaca con los anteriores elementos la **Conducta Típica**: concibiéndose esta, en el sentido de privar a otra persona de su libertad de movimiento, lo que puede ser llevado a cabo mediante conducta activa y mediante comportamientos omisivos. Por otra parte, es de mencionar, que se castigan los comportamientos en los que se impide a una persona dejar el lugar en el que se encuentra, bien por que se está o se coloca en un lugar cerrado del que no puede salir, bien por que se le priva del movimiento por medios violentos, como el uso de la agresión física o por medios intimidatorios. Interviene el **Tipo Subjetivo**: que es aquel hecho punible tanto cuando se comete con dolo directo, como cuando se comete con las restantes clases de dolo, incluyendo el eventual. No están sancionados los comportamientos

imprudentes. Y en el caso de la **Penalidad**: Atendiendo al principio de legalidad, la pena a imponer en este delito oscila de tres a seis años de prisión, para la figura simple, y hasta en una tercera parte del máximo, cuando esta sea agravante.

Lo que se plantea entonces es la protección del bien jurídico: La Libertad de movimiento, dentro del cual el autor de este delito, puede ser cualquier persona, no importando el cargo que esta desempeñe.

Es de destacar que este delito puede ser realizado por cualquier medio, con la salvedad que el medio utilizado puede constituir otra figura delictiva prevista en la legislación penal. De ello resulta que la privación de libertad puede realizarse en forma de encierro, ya sea en un local edificado con dicho propósito por el sujeto activo o facilitado por otra persona para dicho fin, lo que en otra interpretación constituiría una cárcel privada, o bien puede suscitarse en la casa de la víctima, por lo cual se colige que no siempre es necesario el traslado del sujeto pasivo hacia otro lugar para consumir el delito. No basta tampoco que el lugar tenga puerta, en algunos casos puede carecer de ella, lo que el legislador contempla es que a la persona no se le deje salir. En cuanto al límite mínimo de duración; puede ser un minuto o inclusive, menos tiempo.

Para el caso de esta conducta, el legislador deja de manifiesto muy claramente los tipos que deberán cumplirse, para la violación de la libertad individual.

Al haber realizado un estudio del artículo anterior, se hace necesario, analizar otra figura, la cual es el Secuestro, por lo que a continuación se procederá a conocer un poco de tan relevante aspecto, estableciendo para ello, algunos aspectos generales relativos a esta figura.

### **3.7 ANÁLISIS DEL DELITO RELATIVO AL “SECUESTRO” EN LA LEY PENAL.**

Al comenzar el análisis de este artículo, se cree necesario señalar algunos aspectos relevantes en torno a la historia del surgimiento de la figura delictiva. Al respecto se dice que las costumbres y la creación de nuevas situaciones han mantenido una evolución en este delito, el cual tiene su origen en el paganismo, donde el desconocimiento de la personalidad en todos los seres humanos era una práctica común. Ante la existencia de la personalidad, y al tener la diferencia de la condición de humano, se llegó a la posibilidad de que el hombre fuera sujeto de apropiación, es decir, se convirtió en un bien. De ahí la existencia de la institución de la esclavitud.

Uno de los orígenes del secuestro, como se puede inferir, proviene del robo descarado de las personas, convirtiéndolas básicamente en esclavos. De esta manera, podían ser vendidas y obtener una compensación monetaria. Durante el Imperio Romano esta práctica estaba tipificada y se le conocía como "plagium". Debido a la frecuencia con que se presentaba esta conducta, fue necesaria la tipificación universal del Secuestro, con el afán de proteger de alguna manera a todos los seres humanos. Con el transcurso del tiempo el Derecho Penal ha sufrido evoluciones, en ese sentido, las conductas se establecen de acuerdo a las exigencias del cambio de épocas; entre las variantes surgidas se encuentra la eliminación de la esclavitud de todas las leyes modernas, de esta forma, el delito de Secuestro tuvo que cambiar, y en lugar de mantenerse como una venganza al patrimonio de las personas, se constituyó como un delito en contra de la libertad de estas.

Con los anteriores precedentes y apreciando la situación social en la que vive el país, no puede omitirse esta situación, debido a que el delito de Secuestro ha tenido periodos de auge, especialmente después de la firma de los Acuerdos de Paz efectuados en México, Chapultepec el 16 de enero de mil novecientos noventa y dos, la delincuencia empezó su apogeo en El Salvador, sumándose a ello el surgimiento de las maras o pandillas juveniles, los cuales fueron

organizándose hasta tener una estructura delictiva y jerárquica.

A lo antes aludido el Artículo **149** de la Ley Penal establece lo siguiente:

**“El que privare a otro de su libertad individual con el propósito de obtener un rescate, el cumplimiento de determinada condición, o para que la autoridad pública realizare o dejare de realizar un determinado acto, será sancionado con pena de treinta a cuarenta y cinco años de prisión, en ningún caso podrá otorgarse al condenado el beneficio de libertad condicional o libertad condicional anticipada”.**

La disposición anterior ha sido reformada en dos oportunidades, la primera de ellas por medio de Decreto Legislativo n° 280, del ocho de Febrero del dos mil uno, publicada en el Diario Oficial n° 32, tomo 350, del trece de Febrero del dos mil uno, Diario Oficial que según constancia extendida por la Dirección del Diario Oficial, salió a la venta al público el día veintiocho de Febrero del año dos mil uno.

La segunda reforma se ha producido mediante Decreto Legislativo 486, del 31 de Julio del dos mil uno, publicada en el Diario Oficial n° 144, tomo 352, Diario Oficial que salió a circulación materialmente el día 10 de Agosto del dos mil uno.

El tipo objetivo de Secuestro, consiste en la acción de privar, la cual consiste en despojar a una persona de algo que posee, es decir la libertad individual que constituye un derecho fundamental de toda persona, el mismo, goza de protección a nivel constitucional, pues así lo dispone el art. 2 de nuestra Carta Magna, que en lo pertinente señala que toda persona tiene derecho a la libertad y a la protección para la conservación de tal Derecho.

Ante ese respecto, en lo concerniente a esta figura, se encuentra dirigida a la libertad individual o ambulatoria, por medio de la cual una persona tiene la capacidad de fijar por sí mismo su situación en el espacio físico; puede desplazarse o trasladarse según sea su voluntad; de un lugar a otro, sin que exista obstáculos que impidan el ejercicio de la voluntad natural de movimiento. Ahora bien, En atención al **Sujeto activo**, al igual que en el anterior delito, se trata de una persona física, entendiéndose de este, que puede ser cualquier individuo. Ya sea como autor o cómplice. **Sujeto Pasivo**, se refiere a la víctima, es decir, a la persona que ha padecido la ofensa, en razón de su derecho de libertad. Asimismo, sostiene que **Tipo Penal** de secuestro, a diferencia de la simple privación de libertad, exige entre otro que ésta privación sea con el propósito de obtener rescate, es decir, que a cambio de que el sujeto pasivo de la acción recobre su libertad, el sujeto activo pide la obtención de un precio a

cambio de la libertad de la persona secuestrada, el cual puede expresarse en dinero, valores, bienes o cualquier otra condición, o en su defecto, el cumplimiento de una condición o la realización de un acto. Otro elemento que se puede llevar a cabo dentro de esta figura es la de exigir a cualquier Institución de carácter público la realización, o abstención de un determinado acto, entendiéndose que puede ser que el sujeto activo enerve u obstruya el desarrollo normal de alguna actividad propia de una entidad gubernamental. En cuanto a **La Penalidad**, en esta figura normativa esta inferida de treinta a cuarenta y cinco años de prisión. Para el caso de prohibición de Libertad condicional, esta es entendida como aquel beneficio judicial a un condenado, posteriormente de haber cumplido una determinada parte de la pena impuesta, en el caso que el sujeto activo por ejemplo, muestre buena conducta en el recinto penitenciario. En el caso de la ley penal Salvadoreña vigente, esta figura se encuentra regulada en el artículo 85 de la siguiente forma: “El Juez de vigilancia correspondiente podrá otorgar la libertad condicional en los delitos cuyo límite máximo de prisión excede de tres años, siempre que el condenado reúna los requisitos siguientes: 1) Que haya cumplido las dos terceras partes de la condena impuesta; 2) Que merezca dicho beneficio por haber observado buena conducta, previo al Consejo Criminológico Regional; y 3) Que haya

satisfecho las obligaciones civiles provenientes del hecho y determinadas por resolución judicial, garantice satisfactoriamente su cumplimiento o demuestre su imposibilidad de pagar...” Sí bien es cierto, la Ley Penal lo regula en la norma antes descrita, en la figura del delito en análisis queda sin efecto, debido a que el Legislador orienta su objetivo hacia la protección de la Libertad de cada individuo. Significando uno de los derechos más importantes dentro de la escala de la protección judicial. A su vez, dentro de la otra figura que es la Libertad Condicional anticipada, esta se refiere, según lo previene el artículo 86 de la Ley Penal lo siguiente: “A propuesta del Consejo Criminológico Regional, podrá el juez de vigilancia correspondiente, conceder la libertad condicional a los condenados a pena de prisión que haya cumplido la mitad de la condena y que satisfagan las demás exigencias del artículo anterior, siempre que merezcan dicho beneficio por haber desarrollado actividades laborales, culturales, ocupacionales o de otra índole susceptible de igual valoración y exista respecto de los mismos un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social”. Para el caso planteado, esta figura, es omitida igual que la anterior, para la persona que se condene en base al delito de Secuestro. No obstante, es de destacar que ante la desestimación que realiza el legislador en lo pertinente a estas últimas figuras, no se considera estar en atención a lo regulado por la

Constitución de la Republica, en el sentido que en el articulo 3 se consagra el principio de igualdad de la siguiente manera: “Todas las personas son iguales ante la ley. Para el goce de los derechos civiles no podrán establecerse restricciones que se basen en diferencias de nacionalidad, raza, sexo o religión. No se reconocen empleos ni privilegios hereditarios”. Se desprende entonces, que la igualdad es un principio que emana de la naturaleza misma del hombre y tiene su fundamento en su identidad de origen y destino. Se presenta como una relación en virtud de la cual cabe reconocer a todos los hombres sus derechos fundamentales y su plena dignidad, evitando discriminaciones arbitrarias. Este principio reviste de un rango Constitucional tal, que garantiza la igualdad de todas las personas ante la ley. Este principio nace de la estructura y conformación de dos conceptos universalmente conocidos, a saber: la equidad y la justicia; conceptos que en su conjunto constituyen la piedra angular sobre la que descansa, o sobre la que debe descansar la actividad jurisdiccional. Cada uno de estos es semejante para desembocar en el intento de conseguir lo más adecuado y el mejor tratamiento al individuo. Ambos constituyen un tinte Inseparable por estar interrelacionados de modo solidario, y, conforman las directrices, expresas o tacitas que todo juez debe utilizar en administrar justicia. En cierta manera, esta medida empleada por el legislador, no atiende al

principio de igualdad, ya que explícitamente la Carta Magna establece con la mencionada garantía, que todos debemos ser vistos en forma equitativa. Y al omitir las figuras de aplicación de la Libertad Condicional y de Libertad Condicional Anticipada, es evidente que se está vulnerando el principio de igualdad, ya que, es evidente que se están protegiendo intereses, desde el punto de vista de las clases sociales, en el sentido de que muy bien es conocido por la Sociedad que esta clase de actuaciones generalmente se encuentra en concomitancia a los intereses económicos, entendiéndose que los delincuentes no acudirán a realizar el delito de Secuestro en una persona de escasos recursos económicos. Más bien, estos atentan con personas que naturalmente, son reconocidas socialmente y por consiguiente sujetas de poseer bienes de índole pecuniarios. Y por tanto, con capacidad para poder sufragar esta situación.

