

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS
UNIDAD DE POSGRADO



TEMA DE TESIS:

“CRITERIOS DE APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS SUSTITUTIVAS A LA PENA DE PRISIÓN
ACORDE AL CUMPLIMIENTO DE LOS FINES DE LA PENA”.

TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO DE MAESTRA JUDICIAL

PRESENTA

LICDA. ROSA IMELDA MEZA DE GONZALEZ

ASESORA: DRA. EVELYN BEATRIZ FARFAN MATA

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, 09 DE NOVIEMBRE DE 2018.

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTOR

MAESTRO ROGER ARMANDO ARIAS ALVARADO

VICERRECTOR ACADÉMICO

DR. MANUEL DE JESÚS JOYA ÁBREGO

VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

ING. NELSON BERNABÉ GRANADOS

SECRETARIO GENERAL

LICENCIADO CRISTÓBAL HERNÁN RÍOS BENÍTEZ

FISCAL GENERAL

LIC. RAFAEL HUMBERTO PEÑA MARÍN

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANA

DRA. EVELYN BEATRIZ FARFÁN MATA

VICE-DECANO

DR. JOSE NICOLÁS ASCENCIO HERNÁNDEZ

SECRETARIO

MSC. JUAN JOSÉ CASTRO GALDÁMEZ

COORDINADOR DE LA UNIDAD DE POSTGRADOS

DR. REYNALDO GONZÁLEZ

ASESORA DE TESIS

DRA. EVELYN BEATRIZ FARFÁN MATA

ÍNDICE

| | |
|-------------------|-----|
| ABREVIATURAS..... | i |
| INTRODUCCIÓN..... | iii |

CAPITULO I

LOS FINES DE LA PENAY PRINCIPIOS APLICABLES EN LA LEGISLACIÓN SALVADOREÑA.

| | | |
|-------|-------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1.1 | CONCEPTO DE PENA Y GENERALIDADES..... | 1 |
| 1.2 | ANTECEDENTES HISTÓRICO CONSTITUCIONALES DE LA PENA..... | 3 |
| 1.2.1 | CONSTITUCIÓN DE 1824..... | 3 |
| 1.2.2 | CONSTITUCIÓN DE 1841..... | 4 |
| 1.2.3 | CONSTITUCIÓN DE 1864..... | 5 |
| 1.2.4 | PERIODO CONSTITUCIONAL DE 1871 A 1962..... | 6 |
| 1.2.5 | CONSTITUCIÓN DE 1983..... | 7 |
| 1.3 | DENOMINACIÓNDE PENAS EN LOS DIFERENTES CODIGOS PENALES DE EL SALVADOR..... | 7 |
| 1.3.1 | CODIGO DE INSTRUCCIÓN CRIMINAL..... | 8 |
| 1.3.2 | CÓDIGO PENAL DE 1904..... | 8 |
| 1.3.3 | CÓDIGO PENAL DE 1973..... | 9 |
| 1.3.4 | CÓDIGO PENAL DE 1997..... | 10 |
| 1.4 | TEORIAS QUE JUSTIFICAN LA PENA..... | 11 |
| 1.4.1 | FIN RETRIBUTIVO DE LA PENA..... | 13 |

| | | |
|--------|---------------------------------------------------------|----|
| 1.4.2 | FUNCIÓN PREVENTIVA DE LA PENA..... | 15 |
| 1.4.3 | FIN DE PREVENCIÓN ESPECIAL..... | 15 |
| 1.4.4 | FIN DE PREVENCIÓN GENERAL..... | 18 |
| 1.4.5 | PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA | 21 |
| 1.5 | PRINCIPIOS APLICABLES A LA PENA DESDE EL PUNTO DE VISTA | |
| | CONSTITUCIONAL..... | 21 |
| 1.5.1 | DERECHO DE IGUALDAD..... | 26 |
| 1.5.2 | EL DERECHO A QUE SE SIGA UN PROCESO CONSTITUCIONALMENTE | |
| | CONFIGURADO O DEBIDO PROCESO..... | 28 |
| 1.5.3 | EL DERECHO DE ACCESO A LA JURISDICCIÓN..... | 31 |
| 1.5.4 | EL DERECHO A UN JUEZ PREVIAMENTE ESTABLECIDO POR | |
| | LEY, INDEPENDIENTE E IMPARCIAL..... | 31 |
| 1.5.5 | EL DERECHO A UNA RESOLUCIÓN DE FONDO MOTIVADA Y | |
| | CONGRUENTE..... | 33 |
| 1.5.6 | EL DERECHO A LA EJECUCIÓN DE LAS RESOLUCIONES..... | 35 |
| 1.5.7 | PRINCIPIO DE LEGALIDAD..... | 36 |
| 1.5.8 | PRINCIPIO DE DIGNIDAD HUMANA..... | 38 |
| 1.5.9 | PRINCIPIO DE LESIVIDAD DEL BIEN JURÍDICO..... | 42 |
| 1.5.10 | PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD..... | 44 |
| 1.5.11 | PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD..... | 45 |
| 1.5.12 | PRINCIPIO DE EFICACIA..... | 46 |
| 1.5.13 | PRINCIPIO DE NECESIDAD DE LAS PENAS..... | 47 |

CAPITULO II

MEDIDAS SUSTITUTIVAS A LA PENA DE PRISIÓN

| | | |
|---------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 2.1 | LA IMPORTANCIA DE LA APLICACIÓN DE SUSTITUTIVOS PENALES... | 51 |
| 2.2 | NORMATIVA INTERNACIONAL APLICABLE..... | 56 |
| 2.2.1 | DECLARACION UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS..... | 57 |
| 2.2.2 | EL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS..... | 57 |
| 2.2.3 | REGLAS MÍNIMAS PARA EL TRATAMIENTO DE LOS RECLUSOS..... | 58 |
| 2.2.4 | REGLAS DE TOKIO..... | 55 |
| 2.2.4.1 | OBJETIVOS PROPUESTOS EN LAS REGLAS DE TOKIO..... | 60 |
| 2.2.5 | DECLARACIÓN DE KADOMA SOBRE EL SERVICIO A LA COMUNIDAD..... | 62 |
| 2.3 | SUSPENSIÓN CONDICIONAL..... | 64 |
| 2.3.1 | ORIGEN..... | 64 |
| 2.3.2 | DEFINICIÓN..... | 65 |
| 2.3.3 | PENA MINIMA COMOPRESUPUESTO DE APLICACIÓN..... | 67 |
| 2.3.4 | EN DEFECTO DE OTRAS FORMAS SUSTITUTIVAS..... | 65 |
| 2.3.5 | FORMA DE FUNDAMENTACION..... | 68 |
| 2.3.6 | PERIODO DE PRUEBA..... | 71 |
| 2.3.7 | RESTRICCIONES LEGALES PARA LA APLICACIÓN DE LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA.... | 74 |
| 2.3.8 | OBLIGACIONES INHERENTES A LA SUSPENSIÓN..... | 78 |

| | | |
|-------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 2.3.9 | PARTICULARIDADES QUE PUEDEN PRESENTARSE EN LA EJECUCIÓN DE LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA..... | 82 |
| 2.4 | TRABAJO DE UTILIDAD PÚBLICA. DEFINICIÓN..... | 86 |
| 2.5 | MULTA..... | 91 |
| 2.5.1 | REQUISITOS DE APLICACIÓN..... | 92 |

CAPÍTULO III

CRITERIOS UTILIZADOS PARA APLICAR EL REEMPLAZO O LA SUSPENSIÓN DE LA PENA.

| | | |
|-----|--------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 3.1 | CRITERIOS EN LOS QUE SE BASA EL JUZGADOR AL DICTAR SU FALLO..... | 97 |
| 3.2 | SUSPENSIÓN CONDICIONAL, TRABAJO DE UTILIDAD PÚBLICA O MULTA..... | 98 |
| 3.3 | INDEPENDENCIA EN LA DECISIÓN DE LA MEDIDA A APLICAR..... | 101 |
| 3.4 | INFLUENCIA DE LA ORALIDAD EN LA APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS DE BENEFICIOS PENITENCIARIOS..... | 107 |
| 3.5 | LA VISIÓN DEL JUEZ POLÍTICO EN EL SISTEMA PENITENCIARIO..... | 111 |
| 3.6 | PLANTEAMIENTOS O PROPUESTAS DE LA REPRESENTACIÓN FISCAL SOBRE LAS SANCIONES A IMPONER..... | 117 |
| 3.7 | SOLICITUDES FORMULADAS POR LOS DEFENSORES EN LAS CONCLUSIONES DE LA VISTA PÚBLICA..... | 119 |

| | | |
|-------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 3.8 | EL DERECHO A LA ÚLTIMA PALABRA CONCEDIDA A LA VÍCTIMA Y AL IMPUTADO Y SU INCIDENCIA EN LA TOMA DE DECISIONES DEL JUEZ..... | 120 |
| 3.8.1 | ÚLTIMA PALABRA A LAS VÍCTIMAS..... | 120 |
| 3.8.2 | EL DERECHO A LA ÚLTIMA PALABRA A LOS IMPUTADOS..... | 122 |
| 3.9 | MEDIDAS SUSTITUTIVAS A LA PENA DE PRISIÓN CONSIDERACIONES COMO ALTERNATIVA AL HACINAMIENTO PENITENCIARIO..... | 124 |
| 3.10 | LA IMPOSICIÓN DE PENAS ACCESORIAS..... | 128 |
| 3.11 | ANÁLISIS DE LA POSIBILIDAD DE APLICACIÓN DE MEDIDAS ALTERNATIVAS A LA PENA DE PRISIÓN PARA PENAS MAYORES DE TRES AÑOS..... | 129 |

CAPÍTULO IV

ATRIBUCIONES DE LAS INSTITUCIONES ENCARGADAS DE LA EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS SUSTITUTIVAS DE LA PENA DE PRISIÓN.

| | | |
|-----|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 4.1 | LEGALIDAD DE LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS..... | 134 |
| 4.2 | NATURALEZA JURÍDICA DELAFASE DE EJECUCIÓN DE LAS PENAS... | 136 |
| 4.3 | ATRIBUCIONES DE LOS JUZGADOS DE VIGILANCIA PENITENCIARIA EN LA EJECUCIÓN DE MEDIDAS SUSTITUTIVAS A LA PRISIÓN..... | 140 |
| 4.4 | ATRIBUCIONES DEL DEPARTAMENTO DE PRUEBA Y LIBERTAD ASISTIDA..... | 149 |
| 4.5 | PROGRAMAS DE ASISTENCIA ESPECIALIZADA..... | 151 |

| | | |
|------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 4.6 | AUTORIDAD COMPETENTE PARA LA APLICACIÓN DE MEDIDAS ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN..... | 152 |
| 4.7 | COMPETENCIA PARA LA REVOCACIÓN DE LAS MEDIDAS..... | 154 |
| 4.8 | LIMITANTES LEGALES DE LOS JUZGADOS DE VIGILANCIA PENITENCIARIA EN LA TOMA DE DECISIONES SOBRE LAS MEDIDAS IMPUESTAS..... | 155 |
| 4.9 | PROPUESTA SOBRE APLICACIÓN DE PENAS COMBINADAS..... | 156 |
| 4.10 | LA IMPORTANCIA DE UN INFORME SOCIAL PREVIO A LA SENTENCIA..... | 157 |
| 4.11 | LA READAPTACIÓN COMO FIN DEL CONTROL PENITENCIARIO..... | 159 |
| 4.12 | VERIFICACION DE LA FINALIDAD DE LA PENA..... | 166 |
| 4.13 | EL DERECHO A LA REHABILITACIÓN..... | 168 |
| | CONCLUSIONES..... | 170 |
| | BIBLIOGRAFIA..... | 175 |

ABREVIATURAS

| | |
|--------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| AMJUES | Asociación de Magistrados y Jueces de El Salvador |
| Amp. | Amparo |
| Art. | Artículo |
| CACDH | Comisión Americana de Derechos Humanos |
| CEDAW | Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer |
| CIDH | Corte Interamericana de Derechos Humanos |
| CP | Código Penal |
| CPP | Código Procesal Penal |
| C. Pr. C. M. | Código Procesal Civil y Mercantil |
| DEPLA | Departamento de Prueba y Libertad Asistida |
| DGCP | Dirección General de Centros Penales |
| D.O. | Diario Oficial |
| DUDH | Declaración Universal de los Derechos Humanos |
| Edit. | Edición |
| Ej. | Ejemplo |
| Etc. | Etcétera |
| FGR | Fiscalía General de la República |
| ILANUD | Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente |
| JVPEP | Juzgado de Vigilancia Penitenciaria y Ejecución de la Pena. |
| LECAT | Ley Especial Contra Actos de Terrorismo |

| | |
|----------|--------------------------------------------------------------------------|
| LECDE | Ley Especial Contra el Delito de Extorsión |
| LEIV | Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres. |
| LOFGR | Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República |
| LRAD | Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas |
| MOOC | Curso masivo y abierto en línea |
| OEA | Organización de Estados Americanos. |
| ONG | Organización no gubernamental |
| ONU | Organización de las Naciones Unidas |
| Op. Cit. | Obra citada |
| Ord. | Ordinal |
| P. | Página |
| PGR | Procuraduría General de la República |
| PIDCP | Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos |
| Pn. | Penal |
| PNUD | Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo |
| Ref. | Referencia |
| RGLP | Reglamento General de la Ley Penitenciaria. |
| SC | Sala de lo Constitucional |
| SIPE | Sistema de Información Penitenciaria |
| S/N | sin número |
| UNODC | Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito |
| Vol. | Volumen |
| VPEP | Vigilancia Penitenciaria y Ejecución de la Pena |

INTRODUCCIÓN

Existe una concepción social generalizada que el sistema penitenciario salvadoreño no está cumpliendo con los fines para los que fue creado ya que se considera que son esencialmente preventivos, no obstante lo que se pretende por el Ministerio Público Fiscal es obtener el mayor número de condenas, lo que conlleva a determinar que el Art. 27 inc. 3° Cn. no es más que un enunciado en cuanto al fin que persigue la pena, que es la readaptación y la prevención de los delitos.