En esta clase de conductas, dado que nos encontramos ante un delito permanente, existe la posibilidad que algunas circunstancias modificatorias puedan manifestarse en cualquier momento; por ejemplo, puede ocurrir que al ejecutar la privación de libertad el autor no tuviera en mente el propósito de coaccionar con ello a alguien, y que lo haya decidido después; en ese caso, el hecho de que el propósito haya sobrevenido no impide la calificación.

Luego de haber estudiado las dos figuras básicas, se observan que ante estas el legislador no establece un plazo específico en el cual se tiene que privar de libertad a una persona. Pero se deduce del artículo 150 de la Ley penal, Atentados contra la Libertad Individual agravado Numeral segundo, que el plazo para agravar las anteriores figuras es si la privación de libertad se prolonga por más de ocho días. Así para el caso de privación de libertad, es un delito de ejecución instantánea, es decir, que una vez privada una persona de su libertad ambulatoria se gesta este delito, ahora bien, en cuanto a la existencia del delito de secuestro, se requiere en primer lugar, como supuesto indispensable, que se reúnan las características legales de la privación de libertad. La cual es la de privar a una persona de su libertad individual ambulatoria, y posteriormente se debe reunir otro elemento, el cual es pedir un pago por la liberación de esta o la exigencia de alguna condición. De tal forma, que mientras no se pida algún supuesto de condición para la liberación de la persona, nos encontramos, ante la simple figura de privación de libertad. A su vez, se determina que las características esenciales del secuestro, es en primera instancia, que se trata de un delito doloso, y por tanto es de consumación instantánea y permanente.

Las relaciones en cuanto a la publicación en los diarios oficiales se trae a referencia, ya que, la primera reforma al art. 149 Pn., Sanciona el delito de SECUESTRO con una pena de veinte a treinta años de prisión; mientras que el precepto vigente, sanciona dicha figura típica con una pena que oscila entre treinta y cuarenta y cinco años de prisión.

Al abordar lo concerniente a los delitos de Privación de Libertad y de Secuestro, es necesario mencionar otra figura que se encuentra establecida en el artículo 149-A, relativo a **PROPOSICION Y CONSPIRACION EN LOS DELITOS DE PRIVACION DE LIBERTAD Y SECUESTRO**. Y la cual reza de la siguiente manera: **“La proposición y conspiración para cometer cualquiera de las conductas descritas en los dos artículos anteriores, serán sancionadas, para el caso de privación de libertad con prisión de uno a tres años, y para el caso del secuestro, prisión de diez a veinte años”**.

Para comenzar, el estudio de este artículo, mencionaremos previamente, algunos aspectos sostenidos por la doctrina, para lo cual el Dr. Arrieta Gallegos, comenta que estas figura se encuentran en el momento del iter-criminis o vida del delito, que son aquellas situaciones en las que la acción delictiva va manifestándose en forma sucesiva, desde su origen e ideación (fase interna)

hasta su consumación objetiva (fase externa) pasando en determinados casos por la fase intermedia punible<sup>29</sup>.

En cuanto a las figuras mencionadas, se dice que son formas punibles de resolución manifestada, estudiadas por la doctrina penal; en ese sentido se puede decir que estas se encuentran en la fase intermedia, que es en la cual el autor, idea el delito en su mente, deliberándolo posteriormente y resolviendo su debida ejecución, saliendo a la luz para constituir una forma delictiva configurada en la ley penal.

Con relación a estos apuntes la doctrina define que **Proposición es:** "Cuando habiendo previa resolución se expone a otros u otros concretamente el delito que se ha decido cometer, invitando y esperando cooperación y ayuda". Los requisitos de la proposición que operan sobre el presupuesto de la resolución delictiva son: a) Exposición concreta del delito a otros u otros, la que puede ser verbal o escrita, en forma privada o publica, pero determinante del acto delictivo en forma concreta, no es preciso que se entre en detalles, aunque se refiera al acto propio y constitutivas del acto delictivo. b) la invitación a otros para la participación en el acto delictivo, el cual es el objetivo que lleva la exposición concreta del delito. c) el elemento subjetivo consistente en la idea

---

<sup>29</sup> Arrieta Gallegos, Manuel, Op. Cit. Pag. 329

que priva en el agente de esperar cooperación y ayuda para realizar el delito, elemento este que se induce de los dos elementos objetivos anteriores, por la forma en que la en que la exposición e invitación se exterioriza.

Por su parte la **Conspiración**: es aquella que se da cuando dos o más personas, se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo”. Dentro de los requisitos sostenidos por la conspiración se tienen los siguientes:

A) un concierto de varios para ejecutar un delito sea mediante acuerdo, convenio o pacto, que se realiza con tal fin, lo cual a su vez implica dos presupuestos a saber: 1) resolución a tratar el asunto o cuestión delictiva y aceptación de la idea de delinquir 2) que esas personas se resuelvan a ejecutar el delito sin que sea necesario que esa resolución la tomen todos los que entraron en el concierto y bastando con que lleguen a ella algunos de todos

B) La conducta debe de ser dolosa<sup>30</sup>.

La directriz principal de estas figuras se encuentra establecida en el artículo 23 de la Ley Penal y reza: “Existe proposición cuando el que ha resuelto cometer un delito solicita de otras personas que lo ejecuten o le presten su ayuda para ejecutarlo. Hay conspiración cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo. La proposición

---

<sup>30</sup> Arrieta Gallegos, Manuel, Op. Cit. Pág. 332-333

y la conspiración solo son sancionadas en los casos expresamente establecidos en este Código”.

Otro artículo de importancia y objeto de estudio del presente trabajo es el establecido en el artículo 150 de la ley penal el cual contempla las agravantes específicas. En ese sentido el Dr. Manuel Arrieta Gallegos, quien es por excelencia, uno de los autores más sobresalientes que ha tenido El Salvador en el ámbito jurídico, realiza una escueta pero muy precisa clasificación en lo que a agravantes del Derecho Penal se refiere, en tal sentido es que establece que estas se agrupan en: A) **Agravantes Generales o Determinadas**; estas son consideradas jurídicamente verdaderas circunstancias por que como tales, pueden incurrir o no en el hecho principal y por que al concurrir, su pena se agrava al juicio del juzgador dentro de un margen, hasta en la proposición fijada por la ley. Y, B) **Agravantes Específicas**: estas son las que el legislador determina para ciertos delitos en particular, y se encuentran comprendidas en la parte especial, producen el mismo efecto, aumentando el grado de responsabilidad del delincuente y por ende su pena; son elementos del tipo tomados en cuenta por el legislador al determinar algunas conductas delictivas o que el mismo legislador ha señalado el aumento concreto de la pena que

corresponde al delito, precisamente por la concurrencia de las circunstancias, que así pasan a ser de especial consecuencia.

De lo anterior, se parte que en el Sistema penal Salvadoreño, de la clasificación mencionada la que se acoge es la de Agravación Especial, debido a que esta, especifica las circunstancias para tales efectos. Así en el artículo 150 se establecen los **ATENTADOS CONTRA LA LIBERTAD INDIVIDUAL AGRAVADOS** el cual dicta: “La pena correspondiente a los delitos descritos en los artículos anteriores, se aumentará hasta en una tercera parte del máximo, en cualquiera de los casos siguientes”:

- 1) Si el delito se ejecutare con simulación de autoridad pública o falsa orden de la misma
- 2) Si la privación de libertad se prolongare por más de ocho días
- 3) Si se ejecutare en persona menor de dieciocho años de edad, mayor de sesenta, inválido o mujer embarazada.
- 4) si se ejecutare con el fin de cambiar filiación
- 5) si implicare sometimiento o servidumbre que menoscabe su dignidad como persona
- 6) si la víctima fuere de los funcionarios a que se refiere el artículo 236 de la Constitución de la República

**7) Si se efectuare en persona a quien conforme a las reglas del derecho internacional, El Salvador debiere protección especial”.**

En el caso del primer literal, esta circunstancia es merecedora de agravación según lo estableció el legislador, los autores positivistas consideran que esta agravación se justifica por que representa mayor peligrosidad del agente, dada la astucia y audacia que debe emplear. En este supuesto, no estamos frente a hechos realizados por la autoridad pública, sino por un particular que, sin ser funcionario público lo simula. Esta suplantación debe ser respecto de individuos facultados para detener a otras personas, de tal forma que induzca a la víctima a un error sobre la calidad del sujeto activo, lo relevante en este caso es que el sujeto pasivo cree que el autor es una autoridad facultada para detenerlo, y obedece o se somete en virtud de tal carencia.

Para el caso del literal segundo, el tipo fundamental se agrava cuando la privación de libertad se prolonga por más de ocho días, es decir, que el delito no se agrava si dura ocho días o menos. Para este caso, el plazo debe computarse de acuerdo con las reglas establecidas por el Código Civil en el artículo 46 así: “Todos los plazos de días, meses o años de que se haga mención en las leyes o en los decretos del poder ejecutivo, o de los tribunales o

juzgados, se han de entender que son completos y correrán además hasta la media noche del último día del plazo...”. En consecuencia, la privación agravada se configura inmediatamente después de la medianoche del octavo día. De modo que el plazo se computa desde el momento inicial de consumación instantánea.

En el establecimiento del literal tercero, el legislador ha previsto ciertas circunstancias que conllevan a pensar que los sujetos que menciona este apartado representan las personas más vulnerables de la sociedad, por ejemplo los ancianos y los inválidos carecen de fuerzas físicas, el primero por ser de avanzada de edad, sufre un agotamiento de dominio corporal y el segundo, por carecer de alguno de sus miembros; una mujer embarazada, por el mismo hecho de llevar en su vientre otra vida, se vuelve simultáneamente objeto de cuidado y protección; para este caso la normativa Internacional como lo es la Declaración Americana de los Derechos Humanos a través del artículo 7, consagra lo concerniente a la Protección de la Maternidad y a la Infancia así: “Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a la protección, cuidado y ayudas especiales”. Observándose, que esta normativa penal, conlleva un refuerzo de carácter Internacional, destacándose la protección al ser que lleva en su vientre la mujer; la misma

circunstancia ocurre con un menor de edad, por el hecho de considerarse que tiene pocas facultades de defensa, frente a una amenaza superior; por tanto, la Ley les otorga una protección especial, presumiendo que se esta frente a personas susceptibles de indefensión.