Ese cúmulo de condenas en materia penal incide considerablemente en la sobrepoblación penitenciaria, que tiene como resultado el irrespeto a los Derechos Humanos de los reclusos ya que no se cumple con las condiciones básicas establecidas en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, que es una importante directriz en el tratamiento penitenciario, por lo que es necesario la consideración de los juzgadores y todos los operadores de justicia para hacer uso de otro tipo de sanciones menos gravosas al internamiento, como son las medidas alternativas a la pena de prisión, las que están reguladas en la normativa nacional como internacional.

Las formas alternas comprendidas en el Código Penal son la Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena, Trabajo de Utilidad Pública, Arresto Domiciliario, Arresto de Fin de Semana y Multa, que son coherentes con las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de Libertad, aprobadas desde 1990, que no obstante excluyen del recinto penitenciario al imputado, y que no pueden ser consideradas como indicadores de impunidad sino como una forma menos lesiva de aplicar el reproche social para ciertos delitos.

Generalmente de esas opciones se dictan con mayor frecuencia la suspensión condicional o el trabajo de utilidad pública, pero ambos beneficios resultan diferentes en su aplicación y control, a pesar que las condiciones de aplicabilidad sean las mismas indistintamente del delito que se trate, por lo que es necesario determinar qué criterios debe tomar en cuenta el que juzga para decidir por cual medida optar, ya sea criterios eminentemente jurídicos, porque así lo prescribe la ley o considerando la personalidad del delincuente.

A falta de criterios definidos de aplicabilidad, la ambigüedad y ligereza con la que se toma esas decisiones en el fallo en vista pública y considerando el principio de igualdad que establece el Art. 3 Cn. se consideró necesaria esta investigación para determinar qué aspectos de la ley procesal que la regula se pueden mejorar, si la jurisprudencia ha sentado bases en determinados casos que orienten la aplicación en casos similares.

La investigación es de tipo descriptivo explicativo, por lo tanto no se formularon hipótesis pero sí se trabajó con objetivos, tanto general como específicos los que son la guía en que se fundamenta el trabajo para indagar sobre los criterios que consideran los jueces en materia penal para la aplicación del reemplazo o la sustitución de la pena o alguna otra medida como la multa, entendiéndose que hasta ahora no existe uniformidad de criterios, que la ley presenta ciertos vacíos en los cuales se otorga total discrecionalidad a los jueces que puede considerarse como afectación al derecho de igualdad de las personas, no obstante deberían estar planteados ciertos parámetros en la ley.

En cuanto al primer objetivo específico, va orientado a plantearse la verificación del análisis constitucional sobre el cumplimiento de los fines de la pena, se establece tanto doctrinaria como sustantivamente las diferentes formas de sustitución de pena que deben tener un asidero constitucional ya que éste debe ser el primer control que cada juzgador debe fundamentar en sus sentencias como parte del debido proceso en correspondencia a las garantías procesales, donde entra en consonancia el segundo objetivo específico que sería analizar el principio de igualdad ante la ley al aplicar ya sea el reemplazo de la pena o la sustitución por medidas de comportamiento, o incluso la multa que representan diferentes grados de reproche como respuesta penal.

Se considera que los objetivos de la investigación se cumplieron ya que se puede afirmar que los fines de la pena se cumplen de manera parcial, en relación al primer objetivo, ya que el fin de prevención general es evidente que no se está logrando ante el incremento del índice delincencial, la acción penal se ve incrementada por lo que el número creciente de condenas penales no incide en la psiquis de la mayoría de personas para que se abstengan de cometer delitos. En ese sentido, el segundo objetivo específico que se refiere a la aplicación de medidas alternas a la detención, debe aplicarse como regla general con algunas excepciones puntuales en casos de penas no mayores de tres años de prisión por el principio constitucional de igualdad.

Con el tercer objetivo se determina si existen criterios objetivos de aplicación de las diferentes medidas, así como los vacíos de ley identificados en la imposición de las mismas, y la forma en que la jurisprudencia en materia penal y constitucional ha resuelto algunas divergencias en la interpretación de la normativa aplicable. Finalmente se analiza las funciones y por ende la incidencia práctica de las instituciones encargadas del control de dichas medidas como lo son el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria y Departamento de Prueba y Libertad Asistida, en los cuales persiste la saturación de trabajo no obstante la creación de nuevos tribunales lo que redundará en un escaso control del cumplimiento de las medidas impuestas.

Para la consecución de los objetivos se realizó la investigación de tipo esencialmente documental, desarrollando las principales teorías que sobre los fines de la pena se han sostenido, efectuando el análisis de jurisprudencia, libros, revistas, normativa aplicable, entre otros, pero además al incluir un componente práctico se llevaron a cabo algunas entrevistas a personas que están sometidas a medidas alternas a la prisión, para determinar el cumplimiento de los objetivos en la aplicación de esas medidas.

La delimitación de trabajo a nivel jurisprudencial se realizó a nivel nacional utilizando la comparación de otras regiones como Argentina, España y Puerto Rico, para efectuar sugerencias en cuanto a diferencias de aplicación que podrían instaurarse en nuestro sistema de justicia, naturalmente, la normativa internacional de los derechos humanos es de rigor su estudio por la aplicación directa y obligatoria que tiene en todos los casos.

La delimitación temporal abarca el análisis jurisprudencial de los años 2014 a 2017, considerando que desde que la nueva normativa procesal penal entró en vigencia en el año 2011, ha producido un cambio en las perspectivas de aplicación de dichas medidas. Así también en cuanto a la delimitación geográfica, mayormente se analizó jurisprudencia de la zona oriental del país, y la ejecución de las sentencias en juzgados de vigilancia de la zona pero incluyendo casos puntuales de otras zonas para determinar

Respecto a la obtención de información bibliográfica fue accesible ya que la Universidad de El Salvador cuenta con biblioteca virtual la cual es una herramienta clave para todo tipo de investigaciones, además contando con la jurisprudencia que el Centro de Documentación de la Corte Suprema de Justicia permite el acceso a sentencias en lo relativo a la aplicación en cada resolución, así como la visita a las bibliotecas judiciales y de universidades privadas.

En el capítulo I se analizan los fines de la pena que constitucionalmente se pretenden obtener en comparación con los que se obtienen en nuestra realidad así como los principios que rigen el desarrollo procesal y el compromiso del juzgador como garante de su cumplimiento y de las partes en el ejercicio de los diferentes roles.

En el análisis de constitucionalidad se determina cómo ha sido la evolución y tratamiento que las diferentes constituciones en el devenir de la historia le han adjudicado al derecho sancionador del Estado, así como la finalidad para lo que son impuestas, desde la aplicación de la pena de muerte, hasta la aplicación de remisión condicional que equivaldría a la que actualmente se denomina suspensión condicional de la ejecución de la pena.