Para lo establecido en el literal Cuatro, el legislador es específico al referirse a aquellas circunstancias que se cometan con finalidad de cambiar filiación, para ello el diccionario jurídico del conocido autor Manuel Ossorio, prescribe como filiación lo siguiente: Vínculo existente entre padres e hijos. La filiación puede ser legítima o ilegítima, o por adopción. por tanto, el legislador considera oportuno, regular este tipo de conductas, dirigida mas que todo a los menores de edad, frente a aquellos sujetos que pretendan cambiar la procedencia paterna o materna verdadera, por otra, atribuyéndole al sujeto pasivo una filiación que no le corresponde.

En el caso del literal cinco; es de destacar que en el desarrollo del presente capítulo, se advirtió sobre la prohibición que establece el artículo 4 de la Constitución, al brindarle protección a las personas, frente a cualquier amenaza de esclavitud, de la misma forma, y emanada del mencionado artículo constitucional, el legislador prevé, esta situación en la normativa penal. Entendiéndose que ninguna persona podrá ser sometida a un trato inhumano,

es decir, que para el sujeto pasivo independientemente de la forma en que se haya suscitado su privación de libertad, y las condiciones en que se encuentre este, no podrá ser utilizado para realizar actos que vayan en contra de su dignidad, nos encontramos entonces frente a la protección y conservación de seres de nuestra misma naturaleza. Es de mencionar que al igual que en normas anteriores existe un Instrumento Internacional que resalta esta situación, dicho Instrumento es la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, que en el artículo 5 establece lo relativo al Derecho a la protección de la Integridad personal, de la siguiente manera: “1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 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 a la dignidad inherente a todo ser humano...” así mismo el artículo 6 del mismo Instrumento Internacional mencionado, describe lo concerniente a la prohibición de la esclavitud y servidumbre así: “1. Nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto estas como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas. 2. Nadie puede ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio. De este modo se observa, que la normativa penal se encuentra respaldada por la Internacional, entendiéndose que no se permite

bajo ninguna circunstancia él irrespeto o abuso ante nuestro ser.

En el literal seis del artículo en estudio, el legislador brinda una especial protección a los Funcionarios Públicos que señala el artículo 236 inciso 1° de la Constitución Salvadoreña, entre los cuales se encuentra el Presidente y Vicepresidente de la República, los Diputados, los designados a la presidencia, los Ministros y Viceministros de Estado, el Presidente y Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, etc. es evidente que los funcionarios que para el legislador merecen especial protección provienen del más alto rango del Estado, es decir, son los delegados o titulares que ocupan un lugar privilegiado en el Gobierno.

El último de los literales, establece lo referente a los funcionarios Internacionales, de manera que no solamente los funcionarios nacionales gozan de especial protección, sino los que visitan o fungen con algún mandato de carácter internacional acá en el país. De esta manera, el artículo 40 de la Convención de Viena sobre relaciones consulares prescribe: “El Estado receptor deberá tratar a los funcionarios consulares con la debida deferencia y adoptará todas las medidas adecuadas para evitar cualquier atentado contra su persona, su libertad o su dignidad”. En cuanto a la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas establece en el artículo 29 lo siguiente: “La persona del Agente diplomático es inviolable. No puede ser objeto de ninguna forma de

detención o arresto. El Estado receptor le tratará con el debido respeto y adoptará todas las medidas adecuadas para impedir cualquier atentado contra su persona, su libertad o su dignidad”. De todo lo antes dicho, se colige que la normativa penal es específica al establecer los tipos que se tendrán que cumplir para su calificación. Destacando personas a las cuales según el legislador merecen un cuidado determinado para salvaguardar la seguridad jurídica del ciudadano, ya que se considera que un funcionario extranjero, al entrar en territorio Salvadoreño, se vuelve objeto de protección, por su misma característica representada en el país, y por las relaciones existentes con otros países, con el objeto de asegurar la paz y armonía internacional.

De acuerdo a lo concerniente a la pena, establecida en este artículo, se considera que se debe tomar en cuenta los fines que se persigue el legislador al establecerla, dándole como primer punto vivencia a lo establecido en el art. 27 de la Constitución que manifiesta: “Solo podrá imponerse la pena de muerte en los casos previstos por las leyes militares durante el estado de guerra internacional. Se prohíbe la prisión por deudas, las penas perpetuas, las infamantes, las proscriptivas y toda clase de tormento. El Estado organizará los centros penitenciarios con objeto de corregir a los delincuentes, educarles y formarles hábitos de trabajo, procurando la su readaptación y la prevención de

los delitos". De este artículo, se parte que el fin de la pena de prisión, es la resocialización de la persona; esa noción calificada como prevención especial es la que se incluye en la pena, no significando un instrumento de venganza, ni de pura retribución, sino como un medio para posibilitar la readaptación, lo cual, cuando la pena es maximizada, vuelve remota esa posibilidad, por ello tienen aplicación las garantías penales mínimas del art. 2 Pn., "principio de dignidad" y "de necesidad", vinculados a la pena, y derivadas del art. 27 Cn., por el cual la dignidad se rige por la solidaridad de las penas, las cuales deben posibilitar realmente la reinserción de la persona a la sociedad. Con pena de prisión, lo que el legislador pretende es la privación del bien jurídico de libertad, regulado en nuestra Constitución de la República en su artículo 2, que en un sentido amplio, entendiéndose que al imponer una Pena Penal, se está restringiendo la libertad ambulatoria y como consecuencia, la restricción de algunos de sus Derechos Civiles y Políticos, por tanto, se debe exigir que debe existir proporcionalidad entre el delito cometido y la pena prevista para este, para lo cual, los fines de la pena son muy discutidos tanto desde el punto de vista filosófico y jurídico, pero, para el caso de este tema, la mayor relevancia la tiene el componente filosófico, ya que se trata de dar una sanción al comportamiento de una persona humana, pero esta, debe tener el fin de readaptarla a la

Sociedad, naciendo de esto, un conflicto, en el sentido de definir, si nuestra realidad jurídico social cumple con este cometido, algunos tratadistas tradicionales parten de la idea de creer en la libertad del hombre y que la Pena se impone porque quien libremente realiza un acto debe responder de sus consecuencias (Teoría Retributiva). Así, el fin primordial de la Pena es el de pagar el daño causado a la sociedad y a la víctima; sin embargo, en nuestra concepción la pena juega un fin preventivo, no se impone para castigar, sino para que el reo no vuelva a delinquir, sustrayéndolo del medio que le permite infraccionar la norma, y así, evitar que cometa nuevos delitos; dicha prevención, se ejerce a través de un proceso de educación, por medio del cual se le persuade de ello, (prevención general), lo que a la vez permite enviar un mensaje a todo el conglomerado social, acerca de las consecuencias que conlleva infringir una norma prohibitiva.

Así las cosas, la ley exige no tratar igual a los casos desiguales, por ello las penas son susceptibles de graduación, a fin de acomodarse al caso concreto que se juzga.

Por tanto, de la reflexión anterior, se parte, que el legislador no debe permitir que la pena sea totalmente excesiva y repugnante, sino que sea

proporcional al reproche que acredita el delito cometido, y que a su vez, debe basarse en la medida de su culpabilidad; se tiene como observación también, que el legislador debió haber establecido la pena de forma congruente con el desvalor de acto y del resultado que se produce de él. De lo antes dicho, existe una situación muy delicada, y es que la sanción que impone este artículo, se observa que es demasiado alta, y por tanto, difícilmente cumplirá con el fin que persigue esta, que es la de readaptar al delincuente a la sociedad, ya que lo que observamos es, que si se establece en un supuesto la pena máxima, esta comprendería la aplicación de sesenta años de prisión. Con lo que una persona difícilmente se readaptará, ya que supongamos que entra a cumplir esta pena a los veinticinco años de edad, esta la cumplirá hasta que tenga los ochenta y cinco años, es decir, que este sujeto, en su ancianidad recobrará su libertad, en ese sentido, no podrá ejercer ninguna actividad que le permita desarrollarse como ciudadano. De tal manera el legislador, debió percatarse de esta situación antes de imponer la pena.

Ahora bien, siguiendo con lo expuesto anteriormente, se deduce que ante este tipo penal, la sanción debe aplicarse de forma ecuánime, en el sentido de ir bajo los regímenes generales establecidos por la Constitución y por la Ley

Penal; Obsérvese la pena establecida para el delito de homicidio simple, esta oscila de acuerdo a lo regulado en el artículo 128 de la Ley Penal de diez a veinte años de prisión, a este respecto se observa claramente que el Legislador se encuentra ante una posición de línea un poco desproporcionada, ya que le esta otorgando una Pena más coercitiva al Delito de Secuestro que al de Homicidio, es decir, que ante el delito de terminar con la existencia física de una persona, se antepone el de la Libertad ambulatoria. Existiendo pues, una clara diferenciación, en el sentido de brindarle mayor protección a cierta clase social.

Siguiendo con la secuencia de los artículos concernientes al referido tema, se tiene lo relativo a las atenuantes, en esta clase de delitos. En tal lineamiento el mencionado Dr. Manuel Arrieta Gallegos, señala que las causas atenuantes se clasifican en: a) Atenuantes Generales o Determinadas. B) Atenuantes Genéricas C) Atenuantes Calificadas. D) Atenuantes Especiales o Especificas: este es el que se refiere a que algunos delitos en particular, el legislador los toma en cuenta al describir y fijar los elementos de algunos tipos delictivos, determinando disminuciones concretas en la pena por su concurrencia en el hecho. Para el caso de la clase de Atenuantes que se aplican en la Ley Penal Salvadoreña, esta dirigida bajo la dirección de las Especiales o Especificas, ya

que el legislador apunta individualmente cuales serán los motivos que amortiguaran la pena, describiéndolos estos de forma concreta.

En ese sentido, el artículo 151 consagra como **ATENTADOS CONTRA LA LIBERTAD INDIVIDUAL ATENUADOS** lo siguiente: **“Si se deja voluntariamente en libertad a la víctima antes de las setenta y dos horas, sin que se hubieran obtenido los fines específicos de la privación de la libertad, la pena de prisión a que se refiere los artículos anteriores se reducirá hasta en una tercera parte del máximo. Si la Liberación voluntaria procediere antes de las veinticuatro horas de la privación de la libertad, sin que se haya obtenido los fines específicos de esta, se reducirá la pena de prisión hasta la mitad del máximo”**

En este artículo claramente el legislador deja establecido las causas de atenuación de la pena, es decir que se reducirán los móviles en los dos casos señalados para tal efecto. Para ello la liberación que se produzca a favor del sujeto pasivo debe ser libre y espontánea, no existiendo ningún tipo de actos que empañen dicho proceder. En este tipo de situación tanto para la figura de privación de libertad, como para la del secuestro, el sujeto activo debe liberar a su detenido en los plazos mencionados, entendiéndose sobre manera que este ignora que no ha cumplido con las finalidades o las condiciones requeridas para

llevar a cabo tales delitos. En este artículo también se aplicará lo relativo a lo establecido por el artículo 46 del Código Civil, referente al cómputo del tiempo.

De todo lo establecido en el presente capítulo, se puede colegir que el principio de legalidad, es una figura con carácter autónomo, debido a la forma que este comporta en toda clase de actuaciones por parte de los Órganos Estatales; es importante la conservación de tal figura, debido a que este es base fundamental para los límites Gubernamentales, destacándose en una dimensión jurídica muy loable para la seguridad jurídica de la sociedad. El principio de legalidad marca de una manera muy trascendental y especial los procedimientos establecidos por la Ley Penal. En el caso de los bienes protegidos por el Estado, este principio se encuentra presente desde el momento de su consideración por parte de este, considerándolos importantes para la obtención de la paz y armonía social, de manera que estos no pueden existir en un ambiente de incertidumbre judicial, ya que se estaría ante el quebrantamiento de las aspiraciones Constitucionales y políticas. El principio de legalidad rige bajo un círculo de hegemonía jurídica, con el fin de controlar todas aquellas actuaciones vinculadas a cualquier ciudadano de la nación.

Otro artículo concerniente al título antes aludido, es el **152** que establece:  
**“El particular que detuviere a una persona sorprendida en flagrancia y no**

**diere cuenta con ella a la autoridad competente inmediatamente después de la captura, será sancionado con prisión de seis meses a un año”.** Este precepto contiene un tipo atenuado de detención ilegal, esta caracterizado por el acto que asume un particular en funciones propias que le corresponden a la autoridad pública, al encontrarse ante una infracción flagrante, en ese sentido el particular detiene al autor del acto delictivo, pero, incumple la obligación de constituirlo inmediatamente en poder de la autoridad competente, de esta manera el significado será diferente según las circunstancias en las que se haya realizado la privación de libertad. Para el caso él artículo 13, dentro de su contenido establece lo siguiente: “Cuando un delincuente sea sorprendido in fraganti, puede ser detenido por cualquier persona, para entregarlo inmediatamente a la autoridad competente”. En consecuencia, este artículo sanciona los excesos, en el sentido de sancionar el incumplimiento de las facultades que la Constitución concede a los particulares. Por ejemplo, cuando la norma Constitucional menciona la palabra “In fraganti” el legislador estima que este es el momento en el cual se comete el delito o bien, cuando se acaba de llevar a cabo el delito. De esta situación se desglosa lo que anteriormente se mencionaba, en lo relativo al valor que en su esencia contiene la Libertad ambulatoria, de esta forma se colige que nadie tiene derecho de tomarse la

justicia por su propia cuenta, ya que previamente se encuentra establecido que solamente se podrá detener a una persona en las formas previstas por la ley, y tal detención debe ser dictada por autoridad competente, debiendo a su vez, estar dictada tal orden, de forma escrita.

Otro artículo relacionado a este precepto es el artículo 288 del Código Procesal Penal, que literalmente expresa: “ La Policía aprehenderá a quien sorprenda en flagrante delito. En el mismo caso, cualquier persona estará autorizada a practicar la aprehensión y a impedir que el delito produzca consecuencias ulteriores e inmediatamente se entregará al aprehendido a la Policía Nacional Civil, para el inicio de la investigación correspondiente. Se considera que hay flagrancia cuando el autor del hecho punible es sorprendido en el momento de intentarlo o cometerlo, o inmediatamente después de haberlo consumado, o mientras es perseguido por la seguridad pública, por el ofendido, por una o más personas”. De este modo, queda establecido que la ley facilita a una persona el deber de aprehender a otra para evitar un daño jurídico; o bien, permite este tipo de aprehensión posterior al acto dañoso, esto con la finalidad de velar por la justicia social. No obstante, esa aprehensión está limitada por la norma penal mencionada, de tal forma que existen autoridades competentes para aplicar la justicia penal, y una particular no se encuentra facultado para

actuar autónomamente, esta obligado a someterse a lo regulado para tales situaciones.

Ahora bien, después de analizar lo relativo a las normas penales antes señaladas, es de mencionar, la importancia que se ha descrito a lo amplio del presente documento de estudio, en lo relativo al principio de legalidad; destacándose la importancia de este, desde el momento en que comienza la vida de una norma jurídica, es decir, desde el momento en que el legislador considera importante un bien jurídico para merecer protección por parte del Estado, de esta forma, se observa que el legislador, si bien es cierto crea la norma y hasta en cierto punto la aplicación de estas es absoluta, existe junto a esta situación ciertas variantes que desembocan en actos que dependiendo como se aplican recaerán en una legalidad o en una ilegalidad, y esta situación puede tener efectos no muy beneficiosos para una persona en particular, por lo que esta situación se considera digna de analizar, en consecuencia, en el capítulo que a continuación se expondrá se plasmarán los resultados de la investigación de campo con respecto a la Problemática planteada.

## **CAPITULO IV**

### **ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN DE CAMPO**

Los Capítulos anteriores básicamente trataron sobre aspectos doctrinarios y jurídicos, es decir que se refieren a información con un alto enfoque teórico practico referido al tema de investigación, el presente capitulo expone los resultados que arroja la investigación de campo, por lo que los datos que se presentan provienen aplicada a una muestra integrada por Jueces y administradores de justicia, dichos funcionarios son en los que se desarrolla la problemática planteada por ser estos los encargados de darle vida al proceso en el ámbito de la legislación Salvadoreña. Al abordar los aspectos mencionados como en todo trabajo de carácter investigativo, son precisas y determinantes las diferentes impresiones que se tienen respecto al tratamiento del tema en estudio por los expertos en la materia; es así que el propósito del presente trabajo desarrollado en este capitulo representa el análisis e interpretación de los datos recolectados según la investigación realizada.

La investigación de campo se basó en la Cedula de Encuesta, además trata una muestra selectiva de treinta personas, quienes fueron informantes claves, integrados por Jueces de Paz, de Instrucción, de Sentencia y Fiscales,

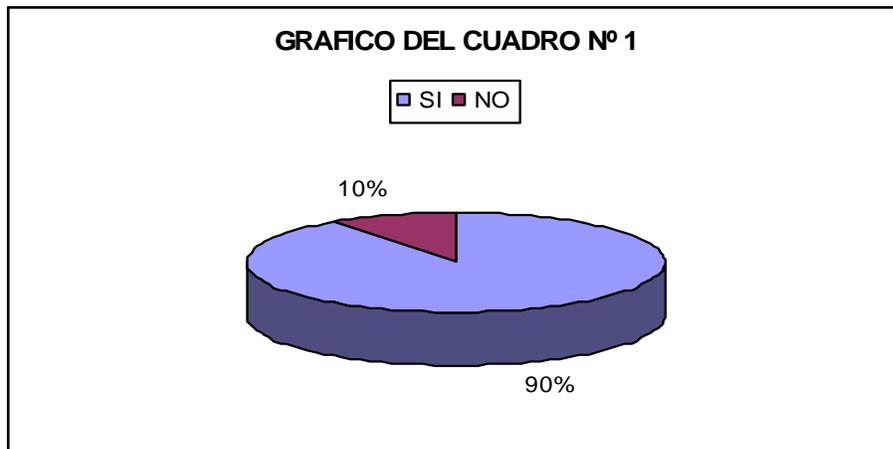
de la Unidad de Delitos Especiales de la Fiscalía General de la Republica. todos los datos fueron proporcionados por personas con jurisdicción en el área metropolitana del Departamento de San salvador

A continuación se analizaran los resultados obtenidos, según el orden correlativo en la Cedula de Entrevista, dirigida a cada profesional.

### CUADRO Nº 1

#### APLICACIÓN CORRECTA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LOS DELITOS RELATIVOS A LA LIBERTAD INDIVIDUAL

OPINION	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	27	90.0
NO	3	10.0
<b>TOTAL</b>	30	100.0



Como se puede apreciar en el cuadro y grafico numero uno al preguntar sobre la aplicación correcta del principio de legalidad una inmensa mayoría respondió afirmativamente. A Continuación se hace mención de algunas de las opiniones que se consideran más importantes emitidas por las personas entrevistadas, y es de hacer mención de que la mayoría tiene el mismo criterio en cuanto a las respuestas dadas lo cual se ve reflejados en los gráficos anteriores:

Entre las personas que respondieron afirmativamente lo cual es la mayoría (90%) de los entrevistados sostienen

- ✓ Existe una buena aplicación, ya que en los delitos de Atentados contra la libertad existen agravantes determinadas por la ley y lo que se hace es aplicarla a un caso concreto.

- ✓ El principio de legalidad protege y determina es que la conducta del supuesto delincuente este descrita en la norma penal
- ✓ La calificación de una conducta no altera el ordenamiento Jurídico siempre y cuando esta este determinada en la ley
- ✓ Existe un control por parte del Juez para corregir los errores que se dan en la calificación de las conductas.

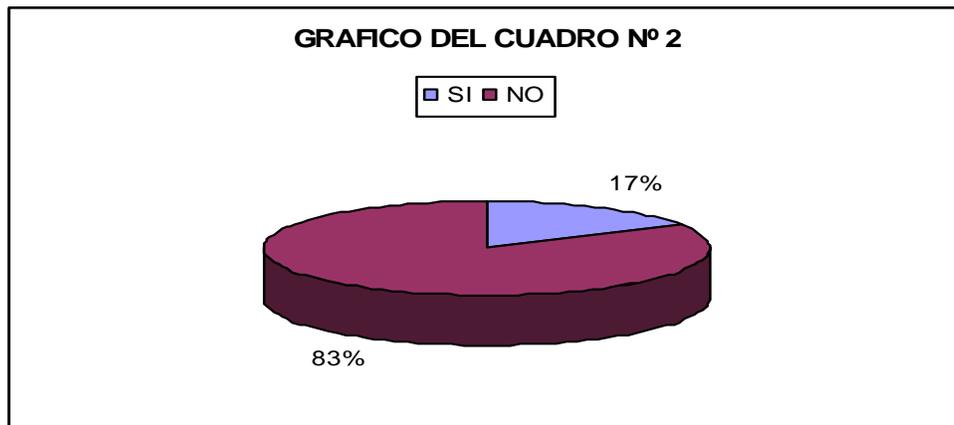
En un porcentaje menor el cual es él (10%) se expresaron en forma contraria y se da una discrepancia con las respuestas dadas por algunos funcionarios, ya que hay quienes sostienen de que si se vulnera el principio de legalidad, por las razones siguientes:

- ✓ Se establece una conducta que no contempla la legislación penal Salvadoreña. Como lo es el secuestro Agravado al referirse al delito de Atentados contra la libertad Agravados
- ✓ Existe un exceso a la hora de determinar la pena en los delitos de Atentados contra la libertad Agravados y atenuados y en la Conspiración y Proposición.