De la misma manera, en relación a la ley secundaria, es interesante hacer remembranza acerca de la denominación de las penas a partir del Código de Instrucción Criminal, que legalizaba el trato inhumano a los condenados considerados “*notoriamente malvados*”, evidenciándose desde entonces la orientación a un derecho sancionador, vengativo y de finalidad de prevención general, continuando con breve análisis de los códigos penales de 1904, 1973 y el actual aprobado en 1997, en el cual se incorpora la aplicación de trabajo de utilidad pública ya sea como pena por sí misma o con fines de reemplazo de prisión.

Se incorpora el análisis de los principios fundamentales que debe contener cada proceso, como lo es la igualdad, debido proceso, acceso a la justicia, derecho a una resolución motivada y congruente, y a la ejecución de las resoluciones.

El Capítulo II se dedica al estudio de la importancia de la aplicación de las medidas sustitutivas a la pena de prisión y como a través de las mismas se pueden obtener los fines de readaptación, no solamente con la pena de prisión a la que se ha visto como la pena más relevante, ampliamente buscada por la parte acusadora y vista como un triunfo institucional mientras más se eleva el número de sentencias condenatorias a pena de prisión.

Como toda sanción a aplicar debe tener sustento jurídico en base al principio de legalidad, en el segundo capítulo se hace un análisis de la normativa internacional aplicable en atención al cumplimiento de los Derechos Humanos que resultan afectados considerando las condiciones de hacinamiento carcelario existentes, resultando relevante la mención de los objetivos

planteados por las Reglas Mínimas de Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de Libertad mejor conocidas como las Reglas de Tokio.

La aplicación de dicho instrumento internacional, así como los principios que lo sustentan como lo son la no discriminación, el principio de dignidad, y el de mínima intervención en materia penal, resultan el mejor sustento para el legislador en la determinación de medidas alternas a la prisión, no solamente en el momento de aplicación de medidas cautelares, para no afectar la presunción de inocencia, sino al momento que ya se tiene establecida una autoría en el cometimiento de un delito.

Asimismo, se analiza la percepción que se tiene no solo de las partes técnicas sino también de la sociedad acerca de las medidas sustitutivas a la pena de prisión y la forma de aplicación para lo que es necesario la coordinación con instituciones de gobierno o municipalidades para la asignación de jornadas de trabajo de utilidad pública.

Este capítulo dedica buena parte de su contenido al análisis de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, las diferentes problemáticas que se pueden presentar en su ejecución, cuando es posible su aplicación y la similitud que presenta con la aplicación en otras legislaciones pudiendo ser confundida la probation pero de efectos distintos aunque las obligaciones inherentes a las mismas pueden coincidir como es el no incurrir en nuevo delito.

El capítulo III se denomina Criterios Utilizados para Aplicar el Reemplazo o la Suspensión de la Pena, lo cual como se mencionó no existe uniformidad en el fundamento de las mismas, además en éste capítulo en contraposición, se da relevancia a lo relativo si el tratamiento penitenciario que se da a las personas que ingresan en cumplimiento a una condena, que debe ser una preparación para la vida en libertad, ya que no obstante que la Constitución prohíbe la aplicación de penas perpetuas, existe contradicción con el máximo de pena que se plantea el concurso real en el artículo 71 C. Pr. Pn. como lo es la pena de sesenta años de prisión.

Por lo que no existiendo probabilidad de salida en libertad en muchos casos, la resocialización es un objetivo propuesto pero que no se cumple, por la misma crisis en que se encuentran la mayoría de los sistemas penitenciarios en América Latina, de ahí que cobra importancia las medidas alterna a la detención, siendo la suspensión condicional y el trabajo de utilidad pública los relevantes en aplicación a diferencia de la multa que es aplicada con menor frecuencia.

Al imponerse una pena de tres años o menos de prisión, quien juzga deberá plasmar los criterios por los que opta una decisión u otra, considerando la personalidad y particularidades de cada procesado, el delito cometido, la probabilidad de reincidencia, etc. factores que probablemente no estén al alcance del conocimiento de cada juzgador al momento de dictar la sentencia.

Se trae a consideración las reformas al Código Penal a ciertos delitos regulados en el capítulo referente a los atentados contra derechos y deberes familiares en los que se modifica la pena incluyendo el trabajo de utilidad pública como una opción de pena no como una forma de reemplazo a la prisión resaltando la novedad de aplicación que antes no había sido utilizada por el legislador.

La mención de las teorías de Michael Foucault aportan importantes elementos a considerar por el juzgador previo a la imposición de una pena, factores que están relacionados a la peligrosidad y posibilidad de readaptación de cada justiciable que influyen en la necesidad, utilidad y eficacia de la pena, en relación al merecimiento de la libertad.

Esos criterios a tomar en cuenta por cada juzgador, aunque no estén establecidos en la ley, tendrían que ser aplicados en base al principio de independencia judicial que aunado a la imparcialidad podrán considerarse correctamente determinados y válidos para la ejecución de las medidas adoptadas, pero siempre en cumplimiento a las reglas que ya estén contempladas en la ley.

El principio *iuris novit curia* puede también servir de fundamento de las decisiones judiciales entendiendo que el juez es el conocedor del derecho y por tanto, aunque exista omisión en las alegaciones sobre lo que realmente es procedente podrían los juzgadores siempre sin afectar el principio de congruencia, factores que contribuirá decantarse por la decisión más acertada.

Las atribuciones de las instituciones encargadas de la ejecución de las medidas sustitutivas de la pena de prisión, son objeto de estudio en el capítulo IV siendo los juzgados de Vigilancia penitenciaria, auxiliados del Departamento de Prueba y Libertad Asistida los encargados del control en la fase de ejecución de las sentencias, analizándose lo referente a su naturaleza jurídica ya que doctrinarios como Ferrajoli consideran dichas funciones de carácter administrativo, como también son considerados por el Tribunal Supremo de España.

La etapa de ejecución también tiene sus propios principios de aplicación según se establecen en la Ley Penitenciaria, siendo el de legalidad como garantía ejecutiva de gran relevancia en su observación para el cumplimiento de las penas referente a la administración penitenciaria, siendo que está vinculado a las funciones de los juzgados de vigilancia penitenciaria y ejecución de la pena, los cuales fueron creados para armonizar la aprobación de los códigos Procesal Penal en el año 1998.

Según los considerandos del Decreto de Creación de nuevos juzgados de Vigilancia Penitenciaria en el año 2014, se debió a la sobre saturación de expedientes debido al incremento en la tramitación de casos penales, se realiza la conversión de algunos juzgados de Tránsito en Juzgados de Vigilancia penitenciaria, con la finalidad de descongestionar los ya existentes, que sobrepasan la capacidad de diligenciamiento del personal a cargo.

Desde esa perspectiva se analiza la importancia de dichos tribunales y la factibilidad del control de aplicación de las medidas alternas a la detención por parte del Departamento de Prueba y Libertad Asistida como ente colaborador de los Juzgados de Vigilancia, esto en la fase de ejecución al haber valorado la aplicación de las medidas por los jueces considerando el derecho de igualdad con las respectivas excepciones a toda regla general, como cuando se trate de los sujetos pertenecientes a las denominadas por la Sala de lo Constitucional como organizaciones terroristas quienes podrían por esa circunstancia ser excluidos de la aplicación de medidas sustitutivas.