**CUADRO Nº 2**

**CONOCIMIENTO DE CASOS EN LOS QUE SE VULNERA EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD**

<b>OPINION</b>	<b>FRECUENCIA</b>	<b>PORCENTAJE</b>
SI	5	17.0
NO	25	83.0
<b>TOTAL</b>	<b>30</b>	<b>100.0</b>



En este apartado se hace mención a las respuestas proporcionadas por las personas entrevistadas en cuanto al conocimientos que ellos tienen de casos concretos donde se vulnera el principio de legalidad entre las personas que respondieron afirmativamente se encuentra un (17.0%) es de hacer mención de que ellos nunca se habían percatado del problema legal en que se cae en este tipo de delitos por lo que su respuesta fueron las siguientes:

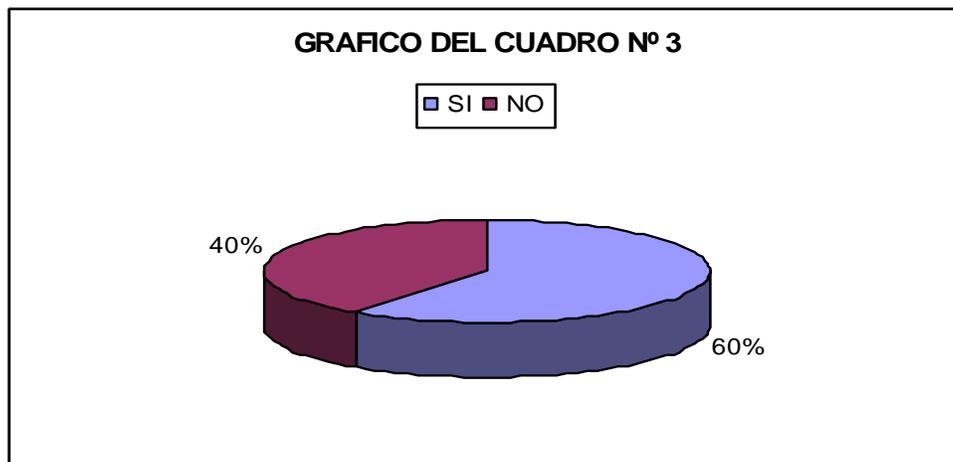
- ✓ Los casos en que ellos han tenido conocimiento es en la mayoría de los delitos donde se violenta al derecho de la libertad individual ambulatoria de las personas los cuales son dados a conocer por los diversos medios de comunicación
- ✓ Por la experiencia de haber tenido, en sus sedes judiciales delitos de este tipo.

Dentro de las que manifiestan que no han tenido conocimiento de este tipo de violaciones en cuanto a la adecuación de los delitos de Atentados contra la libertad Agravados y atenuados hay un (83.0%) por lo que la mayoría afirma que no existe ninguna vulneración en este tipo de hechos por que no se violenta el principio de legalidad.

### CUADRO N° 3

#### SE GENERA INSEGURIDAD JURÍDICA AL NO HABER LA ADECUACIÓN CORRECTA EN LOS DELITOS RELATIVOS A LA LIBERTAD INDIVIDUAL

OPINION	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	18	60.0
NO	12	40.0
<b>TOTAL</b>	<b>30</b>	<b>100.0</b>



En este aspecto el cuadro refleja el resultado de la pregunta número tres la cual iba encaminada a establecer si existe consecuencia jurídica al calificar este tipo

de conductas de una manera diferente a la que establece el legislador en la ley penal. Si bien es cierto la mayoría ha contestado de una manera negativa en la primera pregunta la cual viene a constituir la parte primordial de la investigación en esta se puede observar que de los encuestados el 60% asegura que si genera una inseguridad Jurídica, lo cual se complementan en las siguientes expresiones:

- ✓ Hay un exceso en la pena para los delitos de atentados contra la libertad individual agravados y atenuados, así como también para el de la proposición y conspiración; por no estar bien definida y hay criterios diferentes a la hora de establecerla.
- ✓ En el sentido de que se atribuyen conductas no reguladas en el Código Penal, lo cual aparte de violar principios Universales del derecho penal, viene a transgredir, garantías Constitucionales como la de seguridad Jurídica, la cual debe de ser garantizada por el Estado.
- ✓ Toda calificación inadecuada de un hecho punible genera inseguridad Jurídica

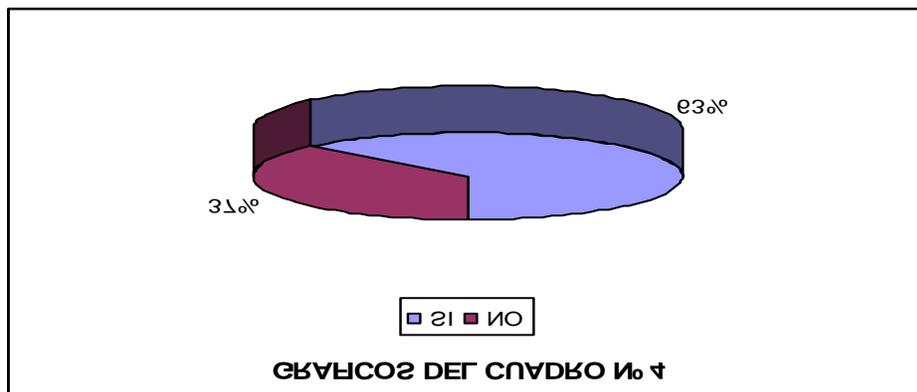
Para los que se manifiestan en forma negativa, es decir que no se causa ningún tipo de inseguridad jurídica. sostienen:

- ✓ El no violarse el principio de legalidad en la calificación de las conductas, no tiene ninguna consecuencia jurídica
- ✓ El no castigar este tipo de delitos de la manera que se hace en nuestro sistema legal, tendría un impacto enorme y se generaría inseguridad para toda la población

**CUADRO N° 4**

**TIENE SOLUCIÓN LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA**

OPINION	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SÍ	19	63.0
NO	11	37.0
<b>TOTAL</b>	<b>30</b>	<b>100.0</b>



Dentro de las sugerencias para solucionar la problemática planteada se encuentran las siguientes:

- ✓ Promover los procesos Constitucionales que la ley establece para subsanar este tipo de errores.
- ✓ Dar capacitaciones constantes a los jueces para que sepan que hacer en los momentos oportunos del proceso para corregir estos errores.
- ✓ Promover reformas penales a este tipo de delitos
- ✓ Dar capacitaciones referente a este tipo de delitos en especial
- ✓ Que los funcionarios respectivos realicen el cambio de calificación jurídica respectiva.

De las respuestas obtenidas en las encuestas realizadas a los referidos profesionales, podemos concluir que no existe una vulneración del principio de legalidad en cuanto a la adecuación de la conducta, sin embargo, en lo que respecta a la pena si se da la vulneración del Principio de legalidad pues no esta establecida en forma precisa e inequívoca específicamente en los delitos de atentados contra la libertad individual Agravados y Atenuados, De acuerdo a los datos arrojados por las encuestas que se pasaron y que se han desglosado en este apartado, es de hacer notar, que existen varios

jueces y operadores del sistema, que consideran que el principio de legalidad no es vulnerado con la adecuación de los delitos en estudio, pero muchos de ellos no profundizan en sus respuestas, y la mayoría fue casi por el mismo criterio, por lo que consideramos que ellos operan a base de un criterio subjetivo, ya que si bien es cierto que el delito se encuentra plasmado en la legislación de una manera diferente a la que en el ámbito judicial se adecua, dejándose orientar por una costumbre jurídica creada en torno a esos tipos de delitos, pero es de hacer mención que con ello, traspasan los límites otorgado por la ley, ya que si bien es cierto tanto los jueces como los fiscales cada uno en sus funciones, violentan las normas establecidas en un estado de derecho. También se puede encontrar una gama de contradicciones en las respuestas dadas por los encuestados, lo cual nos demuestra la falta de conocimiento o convicción en la problemática planteada, que establece que existen muchos vacíos en el sistema judicial y especialmente de conocimiento jurídico y dando la pauta al exceso de la independencia judicial de la cual gozan algunos funcionarios por lo que debería de ser tomado a consideración por las autoridades pertinentes para el proceso de selección y nombramientos de los funcionarios, ya que la actividad tanto de velar por los intereses de la sociedad y los de juzgar

pueden convertirse en un momento determinado, en instrumentos de violación del estado de derecho.

## **CAPITULO V EFECTOS JURÍDICOS DE LA VULNERABILIDAD DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.**

Al abordar los anteriores aspectos doctrinarios, llegamos a la incursión de los efectos jurídicos que las encuestas nos han reflejado, por lo que es necesario dejar que es lo que entendemos por efecto, el cual definimos como “el resultado de toda acción” y por termino jurídico” todo lo que atañe al derecho” lo que nos lleva a establecer que al hablar de efecto jurídico hacemos referencia a” todo aquello que resulta de las acciones, entendiéndose estas como una manifestación de la voluntad de los operadores del sistema Judicial” cabe mencionar que si bien es cierto, en el proyecto que se realizó para el presente trabajo de investigación, se establecieron los respectivos objetivos, y que a su vez, sirvieron de base investigativa, en el sentido de comprobar si se vulnera o no el principio de legalidad; Ante esta situación, es de mencionar, que según las muestras que se obtuvieron de los funcionarios (jueces) y operadores del sistema de justicia (fiscales), no reflejan que exista tal vulneración del principio de legalidad en cuanto a la adecuación de la conducta de los delitos relativos a la libertad individual, no obstante, se pueden rescatar otras problemáticas que se derivan del estudio investigativo, uno de ellos es en el aspecto de la tipificación de las conductas, ya que por ejemplo en el caso de la

figura de la proposición y la conspiración. hay problemas que trascienden los límites permitidos y parámetros determinados por la doctrina para lo que es la adecuación de la pena hacia los imputados que son condenados por esta clase de hechos.

Así mismo haremos referencia en cuanto a la imposición de la pena debido de que ahí también hay una problemática que los administradores de justicia reconocen, ya que se hace bien difícil al momento de determinar la pena consecuencia de la inobservancia a principios que deben de tomarse en cuenta a la hora de condenar a una persona.

Por lo que haremos referencia a los efectos desde el punto de vista doctrinario, acompañados de los datos arrojados por el trabajo de campo antes mencionado. Identificados como los que surgen debido a la vulnerabilidad del principio de legalidad en la tipificación de los delitos relativos a la libertad individual específicamente en el delito de proposición y conspiración y los atentados contra la libertad Individual Agravados y Atenuados, Por lo que se establece que son los siguientes:

- a) la Violación a Garantías Constitucionales y a Tratados internacionales
- b) La pena en los delitos de atentados contra la libertad individual agravados y atenuados como consecuencia de la agravación de dichas conductas

En este orden de ideas se hace referencias a cada una de ellas de manera clara y concreta para no crear ningún tipo de confusiones al lector.

## **LA SEGURIDAD JURÍDICA COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL**

La Constitución de la República de nuestro país ocupa la cima del ordenamiento jurídico, por lo que a ella se encuentran subordinadas las demás leyes de la República, esta superioridad tiene dentro de sus efectos, el de otorgarle valor y refuerzo a legalidad de los actos realizados tanto por los funcionarios públicos y por los ciudadanos, por lo que un acto que se encamine a violar las leyes, se considera sin valor. Es por ello, que se consagran una serie de garantías constitucionales, para no traspasar los límites de las conductas permitidas en nuestro ordenamiento Jurídico, convirtiéndose así en reguladoras de las normas inmediatamente subordinadas a ellas, en ese sentido, el artículo 2 de la Constitución de la República, establece lo siguiente: “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 protegida 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. Se establece la indemnización, conforme a la ley, por daños de carácter moral”.

A la lectura de la anterior norma, se colige que esta no solamente constituye un medio para tutelar su cumplimiento, sino una forma de conseguir la regulación del ejercicio de las funciones Estatales. Es por ello, que la seguridad jurídica, es de suma importancia ya que, es una garantía que se le otorga a cada ciudadano, en el sentido de brindarle protección tanto a su persona, a sus bienes y a sus derechos regulados en dicha normativa, por tanto, bajo esa protección, nadie puede ser objeto de ataques violentos.

La seguridad Jurídica, llamada así por derivar del derecho y que se encuentra establecida en la Constitución es de suma importancia por lo que debemos establecer el concepto de esta, y según el diccionario jurídico de Manuel Osorio Seguridad Jurídica "es la condición esencial para la vida y el desenvolvimiento de las naciones y de los individuos que las integran, representando la garantía de la aplicación objetiva de la ley" así también, se tiene que para el maestro Jorge Millas la seguridad jurídica es "La situación peculiar del individuo como sujeto activo y pasivo de relaciones sociales que se hallan previstas por un estatuto objetivo conocido y generalmente observado"<sup>31</sup>

---

<sup>31</sup> Filosofía del derecho, Millas Jorge, Ed. Universitaria, S. A, 1961

siendo así, que el Estado y cada individuo, debe conocer lo previsto como prohibido. El Manual de Derecho Constitucional de Francisco Bertrand Galindo la define como “Un derecho Fundamental que tiene toda persona frente al estado y un deber primordial que tiene el mismo Estado hacia el gobernado”<sup>32</sup>

De lo anterior, se estima que la Constitución concibe la Seguridad Jurídica desde tres puntos de vista diferentes así:

A) **Seguridad del Estado** regulada en el artículo 212 de la Constitución de la Republica,

B) **Seguridad material**, establecida en la exposición de motivos de la Constitución de 1983 la cual la define como “El derecho que tiene una persona a que se le garantice estar libre o exenta de todo peligro, daño o riesgo, que ilegítimamente amenace sus derechos”

C) **Seguridad Jurídica** es la certeza del imperio de la ley, en el sentido de que el Estado protegerá los derechos de las personas tal y como la Ley los declara.

De lo anterior, se parte que la figura de la seguridad jurídica que es una obligación del Estado, de cumplir con los requisitos establecidos las cuales son exigidas por el propio ordenamiento jurídico Constitucional y Penal, para que la

---

<sup>32</sup> Manual de Derecho Constitucional Tomo II, Bertrán Galindo Francisco y otros

que la afectación de la esfera de protección jurídica de cada persona sea válida. Es por ello que debemos de entender que la seguridad Jurídica se encuentra inmersa en los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Entre ellos, se mencionan los derechos Individuales, colectivos, el de libertad y de Igualdad, de Autonomía y de participación, las libertades democráticas, las garantías del debido proceso, es por ello que el artículo 1 de la Constitución establece la Seguridad Jurídica como un fin del Estado de El Salvador el cual se establece así Artículo “El Salvador reconoce a la persona como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad Jurídica y del bien Común, en consecuencia, es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la República, el goce de la libertad, la salud, la cultura, el Bienestar económico y la justicia social” y el artículo 2 de la misma carta magna el cual se ha mencionado anteriormente, está bajo el título de derechos y garantías Fundamentales de la persona y en la sección de Derechos Individuales. Por lo que constituye un derecho fundamental de las personas frente al estado, es por ello que la seguridad de toda persona es una necesidad esencial para los individuos ya que con ello se garantiza la protección y él goza de los derechos que como tal posee; Para ello las personas son el destino del ordenamiento jurídico, existiendo una

obligación por parte de este en saber lo que le esta mandando permitiendo o prohibiendo. Como podemos observar la seguridad jurídica esta enmarcada en dos dimensiones.

A) como fin del Estado Salvadoreño

B) Como Derecho y Garantía fundamental de la persona.

Desde la perspectiva de fin del estado podemos decir que del cumplimiento de “la seguridad Jurídica como tal depende la existencia de la misma, convirtiéndose en un factor para asegurar la convivencia social; pero en un marco de legalidad”<sup>33</sup> : Por lo que se debe entender que este a través de las instituciones que forman El estado y le dan existencia al mismo, el cual está en la obligación de asegurar y de responder a las necesidades de los habitantes es por ello que en un Estado de Derecho es necesario que las personas crean en la ley y que éstas perciban que las mismas son buenas y traen beneficios para todos por lo que se hace necesario de que la población perciba de parte del estado de que las normas jurídicas son las correctas reglas del juego social y que su quebramiento llevan al desorden social es por ello que el cumplimiento efectivo de la ley por los particulares es necesario para garantizarles una seguridad jurídica no solo a los que cumplen la ley sino para también a los que

---

<sup>33</sup> Solano Ramírez Mario Antonio, Reforma Constitucional, Corte Suprema de Justicia, 2000, pag. 57

la infringen lo cual se Refleja en El principio de legalidad regulado en los artículos 1 del Código Penal el cual cita “ Nadie podrá ser sancionado por una acción u omisión que la ley penal no haya descrito en forma previa precisa e inequívoca como delito o falta, ni podrá ser sometido a penas o medidas de seguridad que la ley no haya establecido con anterioridad. No podrá configurarse delito o falta, ni imponerse pena o medida de seguridad, por aplicación analógica de la ley Penal, y el artículo 2 del Código Procesal Penal nos dicta “Toda persona a la que se le impute un delito o falta será procesado conforme a las leyes preexistentes al hecho delictivo de que se trate y ante un tribunal competente instituido con anterioridad por la ley. Este principio regirá también en la ejecución de la pena y en la aplicación de medidas de seguridad”

En el segundo aspecto es necesario que se establezca lo que es un Derecho y una Garantía ya que existe una tendencia generalizada a emplear estos dos términos en el mismo sentido, el término garantía fue una creación de los franceses ya que se estableció por primera vez en las declaraciones francesas de derechos es así que la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 establecía en el artículo 16 “ Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esta asegurada, no tiene constitución” consagrándose los derechos fundamentales de las personas en disposiciones

fundamentales las cuales están garantizadas por la constitución, muchos constitucionalistas sostienen que la mayoría de los autores de las constituciones inscriben en los textos fundamental “las Garantías de los Derechos” convirtiéndose en una obligación por parte del legislador ordinario en No vulnerar los principios Constitucionales, es por ello que existe una influencia muy marcada en las mayorías de constituciones que conservan la imagen tradicional de las garantías constitucionales como equivalentes de los derechos fundaméntales.

Nuestra Constitución no es la excepción ya que él Título II consagra los derechos y Garantías fundamentales de las personas existen dos conceptos muy importantes que han tenido gran influencia en el ámbito constitucional y el cual da la pauta para hacer la diferencia entre Derechos y Garantías Constitucionales y se debe al estudio que Kelsen desarrollo sobre la Garantía Jurisdiccional de la Constitución a partir de ahí se entiende como Garantía Constitucional “al conjunto de remedios procesales que tutelan y aseguran la vigencia de los derechos fundamentales dentro de un ordenamiento Jurídico” el concepto tradicional que se maneja es el que identificaba a dichas garantías con lo derechos de las personas humanas consagrados constitucionalmente es así que podemos asegurar que Derecho y Garantía Constitucional no hace

referencia a lo mismo, ya que el primer terminó se refiere al reconocimiento que el Estado hace de una gama de facultades que la persona tiene y el sujeto de obligación es indeterminado en cambio en la garantía el único sujeto obligado al cumplimiento es el Estado

El goce de la garantía de la seguridad Jurídica es parte de un estado de derecho entendiéndose este en que gobierna las leyes y no el hombre y el cual determina las facultades y los deberes de los poderes del estado; lo cual implica el respeto del orden Jerárquico de las Normas de Derecho, en virtud del cual un precepto Jurídico o una actitud de un funcionario en particular no puede vulnerar o desconocer el contenido constitucional y el que se refleja en él principio de Supremacía Constitucional. En la exposición de motivos del Código Procesal Penal el legislador hace una breve definición entendiéndose como un modo de comprender y ejercer la convivencia ciudadana, y respetar la dignidad de las personas por lo que es necesario hacer mención de las características que posee un Estado de Derecho:

- A) **El Imperio de la ley:** Lo cual se constituye lo fundamental del estado de derecho y su significado que gobiernan las leyes y no los hombres por lo que es un sinónimo de que las leyes gobiernan en él, ya que esta

proviene de un acto legislativo emitido en la forma constitucional lo que la coloca por encima de otra actividad del estado.

B) **La legalidad de la Administración** lo que implica el sometimiento de la administración en toda sus ámbitos, a la ley lo cual se constituye en el propósito primordial del principio de legalidad como sostén fundamental e insustituible del estado de derecho, lo cual garantiza de que los actos del estado, estén sometidos a las leyes preexistentes.

C) **La división de poderes** lo cual viene a garantizar la concentración de poder en manos del ejecutivo a fin de lograr el respeto de los derechos y libertades de los ciudadanos.

D) **El reconocimiento de Derechos y Libertades Fundamentales** lo cual constituye un elemento esencial del sistema de legitimidad en que se apoya el estado de derecho, como consecuencia del reconocimiento Jurídico Constitucional de estas.

E) **La Supremacía Constitucional** la cual consiste principalmente en la formulación de leyes secundarias limitadas por los principios constitucionales los cuales están concretados en los preceptos de nuestra constitución específicamente en el artículo 246 de la Cn que el legislador constitucional redactó así “ Los principios, derechos y obligaciones, establecidos por esta

constitución no pueden ser alterados por las leyes que regulen su ejercicio. La Constitución prevalecerá sobre todas las leyes y reglamentos. El interés público tiene primacía sobre el interés privado”. La cual concreta de forma categórica la subordinación de la ley y otras normas a la constitución, en el artículo mencionado se establecen los principios, derechos y obligaciones los cuales no pueden ser alterados por las leyes que regulan su ejercicio. Ya se ha establecido las características de lo que es un estado de derecho respetándose la legalidad y apegándose al fiel cumplimiento de lo que la ley dicta, es por ello que en un proceso penal donde se vulnera garantías constitucionales y principios los cuales están consagrado en la carta Magna para las personas que en un momento tienen en contra todo el sistema penal y es violentado por aquellas personas que tienen la potestad de velar por los interés de la sociedad y los funcionarios de aplicar las leyes penales es una grave violación a la Constitución y al estado de derecho de nuestro país.