Se realizan propuestas de posibles reformas al Código Penal en lo referente a algunos vacíos que se puntualizan en la investigación y que podrían considerarse su regulación como la verificación de un estudio social como se hace en otras legislaciones que sirva de base al juzgador para determinar la pena sustitutiva que puede seleccionar dependiendo de la personalidad del inculcado como de las circunstancias que rodean los hechos para lograr una mayor efectividad en su aplicación.

CAPITULO I

LOS FINES DE LA PENAY PRINCIPIOS APLICABLES EN LA LEGISLACIÓN SALVADOREÑA.

1.1 CONCEPTO DE PENA Y GENERALIDADES

En primer lugar es necesario definir qué es una pena en sentido formal, para el autor Claus Roxin, la pena es: “*El punto de referencia común a todos los preceptos jurídico penales*”.¹ Entendida esta definición como la consecuencia a una conducta que ha sido calificada como delito en la normativa penal. Santiago Mir Puig, al referirse a la pena la considera como sanción tradicional y arma fundamental del Derecho Penal, entendiéndose que sin una consecuencia lógica correspondiente a la acción cometida no existiría un respeto a la norma².

Para el maestro italiano CARRARA, la palabra “pena” tiene tres significados: en sentido general significa dolor, además, tiene un sentido especial por el cual se designa un mal sufrido por el hecho cometido, y en tercer lugar, es el mal que la autoridad civil inflige a un culpable por el delito cometido,³ distingue el origen histórico y el jurídico que busca la reparación de la ofensa cometida contra la sociedad.

Por lo tanto, no hay delito sin pena, *nullapoena sine lege*, como parte integrante del principio de legalidad en materia punitiva del Estado⁴. Sería absurdo que el legislador describiera que una conducta es contraria a la ley y no le impusiera una consecuencia al que violente esa norma y es lo que conocemos como pena, o en su caso, una medida de seguridad cuando se trata de inimputables.

¹ ROXÍN, Claus, *Derecho Penal, Parte General* Tomo I, 2ª. Edic., Madrid, España, Edit. Civitas, S.A. 1999, p. 41. Se refiere Roxin a la concurrencia de elementos que son propios de cada tipo penal y que van a ser identificados como delitos, con su sanción propia.

² MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, Santiago, 5ª. Edic., Barcelona, España, Ed. Tecfoto, S.L., 1998, P. 9. Entra la aplicación de la coercitividad para cumplir los objetivos de prevención para lo que ha sido creada. “*La pena constituye la sanción tradicional que caracteriza al Derecho Penal, y sigue siendo su arma fundamental*”

³ CARRARA, Francesco, *Programa del Curso de Derecho Criminal. Parte General*, vol. II, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1944, p. 405. Desde el punto de vista de Carrara, la pena es la consecuencia, el castigo por el delito, es el fin retributivo el que la justifica. Se apega esa concepción a la época antigua en la cual se busca que el culpable “pague” por el mal realizado, como ejemplo hacia los demás de los efectos que acarrea la infracción a la ley.

⁴ SÁNCHEZ ESCOBAR, Carlos Ernesto, *El Principio de Culpabilidad Penal*, artículo de la Revista Justicia de Paz No. 13, Año V-vol. III, Publicación de la Corte Suprema de Justicia, septiembre-diciembre 2002, p. 82. Refiere que el art. 11 de la Cn. reconoce el antiguo principio que prohíbe una pena sin juicio previo que suele expresarse con el aforismo *NullaPoena Sine Iudicio o Sine Poena Sine Lege* y *NullaPoena Sine Culpa*, que constituye el fundamento de la legalidad sancionatoria en todo Estado de Derecho.

En la legitimación de la pena debe discutirse en qué medida la pena puede repercutir favorablemente en el aseguramiento de la libertad jurídica y en el funcionamiento del propio sistema jurídico.⁵ Se considera por tanto, la facultad exclusiva del Estado en función de la protección de los bienes jurídicos de la sociedad.

El derecho penal es parte integrante del derecho público, por medio del cual el Estado ejerce su poder coercitivo, ahora bien, no toda sanción impuesta por el Estado será considerada como materia penal, ya que existe normativa de naturaleza administrativa, por ejemplo las ordenanzas municipales que contienen contravenciones que también pueden ser sancionadas pero no adquieren el carácter de jurisdiccionalidad. El fundamento constitucional de la anterior afirmación la encontramos en el Art. 14 Cn.⁶ que atribuye al Órgano Judicial la facultad de imponer penas y contempla también las sanciones como arresto o multa, que pueden ser impuestas por autoridad administrativa.

Siempre en el marco de aplicación de las penas, se tiene que para que una conducta sea punible, debe afectar bienes jurídicos protegidos en la constitución, y así por razones de política criminal se han ido incorporando nuevas conductas, dependiendo del contexto social en que se necesite la regulación⁷. Algunos sucesos reprochables para ciertos sectores de la sociedad ocasionan revuelo periodístico, hasta indignación de parte de muchos ciudadanos, por lo que con el afán que satisfacer las exigencias de la población el legislador procede a la reforma al Código Penal⁸ como la incorporación del Art. 218-A Pn. dentro del catálogo de tipos penales que se sancionan con pena de prisión.

⁵RUIZ DE ALARCÓN, Juan, *La culpa busca la pena y el agravio la venganza*, Diferencias (Barcelona: Linkgua ediciones, 2007), p. 142. implica la pena un [asehttp://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=nlebk&AN=264354&lang=es&site=ehost-live](http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=nlebk&AN=264354&lang=es&site=ehost-live). El sistema jurídico, específicamente el penal, implica que todos los sujetos están en la obligación de cumplir ese mandato que contiene la ley, por lo tanto, la desobediencia a las normas penales, se considera que afecta el propio sistema jurídico, la pena conlleva a restablecer ese quebrantamiento a las normas.

⁶ Constitución de la República de El Salvador, Decreto Legislativo N° 38, publicado en el D. O. N° 234, Tomo N° 281 del 16 de diciembre de 1983. Otorga al Órgano Judicial la facultad de imponer penas. Clara distinción entre las facultades conferidas a los tres órganos del Estado.

⁷ Así tenemos como ejemplo un tanto reciente, el caso del fraude deportivo, por el caso de los llamados “amaños” por parte de jugadores de la selección nacional de fútbol de El Salvador, el que ocasionó un escándalo mediático con la intervención de la Fiscalía General de la República en su infructuoso afán de procesar penalmente a un grupo de jugadores, tratando de adecuar los hechos a delito como Lavado de Dinero o Agrupaciones Ilícitas, resultando en un sobreseimiento definitivo dictado por el juez 5°. de Instrucción de San Salvador por considerarse un hecho atípico.

⁸ Código Penal Código Penal de El Salvador, Decreto Legislativo N° 1030, publicado en el D. O. N° 105, Tomo N° 335, publicado el día 10 de junio de 1997. Mediante Decreto 313 de 16/3/16, publicado en el Diario Oficial No.

En ese panorama, atendiendo razones de política criminal, por las exigencias sociales del momento histórico determinado, se van adecuando las conductas a normativas que antes no estaban enmarcadas en ningún tipo penal como el delito Fraude Deportivo, Art. 218-A CP, ya sea dentro del mismo Código Penal o en leyes especiales, ejemplo de ello tenemos la Ley Especial contra Actos de Terrorismo LECAT⁹.

Es preciso mencionar que, se declaró que dicha ley no adolecía de inconstitucionalidad por sentencia dictada por la Sala de lo Constitucional el 24 de agosto de 2015, sentencia Inc. 22/2007 y a la vez se resolvió que los miembros de grupos de pandillas por el hecho de pertenecer a una organización criminal es una variante del derecho penal de autor.¹⁰ Por lo que se justifica en dicha sentencia lo establecido en el Art. 13 LECAT, que el legislador castigue la simple pertenencia activa a una organización terrorista.

Probablemente en otras circunstancias de no incidencia de cometimiento de hechos delictivos por miembros de pandillas, no hubiesen sido considerados como “organizaciones terroristas”¹¹ lo cual es importante destacar en ésta investigación, pues en muchos casos resultan ser sujetos activos en un proceso penal y se necesita arribar a la conclusión si éstos sujetos pueden ser beneficiados con medias sustitutivas a la pena de prisión.

1.2 ANTECEDENTES HISTÓRICO CONSTITUCIONALES DE LA PENA

1.2.1 CONSTITUCIÓN DE 1824

67, Tomo 411 de fecha 13/4/2016. Art. 218-A CP se incorporó el delito de Fraude Deportivo el cual está sancionado con pena de prisión de 2 a 4 años e inhabilitación especial por igual tiempo, contemplando agravantes del tipo dependiendo de por qué persona es cometido.

⁹ Ley Especial contra Actos de Terrorismo Decreto Legislativo No. 108 del 21 de septiembre de 2006, publicado en el Diario Oficial 193, Tomo No 373, del 17 de octubre de 2006. Se crea esta ley con su correspondiente catálogo de nuevos delitos, como respuesta a actos de protesta realizados por civiles como toma de edificios públicos o manifestaciones en la vía pública.

¹⁰En Sentencia de Inconstitucionalidad 22-2007 sobre el accionar de miembros de pandillas establece: “... *el agente, al hacerse miembro de la organización criminal, manifiesta seriamente su disposición de cometer delitos y esa manifestación acumulada junto con las de los demás miembros reporta una perturbación social digna de ser incriminada por el Derecho Penal*”.

¹¹El Art. 4 lit. M LECAT, contempla la definición de *Organizaciones terroristas*: *Son aquellas agrupaciones provistas de cierta estructura de la que nacen vínculos en alguna medida estables o permanentes, con jerarquía y disciplina y con medios idóneos, pretenden la utilización de métodos violentos o inhumanos con la finalidad expresa de infundir terror, inseguridad o alarma entre la población de uno o varios países.*

Partiendo desde lo establecido en lo que se puede denominar la historia de la primera Constitución de El Salvador, que se promulgó a continuación del fin de la época de la conquista española, según una emotiva Acta de Independencia que instaba a sancionar las leyes de la República, ante la ausencia de las mismas.¹²

Es así como la Asamblea Nacional Constituyente, promulga la primera Constitución¹³ que en lo relativo a la materia penal, en el Art. 29 ord. 15º, hace referencia a la competencia del Congreso como la institución encargada de la conmutación de las penas e incluso el conceder el perdón por los delitos exceptuándose aquellos que fueren cometidos contra leyes federales¹⁴.

Aunque la figura de la conmutación de penas no se trata de un beneficio diferente a las medidas sustitutivas a la pena de prisión, es importante analizar las excepciones que se han dado al cumplimiento total de las penas en determinadas circunstancias.

En el Art. 46 la mencionada Constitución confería el importante principio de la Independencia del Poder Judicial, con respecto a los otros dos poderes, y le confería la facultad de aplicación de las leyes civiles y criminales;¹⁵ y referente a la aplicación del debido proceso, tácitamente ya estaba regulado en el Art. 62, ordenándose la garantía del juicio previo,¹⁶ los cuales se mantienen hasta la actualidad como garantías para el justiciable.

1.2.2 CONSTITUCIÓN DE 1841

¹²Acta de Independencia de la Provincia, emitida el 12 de junio de 1824, publicada en el D.O. S/N de fecha 21 de julio de 1821. “*En seguida, puesto en pie el Sr. Jefe Político, que preside el acto, exigió del Sr. Alcalde Primero (así lo pidió el pueblo) que le recibiera el juramento debido para poder funcionar, y en efecto, lo hizo solemne por Dios Nuestro Señor, la Santa Cruz y los Santos Evangelios, de guardar y hacer guardar la independencia, ser fiel a la Monarquía Americana y observar el Gobierno que se establezca y las leyes que se sancionen.*”

¹³ Constitución promulgada por el Congreso Constituyente del Estado de El Salvador, en la ciudad de San Salvador, el 12 de junio de 1824, la cual contenía 82 artículos.

¹⁴El art. 29 del Acta de Independencia de 1824, establecía literalmente: “*Conmutar las penas de ley, o perdonar los delitos cometidos y no contra las leyes de la Federación, ni aquellas, cuyo cumplimiento esté al cuidado de las autoridades federales.*”

¹⁵Es evidente la relevancia del principio de Independencia Judicial ya que la primera Constitución en el Art. 46, establecía: “*El Poder Judicial es independiente de los otros dos: a él solo pertenece la aplicación de las leyes en las causas civiles y criminales.*”

¹⁶Art. 62 de la Cn. de 1824 en relación al juicio previo: “*Ningún salvadoreño podrá ser preso sin precedente sumario del hecho por el cual deba ser castigado; y sin previo mandamiento del Juez por escrito que ordene la prisión.*”

En la Constitución de 1841,¹⁷ en el Art. 76 correspondería en su contenido al derecho de audiencia que actualmente lo contiene el Art. 12 Cn. y que hacía referencia a la privación de derechos de las personas previo a ser oídas y vencidas en juicio por el juez respectivo.¹⁸ Así como el Art. 79 ya establecía el principio de proporcionalidad de las penas y su fin utilitario perseguido como es de corrección de las conductas.¹⁹

De igual manera era la disposición en las siguientes Constituciones en las que prevalecía el respeto de derechos de los ciudadanos quienes podrían ser privados de éstos, siempre y cuando un juez con la delegación de funciones conferido al Poder Judicial y mediante juicio previo se resolviera sobre la imposición de penas.

1.2.3 CONSTITUCIÓN DE 1864

En el Art. 39 de ésta Constitución²⁰ se facultaba expresamente a la Corte Suprema de Justicia y a los tribunales inferiores la facultad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, asimismo establecía la pena accesoria de pérdida de los derechos de ciudadano al ser sentenciado por delito que no admita excarcelación hasta obtener la rehabilitación.

A diferencia de la anterior, en ésta Constitución no se hace referencia a los principales derechos a respetar en el juzgamiento de sus ciudadanos; no obstante que ya se establecía la independencia de los poderes del Estado, esta no se cumplía en cuanto al nombramiento de los jueces lo cual era realizado por el poder ejecutivo²¹ previa propuesta de la Suprema Corte.