Por eso se puede determinar que las exigencias básicas de la seguridad jurídica pueden englobarse en: **a) Corrección Funcional** lo cual implica la garantía de cumplimiento del Derecho por todos sus destinatarios y regulación de actuación de los Órganos encargados de su aplicación; es decir, la vinculación de todas las personas publicas y privadas a la ley, que emana de la

soberanía popular a través de sus representantes, y que se dirige a los derechos fundamentales. Y b) **Corrección estructural**, en cuanto garantía de disposición y formulación de regular las normas e Instituciones integradoras de un sistema jurídico.

La seguridad jurídica, por tanto representa una figura sumamente imprescindible en el derecho penal, ya que es aquí donde se tutelan los bienes, que la Constitución aspira proteger, existiendo esta figura con lo cual se desarrolla el carácter garantista de nuestra legislación.

Con respecto a los tratados internacionales sabemos que se convierte en ley de la republica cuando estos son ratificados por los funcionarios respectivos, Nuestra Constitución en él artículo 144 establece “Los tratados Internacionales celebrados por el Salvador con otros estados o con organismos Internacionales, constituyen leyes de la Republica al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta constitución. La ley No podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para el Salvador. En caso de conflicto prevalecerá el tratado”. Los tratados tienen rango de ley desde el momento en que entran en vigencia así como lo establece el principio constitucional de que los tratados Internacionales, una vez entren en vigencia conforme a sus disposiciones y la Constitución, son leyes de la republica” es así

como se le reconoce la superioridad de las leyes secundarias sean estas anteriores o superiores lo cual se plasma con mayor fuerza jurídica en el artículo anterior.

La seguridad Jurídica de la que sé a echo mención se ha plasmado en la diferente legislación Internacional de mayor importancia por el hecho de tratar aspectos fundamentales para un procesado como lo es Seguridad Jurídica regulada en la Declaración Universal de Derechos Humanos en el artículo 3 el cual menciona lo siguiente "Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona", en las otras legislaciones Internacionales se miran como derechos de las personas y también contemplan lo que es el principio de legalidad, sobre el cual gira el presente trabajo, por lo que al no respetar lo establecido en dichos cuerpos legales, se incumple por parte del estado lo establecido en el, ya que cada estado miembro esta en la obligación de asegurar y de respetar lo ahí estipulado así Como también consagra algunos artículos que lo hace de manera mas especifica para los estados que lo ratifican y El Salvador esta entre ellos.

## **LA ADECUACIÓN DE LA PENA EN LOS DELITOS DE ATENTADOS CONTRA LA LIBERTAD INDIVIDUAL AGRAVADOS Y ATENUADOS COMO CONSECUENCIA DE LA AGRAVACIÓN DE DICHAS CONDUCTAS.**

Como se ha establecido el derecho penal Moderno es de lineamiento Garantista y el nuestro tiene mucha influencia debido a que otorga protección a los ciudadanos en general y muestra de ello es el principio de legalidad que se ha venido estudiando a lo largo de este trabajo, y ese carácter garantizador se ve reflejado al momento de la adecuación de las penas, donde la garantía penal a la que ya se ha hecho referencia entra en la esfera de la vida jurídica debido a que esta hace alusión a la pena que corresponde a cada hecho que se comete, es por ello que se hace necesario establecer el concepto de pena para proporcionarle al lector una mejor comprensión a lo anteriormente referido, es por ello, que se entiende por pena lo siguiente “ la privación de un bien, previamente establecido en la ley impuesta en virtud de un proceso al responsable de una infracción penal”<sup>34</sup> |

Es de suma importancia hacer mención sobre la determinación de la pena para los delitos de la proposición y conspiración, ya que estos delitos según nuestro criterio crean una desproporción ilimitada para todo razonamiento jurídico,

---

<sup>34</sup> Diccionario Jurídico Espasa, editorial espasa, calpe S. A, España, 1999

debido a que estos no son actos preparatorios para la realización del delito, y además dicha figura es considerada como un anterior a la tentativa entendiéndose doctrinariamente como “ la acción del sujeto va dirigida a la realización de un tipo penal que no puede conducir, por razones fácticas o jurídicas a la consumación del hecho”<sup>35</sup> , el código penal en el artículo 24 la define así “Hay delito imperfecto o tentado, cuando el agente con el fin de perpetrar un delito, da comienzo o practica todos los actos tendientes a su ejecución por actos directos o apropiados para lograr su consumación y esta no se produce por causas extrañas al agente” podemos establecer que los elementos hay gran diferencia en los elementos de estas dos figuras penales de debido a que en la proposición y conspiración todavía no se han realizado actos de ejecución del delito y en la tentativa como sabemos esta penada con un porcentaje determinado de la pena que se establece como si el delito hubiese sido consumado así como lo consagra el artículo 68 del Código penal para lo cual haremos referencia y este establece “ La pena en los casos de la tentativa se fijara entre la mitad del mínimo y la mitad del máximo de la pena señalada al delito consumado”,

---

<sup>35</sup> Diccionario Juridico Espasa,

Para algunos jueces de Sentencia del área metropolitana la Proposición y Conspiración permiten una confusión y no existe un criterio determinado para la imposición de la pena para este tipo de hechos antijurídicos, debido a que la adecuación de la pena debe de ir encaminada según el daño que se causa, en este sentido se tiene como principio rector y organizador el de lesividad del bien Jurídico, el de Culpabilidad los cuales son esenciales para la imposición de la pena, el artículo 27 de la Constitución de la Republica, establece los fines tanto generales como específicos, los cuales no están orientadas al castigo como venganza, sino como objetivos de corrección y educación que puede permitir formar hábitos de trabajo para lograr la readaptación del penado y la reinserción del mismo a la sociedad, dicho en otras palabras, La pena busca objetivos que incidan en la persona del penado logrando su readaptación a la sociedad y a su familia y sobre todo enviar un mensaje de prevención de otros delitos. De esta manera la pena debe graduarse de manera proporcional, lo cual nuestro legislador en este tipo de hecho se ha olvidado las ideas antes mencionadas, con lo que desnaturaliza los fines de la pena; causándole un gran daño a las personas procesadas, poniéndolos en un estado de inseguridad jurídica así como a todos los ciudadanos a quienes se les atribuye este tipo de delitos, olvidándose por completo el fin del estado de derecho imperante en

nuestra Republica cuyo fin de toda su actividad es la persona humana, desde nuestro punto de vista y de lo plasmado por el legislador la pena se desnaturaliza en este tipo de delitos, ya que tiene como fin la prevención de delito actuando como procedimiento general para resolver el problema económico social creados con esta clase de delitos afectando a una parte de la sociedad salvadoreña.

Otra situación a tomar en cuenta es los parámetros que sigue el juez al momento de la imposición de la pena es que existe una gran influencia de la dogmática jurídica entendiéndose esta como el estudio de las normas en un momento dinámico como la voluntad de actuar; es por ello que esta exige una sistematización, interpretación y aplicación correcta de un sistema normativo, en nuestro código penal la dogmática a tenido gran influencia en el sentido de que el artículo 63 del código penal establece los criterios a seguir por el juez y el cual se plasma en el cuerpo legal antes mencionado de la siguiente manera “ La pena no podrá exceder el desvalor que corresponda al hecho realizado por el autor y será proporcional a su culpabilidad. Para la determinación de la pena en cada caso se tendrá especialmente en cuenta: 1) La extensión del daño y del peligro efectivo provocado, 2) la calidad de los motivos que impulsaron al hecho 3) la mayor o menor comprensión del carácter ilícito del hecho 4) las

circunstancias que rodearon el hecho y en especial las económicas, sociales y culturales del autor 5) las circunstancias atenuantes o agravantes cuando la ley no las considere como elementos del delito o como circunstancias especiales. Estos son los criterios que el juez deberá de tomar en cuenta a fin de efectuar la correcta aplicación de la ley especialmente al momento de determinar la pena con la cual se estará privando de la libertad ambulatoria a una persona.

Pero la aplicación de la legislación en lo referente a la adecuación de la pena en los delitos antes mencionados ocasiona una lesión irreparable al mismo ordenamiento jurídico, en el sentido de que esta responde a intereses de clases y no a los intereses colectivos de la sociedad. Algo sumamente importante de tomar en cuenta, es que el juez puede actuar dentro de unos límites relativamente amplios donde afectan un derecho importante como lo es la libertad de las personas en su expresión máxima ya que la pena principal de un delito se deriva otras consecuencias jurídicas que vienen a delimitar esa libertad restringida.

La adecuación de la pena se hace efectiva mediante la individualización en el campo legislativo y judicial, los cuales encuentran su regla en el artículo 62 inciso segundo del Código Penal que establece “El juez fijará la medida de la pena que debe imponerse sin pasar de los límites mínimos y máximos

establecidos por la ley para cada delito y al dictar sentencia razonara los motivos que justifica las medidas de la sanción impuesta so pena de incurrir en responsabilidad” este inciso esta basado en el principio de legalidad, el cual consideramos que se ve grandemente afectado, pero somos del criterio de que en este aspecto el mayor responsable es el legislador, ya que son ellos los encargados de la creación de las conductas delictivas y de la sanción a imponer entre un mínimo y un máximo, el articulo 63 del código Penal expresa “ la Pena no podrá exceder el desvalor que corresponda al hecho realizado por el autor y será proporcional a su culpabilidad. Para la determinación de la pena, en cada caso se tendrá especialmente en cuenta:

- 1) la extensión del daño causado y del peligro efectivo provocado
- 2) La calidad de los motivos que impulsaron el hecho
- 3) La mayor o menor compresión del carácter ilícito del hecho
- 4) Las circunstancias que rodearon el hecho y en especial las económicas, sociales y culturales del autor
- 5) Las circunstancias agravantes y atenuantes, cuando la ley no las considere como elementos del delito o como circunstancia especiales.

Estableciéndose dos criterios muy importantes para el juez, los cuales son los que hasta cierto punto trae consecuencias irreparables y desnaturaliza el fin de la pena. Los cuales son

- a) Criterio Objetivo o de Proporción habilitado Basado en la mayor o menor gravedad del hecho. Y a la culpabilidad del autor
- b) Criterio Subjetivo o de Individualización cuando se adecua la pena a la personalidad del delincuente

A estos dos criterios es de hacerle una observación en el sentido que por el Tipo de delito se ha creado un pre juicio, para los imputados de los mismos, por los bienes que se afectan y hemos mencionado anteriormente, además contribuye a ello al tratamiento especial que el ministerio publico les da al igual que algunas instituciones empresariales del país. Por lo que consideramos que es el segundo criterio el que más se aplica en nuestro medio. Por la complejidad del hecho y otros aspectos anteriormente mencionados en el presente trabajo, el cual convierte a este elemento en básico al momento de determinar la pena. Por lo que estos dos elementos se convierten en una facultad discrecional que el legislador le da el juez pero que en definitiva lo observamos como una facultad inquisidora por el reproche social que se a creado en torno a esto delitos, por lo que se convierten estos dos criterios en

generales y los otros son mas particulares para los mismos. Como conclusión de los análisis antes hechos podemos asegurar que la función de la pena en estos delitos se desnaturaliza y que los principios de utilidad y proporción habilidad de la pena consagrados en el artículo 5 del Código Penal no son aplicados de manera armoniosa con el principio de legalidad, ya que si bien es cierto las penas para cada delito están establecidas en nuestra normativa penal pero estas al momento de ser impuestas trasgreden los parámetros que señalan los principios antes mencionados.