¹⁷Constitución de 1841, Decreto Legislativo de 24 de julio de 1840, publicado en el D.O. S/N de 22 de febrero de 1841.

¹⁸Respecto al derecho de ser oído y vencido en juicio, la Constitución de 1841, Art. 76 prescribía: *“ninguna persona puede ser privada de su vida, de su propiedad, de su honor o de su libertad, sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las fórmulas que establecen las leyes...”*

¹⁹ Referente al fin de las penas, la Constitución de 1841, Art. 79 estableció: *“Todas las penas deben ser proporcionadas a la naturaleza y gravedad del delito; su verdadero objeto es corregir y no exterminar a los hombres...”*

²⁰Constitución de 1864. Fecha de emisión: 19/03/1864. Tipo de Documento: Decreto Legislativo de fecha 19/03/1864. Fecha de Publicación en el D.O.: 19/03/1864. Diario Oficial: S/N

²¹Sobre el ejercicio de la Judicatura, El Art. 40 Ord. 2º de la Cn de 1864, 2º *Proponer al Poder Ejecutivo para jueces de primera instancia abogados que tengan las cualidades requeridas.* Asimismo en el Ord. 8º se facultaba a la Corte: *Visitar por medio de un Magistrado los pueblos de la República para corregir los abusos que se noten en la administración de justicia. Las facultades del Magistrado en visita, la duración de ésta, el tiempo en que debe verificarse y demás circunstancias se determinarán por la ley.*

1.2.4 PERIODO CONSTITUCIONAL DE 1871 A 1962.

Desde la Constitución de 1871 hasta la de 1962, se promulgaron ocho Constituciones, a partir de la denominada Constitución Política de El Salvador de 1871,²² se contextualizó el derecho a ser oído y vencido en juicio previo a la privación de derechos como la vida, la propiedad, el honor, la libertad y el derecho a la igualdad ante la ley; además se reconoce el principio de proporcionalidad de las penas, que debe ser conforme a la naturaleza y gravedad del delito.

En cuanto a la afectación al derecho fundamental de la libertad, se estableció en esa Constitución el derecho a la Exhibición Personal o Habeas Corpus, y que previo a una detención debe existir una orden de autoridad competente.

Es relevante mencionar los derechos del imputado reconocidos en cuanto a la no autoincriminación, que podría interpretarse como el derecho a guardar silencio extensivo también en causas tramitadas contra los parientes dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad.

Referente a la forma de conformación del Poder Judicial, estaba siempre presidido por la Corte Suprema de Justicia, que estaba integrada por once magistrados, así como los tribunales y jueces inferiores²³. Se establecía la competencia de las Cámaras de Tercera Instancia las que eran independientes de la Corte Suprema de Justicia, a diferencia del sistema actual que esa tercera instancia correspondería a las Salas de lo Penal.

A partir de la Constitución de 1880²⁴ se prohibió las penas infamantes y de duración perpetua, y en la de 1883 se especificó la prohibición de la aplicación de la pena de palos y toda especie de tormentos, lo que era el fin de las penas infamantes y la existencia de mayor respeto a los derechos humanos.

²²Constitución de 1871, Fecha de emisión de Decreto Legislativo: 16 de agosto de 1871. Publicada en el D.O. S/N el día 16 de agosto de 1871.

²³Sobre la conformación del Poder Judicial Art. 48 Cn. establecía: será ejercido por una Corte Suprema de Justicia, tribunales y jueces inferiores, que establece esta constitución. Se compondrá aquella de once individuos que llevan el título de Magistrados uno de los cuales será presidente, nombrado por los demás en Asamblea general; pero primitivamente lo será por este Congreso Constituyente.

²⁴Constitución de 1880. Fecha de emisión: 16 de febrero de 1880. Fecha de Publicación en el D.O.: 16 de febrero de 1880 Número de Diario Oficial: S/N.

En el Art. 103 de la Constitución de 1883,²⁵ se estableció que el Poder Judicial será ejercido por una Corte de Casación, por Cortes de Apelación, Jueces de Primera Instancia y de Paz. Fue hasta la Constitución de 1962²⁶ que se reconoció la carrera judicial, ya previamente los Jueces eran elegidos para el periodo de dos años pudiendo ser reelectos, siendo que no existía el ejercicio de la carrera judicial.

1.2.5 CONSTITUCIÓN DE 1983.

Los principios reconocidos en la actual Constitución, están detallados en un subtema específico en éste trabajo, sin embargo es importante destacar que han existido avances en materia constitucional en cuanto a la restricción al Estado en su facultad de imponer penas a sus ciudadanos lo cual se debía realizar acatando los principios constitucionales.

Se considera relevante mencionar el reconocimiento en ésta Constitución al derecho a la presunción de inocencia del cual está revestido toda persona que es acusada de un delito, mientras no se demuestre su culpabilidad, así como es relevante la garantía constitucional de la independencia del Órgano Judicial²⁷ de los demás poderes del Estado.

1.3 MEDIDAS QUE SUSTITUYEN LA PENA DE PRISIÓN EN LOS CÓDIGOS PENALES QUE HAN REGIDO EN EL SALVADOR

Es importante realizar una breve reseña histórica de cómo ha sido considerada la pena en los diferentes códigos penales que se han aprobado en El Salvador en el ejercicio de esa función que le compete a un Estado considerado social y democrático de derecho, como es el Ius Puniendi,²⁸ que aplica el principio de legalidad como derivado del principio de dignidad humana del que tanto se pregona su respeto al momento de aplicar la ley, ya que conforme se han producido las diferentes reformas, han existido variaciones en cuanto al catálogo de penas, principalmente interesa ver la aplicación de las medidas que sustituyen la pena de prisión.

²⁵Constitución de 1883. Fecha de emisión: 04 de diciembre de 1883. Fecha de Publicación en el D.O.: 04 de diciembre de 1883. Número de Diario Oficial: S/N.

²⁶Constitución de 1962. Fecha de emisión: 08/01/1962. Fecha de Publicación en el D.O.: 08/01/1962
Número de Diario Oficial: S/N.

²⁷Arts. 11 y 172 Cn. respectivamente en lo referente a los derechos de presunción de inocencia que se debe mantener durante la tramitación del proceso y sobre la independencia del Juez en sus decisiones jurisdiccionales.

²⁸Resolución de proceso de Habeas Corpus 19-V-95 reconoce como parte del ejercicio del jus puniendi la aplicación de medidas en un proceso penal toda medida debe ser pronunciada por el juez natural.

1.3.1 CODIGO DE INSTRUCCIÓN CRIMINAL

La mención del Código de Instrucción Criminal,²⁹ en este trabajo aunque sea breve se considera oportuna, no obstante no tratarse de un Código Penal, hay aspectos muy importantes que resaltar, como el tipo de trato que recibían los procesados; lo que hoy se denomina Proceso Penal, en dicho código era conocido como *Juicio criminal*,³⁰

Así en el caso de reos condenados, el Art. 79 direccionaba al juez aplicar trato diferenciado e inhumano, cuando fuere “notoriamente malvado” autorizando a aseguramiento en el cepo o con grillos o cadenas por orden escrita del Juez. Está claro que no había restricciones legales para la aplicación de torturas a los enjuiciados.