**CAPITULO VI**  
**6. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**  
**6.1 CONCLUSIONES**

Para la finalización del presente trabajo de graduación que se ha elaborado, es necesario establecer ciertas conclusiones que de este se derivan, las cuales surgen tanto del trabajo de investigación doctrinario como del trabajo de campo, que fue encaminado a los objetivos planteados inicialmente en el proyecto de este trabajo, La investigación de campo fue realizada específicamente con Jueces de paz, Jueces de Instrucción y Jueces de Sentencia de San Salvador, así como también con representantes del Ministerio Público (fiscales.

A través de lo relativo a las exposiciones que se establecieron para la presente investigación, y que fueron fundadas en aspectos doctrinarios, propios de autores expertos en materia penal y por aspectos jurídicos provenientes de diversas posiciones de autores Salvadoreños, así como de los ya mencionados administradores de justicia, se determinan las siguientes conclusiones:

- ☞ El Principio de Legalidad, desde su nacimiento se destaca como una figura plenamente garantista hacia las arbitrariedades y abusos Estatales; su perfeccionamiento se ha adquirido a través de diferentes

épocas, que en su transición, han sido verdaderas impulsadoras para el establecimiento de tal principio en los diversos ordenamientos jurídicos, ello, en vista de la necesidad de convivir armoniosamente Estado y Sociedad, significando entonces, que este principio es un regulador total en cuanto a límites Estatales se refiere, ya que mantiene una hegemonía sobre las actividades que este realiza, conllevando su alcance hasta la regulación jurídica que data desde su creación, adopción, y posterior regulación, hasta llegar a resguardar los derechos inherentes otorgados al ciudadano. Aun, frente a cualquier infracción penal que se suscite en contra de la sociedad misma.

☞ De las figuras analizadas, el delito de secuestro es el que más se desarrolla en nuestro país, siendo entonces, según estudios realizados, una problemática social que ha tenido auge por la falta de acceso de algún sector de la población para satisfacer necesidades mínimas de subsistencia, el cual buscan alternativas fáciles para la obtención de estas carencias pecuniarias, y significando a su vez un cierto resentimiento social hacia otras personas, por lo cual, viéndose afectados ante esta situación, es que gira su delito en referencia hacia un grupo mínimo de la sociedad, que a su vez, mantienen capacidades

económicas superiores en comparación del resto de la sociedad; por lo que los legisladores le dan mayor valor jurídico al derecho de Libertad, que a otros bienes jurídicos de igual o mayor valor, según la escala de valores de los bienes tutelados por el Estado.

- ☞ Al no adecuarse debidamente la calificación Jurídica de los delitos relativos a la libertad Individual, esto significa atentar en contra de preceptos constitucionales y contra la Ley Secundaria, en estos se incluyen la Ley Penal y los Tratados Internacionales, causando de esta manera, un ambiente de Inseguridad jurídica para la población y por ende un desequilibrio en el sistema Judicial
- ☞ Con las encuestas realizadas a los Jueces y a los Miembros del Ministerio Público (Fiscales), se ha logrado comprobar que existe en algunos casos, deficiencia en la calificación de los hechos penales, debido en que en la mayoría de ocasiones, estos se auxilian de los resolutores o empleados judiciales, que muchas veces carecen de experiencia o conocimiento respecto de las figuras penales, causando así un agravio al ciudadano, que confía su seguridad en manos de las autoridades judiciales, ante estas circunstancias, estos quebrantan los

parámetros establecidos por la Constitución, la Ley Penal y la legislación Internacional vigente en nuestro país.

- ☞ En cuanto a los delitos establecidos en la ley penal, de privación de libertad y de secuestro, estos representan una particular importancia, en el sentido que el legislador, ha sido específico en el tratamiento de estas conductas, no obstante, la figura de la Proposición y Conspiración regulada en el artículo 149- A, así como en los Atentados contra la Libertad Agravados y Atenuados representan un problema muy relevante debido a la forma en que han sido tipificados,
- ☞ Que en el caso de los atentados contra la libertad individual atenuados, la manera como determinar la pena no ha sido precisa y clara la cual vulnera el principio de legalidad con relación a la pena
- ☞ En cuanto a la penalidad del secuestro, Atentados contra la Libertad Agravados y atenuados, así como en la proposición y conspiración no se han tomado en cuenta los parámetros señalados por una de las funciones de la teoría material del bien Jurídico, que es el criterio de medición de la pena, que comprende dos aspectos: A) la jerarquía del bien jurídico y B) La gravedad de la lesión o puesta en peligro del bien

jurídico, los cuales permiten establecer una pena proporcional adecuada..

- ☞ Que en el caso de los atentados contra la libertad individual atenuados, la manera como se ha establecido la pena no es precisa y clara, pues los jueces al momento de determinar la pena cada uno tiene su propio criterio y esto vulnera el principio de legalidad

## **6.2 RECOMENDACIONES**

Al culminar el presente trabajo investigativo, es necesario destacar algunos aspectos relevantes, que se derivan de las encuestas realizadas a los funcionarios Judiciales y Fiscales, que influirían en el mejor desempeño de las labores que estos realizan; si bien es cierto, algunos de los Jueces entrevistados asumen en cierta manera la existencia de la vulneración del principio de legalidad, es de señalar que estos podrían mejorar sus funciones, a través de refuerzos gubernamentales que les permita llegar a realizar una mejor labor judicial y por tanto, se desembocaría en una mejor actuación judicial, en tal sentido las recomendaciones que se elaboran para el presente estudio son las siguientes:

Mayor capacitación Judicial para los funcionarios Judiciales y operadores del sistema de justicia, específicamente a los fiscales, ya que, de esta forma fortalecerían los conocimientos requeridos y podrían a su vez, obtener una adecuada calificación de los hechos punibles. Ya que ellos son los que inician los procesos penales en contra de los ciudadanos.

- ☞ Que se establezcan por parte de los legisladores de una manera clara y Precisa, las conductas que son consideradas como delitos, así también el establecimiento de las penas, debe de encontrarse estudiarse y regularse de acuerdo a la proporcionalidad de la pena
- ☞ Que los jueces unifiquen criterios en cuanto a la calificación de las conductas consideradas como delitos, específicamente en los delitos contra la libertad individual agravados y atenuados, así como a la forma de establecimiento de las penas de estos.
- ☞ Que se realicen los estudios jurídicos necesarios a la ley penal específicamente al titulo III capitulo I que contempla los delitos Relativos a la Libertad Individual, a manera de determinar si no causan ningún agravio al momento de su aplicación; y posteriormente, de resultar necesario, realizar las respectivas reformas a dicha ley Penal, en el

sentido que las conductas se establezcan de una forma definida en cuanto a los tipos penales, para cada una de ellas.

- ☞ Que los legisladores al momento de crear las leyes respondan a los intereses de la población en general y no a ciertas clases ecónomicamente dominantes.

## BIBLIOGRAFÍA

ARRIETA GALLEGOS, MANUEL

**“Lecciones del Derecho Penal”**, Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, El Salvador. 1975

BECCARIA, CESARE

**“De los Delitos y de las Penas”**.

BERTRAND GALINDO, FRANCISCO Y OTROS

**“Manual de Derecho Constitucional”, tomo I y II**, Centro de Información Jurídica, Ministerio de Justicia, Talleres Gráficos UCA, 4ta. Edición, 2000

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN MANUEL

**“Manual de Derecho Penal”**, Parte General, Editorial Ariel, Barcelona, España. 1988

CASADO PEREZ, JOSE MARIA Y Otros

**“Código Procesal Penal Salvadoreño Comentado”**, Imprenta Nacional, 2004

COBO DEL ROSAL, MANUEL Y BOIX REIG, JAVIER

**“Garantías Constitucionales del Derecho Sancionador”**. 1990

CUELLO CONTRERAS, JOAQUIN

**“Presupuestos para una teoría del bien jurídico protegido en derecho penal”** Ministerio de justicia, Madrid, España. 1981

DEVESA RODRÍGUEZ, JOSÉ MARIA

**“Derecho Penal Español”**, parte general, novena edición, Madrid, España. 1985

DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA, Espasa Calpe S.A, Madrid, España, 1999

FERNADEZ CARRASQUILLA, JUAN

**“Derecho Penal Fundamental”**, Editorial Temis, Bogota, Colombia, 1989

HORMOZABAL MALAREE, HERNAN

**“Bien Jurídico y Estado Social y Democrático del Derecho”**

El objeto protegido por la norma penal, PPU, Barcelona, España.1998

JESCHECK, HANS-HEINRICH

**“Tratado de Derecho Penal”**, parte general V. I. , traducción de Santiago Mir Puig Y Francisco Muñoz Conde, Barcelona, España. 1981

MILLAS, JORGE

**“Filosofía del Derecho”**, Editorial Universitaria, S. A, 1961

MIR PUIG, SANTIAGO

**“Derecho Penal”**, parte general, Barcelona, España. 1990

MADARIAGA GUTIERREZ, MONICA

**“Seguridad Jurídica y Administración Pública en El siglo XXI”**, Editorial Jurídica de Chile, 1993

MORENO CARRASCO, FRANCISCO Y OTROS

**“Código Penal Salvadoreño Comentado”**, Unidad de Producción Bibliográfica y Documentación, Consejo Nacional de la Judicatura. 2005

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO

**“Manual de Derecho Penal”**, parte especial, Edición corregida y aumentada, Barcelona, España. 1998

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO

**“Teoría General del Delito”**, Segunda Edición, , Editorial Temis S.A, Bogota; Colombia, 2001

OSORIO, MANUEL

**“Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”**, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 1982

PEDRAZ PENALVA, ERNESTO Y Otros

**“Comentarios al Código Procesal Penal”**, Impresos Múltiples Centro de Documentación y Reproducción Bibliografica Consejo Nacional de la judicatura, San Salvador, El Salvador. 2003

REVISTA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Publicación de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Octubre – Diciembre, 1992.

SOLANO RAMÍREZ, MARIO ANTONIO

**“Que es Una Constitución”**, Primera Edición, Sección de Publicaciones Corte Suprema de Justicia, 2000

TORRE, ABELARDO

**“Introducción al Derecho”**, Séptima Edición, Editorial Perrot, Buenos Aires. 1995

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ

**“Derecho penal”**, parte general, tercera edición, Editorial Temis, Santa fe de Bogota, Colombia.1990

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL

**“Manual de Derecho Penal”**, parte general, México, Editorial Cárdenas. 1991

**CONSTITUCIÓN EXPLICADA DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR**

Ediciones FESPAD, 6ta, edición, 2001

**NORMAS NACIONALES E INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS.**

División de Derechos humanos ONUSAL, 1993