Sobre la aplicación del trabajo obligatorio para los condenados, se mantiene vigente específicamente en el Art. 78 que regulaba que los reos que fueran mantenidos a expensas de los fondos públicos, (entendiéndose que existía la posibilidad que alguien con posibilidades económicas se mantuviera a expensas propias) pueden ser obligados a trabajar dentro de la misma cárcel en obras de utilidad pública, pero también se consideraba el trabajo voluntario a quienes no se mantuvieran a expensas de fondos públicos.

Por lo tanto, el trabajo de utilidad Pública era considerado una forma de retribución o compensación particular por el interno del centro penal, para los gastos en que incurría el Estado por cada reo que se encontraba en prisión.

1.3.2 CÓDIGO PENAL DE 1904

²⁹Código de Instrucción Criminal, Decreto de la Asamblea Nacional Constituyente, de 3 de abril de 1882, publicado en el D.O. No. 81, Tomo 12, del 20 de abril de 1882. Sería el equivalente al Código Procesal Penal, donde se establecía el procedimiento a realizar para la tramitación de los procesos penales, los cuales eran bajo el sistema inquisitivo.

³⁰En el Art. 1 del Código de Instrucción Criminal, planteaba como objeto del juicio la averiguación y castigo de los delitos y faltas, siendo la forma de tramitación de los casos en juicios ordinarios y sumarios. El principio acusatorio que prevalece en la actualidad no se aplicaba en éste Código, lo cual prevaleció hasta el código Procesal Penal de 1974.

En el Código Penal de 1904,³¹ en el Art. 16, establecía la escala general de las penas principales que era muerte, presidio, prisión mayor, prisión menor, arresto y multas. El trabajo que los reos podían desempeñar dentro o fuera de los recintos penitenciarios era con una finalidad distinta de cómo se aplica en la actualidad, era considerado como un trabajo obligatorio, regulado en los Arts. 29, 30, 31, 32 y 33 del mencionado cuerpo legal, este trabajo era en beneficio del Estado, debiéndose determinar por medio de un reglamento interno de las cárceles la parte que le correspondía al reo como producto de su trabajo.

En ese sentido, no era aplicable ese tipo de trabajo como un reemplazo a las penas de cárcel sino que formaba parte de la misma disciplina impuesta al recluso para lo cual se ordenaba en la ley la responsabilidad del Estado de implementar talleres suficientes para que los reos puedan trabajar en el interior de las mismas.³²

En éste código, en el Art. 67-A y siguientes se mencionaba la “Remisión Condicional,” que sería el equivalente a la suspensión condicional de la Ejecución de las Penas, esa disposición legal relacionaba también los tipos penales que estaban excluidos de este beneficio.

Se trataba principalmente de delitos contra el patrimonio como la Estafa, el Hurto, Robo, así como también delitos contra la integridad física como las Lesiones. Esta figura jurídica de la Remisión condicional, sería la equivalente al beneficio que actualmente se conoce como suspensión condicional de la ejecución de la pena de prisión, que siempre era aplicable para los casos de prisión menor y mayor, o sea las que no excedan a los tres años de prisión.

1.3.3 CÓDIGO PENAL DE 1973

Las clases de penas que se contemplaban en el Art. 58 del Código Penal de 1973³³ que era previo al actual, eran la de muerte, prisión y multa; el trabajo de utilidad pública, no estaba comprendido como un tipo de pena ni de beneficio para el condenado; pero fue a partir de ésta

³¹ Código Penal de 1904, Decreto de la Asamblea Nacional Legislativa de la Republica de El Salvador, del 8 de abril de 1904, publicado en el Diario Oficial S/N del 10 de octubre de 1904. La pena de prisión no era considerada la más grave, sino que la pena de muerte.

³²Art. 33 C.P 1904: En la capital de la República y otros lugares en que fuere posible, las prisiones deberán tener talleres suficientes para que los reos puedan trabajar en el interior de las mismas...” Estas regulaciones en el CP se daban por no contarse con la Ley de Vigilancia Penitenciaria.

³³ Código Penal, Decreto Legislativo número 270 del 13 de febrero de 1973, publicado en el Diario Oficial No. 63, Tomo No. 238 del 30 de marzo de 1973. Resultó una innovación la introducción de la suspensión de la pena a partir de éste CP.

legislación que se establecía la Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena en el art. 87 para penas no mayores de tres años siempre que precedieran los requisitos establecidos para la suspensión y con las obligaciones inherentes contenidas en el Art. 88 CP³⁴.

Esta legislación penal permitía al juzgador tener claridad respecto a los casos en los cuales era posible la aplicación de la suspensión porque existían disposiciones expresas que lo regulaban restando margen a posibles arbitrariedades o confusiones, aunque desde otro punto de vista podría considerarse como limitante a la discrecionalidad del juez.

1.3.4 CÓDIGO PENAL DE 1998

El actual Código Penal³⁵ en el Art. 45 hace la clasificación de las penas principales como: la prisión, arresto de fin de semana, arresto domiciliario, multa, siendo hasta en este código que se introduce la prestación de trabajo de utilidad pública como una nueva modalidad de pena. Pero ante esa clasificación se puede hacer la consideración que este tipo de pena, no está considerada como pena principal, solamente como reemplazo de la pena de prisión.

La anterior afirmación se puede corroborar al observar el catálogo de delitos, de los cuales algunos están sancionados con pena de multa, otros con arresto de fin de semana, pero ningún delito está sancionado con pena de trabajo de utilidad pública, significa que el Juez no puede aplicarla directamente como pena sino primero mencionar la pena de prisión que debe ser de tres años o menos, y luego efectuar el reemplazo de dicha pena si cumple con los requisitos para ello, de acuerdo al procedimiento establecido en el Art. 74 y sigts. del Código Penal.

Diferente es el caso de las faltas, las cuales si hay varias que están directamente sancionadas con la pena de trabajo de utilidad pública,³⁶ en tales casos si se considera una pena principal,

³⁴Las medidas a controlar al otorgarse el beneficio eran: a) Someterse a las medidas de tutela del patronato respectivo, si lo hubiere; b) Residir o abstenerse de hacerlo en lugar determinado y comunicar al juez o al patronato, en su caso, todo cambio de domicilio; c) Abstenerse del abuso de bebidas embriagantes y del uso de sustancias estupefacientes o alucinógenas; d) Dar cumplimiento al compromiso de reparar el daño dentro de los plazos o formas que se le fijen.

³⁵Código Penal de El Salvador. Decreto 1030 de fecha 26 de abril de 1997, publicado en el D.O. No. 105, Tomo No. 335, del 10 de junio de 1997.

³⁶A continuación se mencionan algunas faltas que están sancionadas con trabajo de utilidad pública como pena: Daños, Art. 381; Objetos de Ilícita Procedencia, Art. 388; Violación de Sepulcros, Art. 399; Profanación de Sepulcros, Art. 400; Menosprecio de Cadáveres, Art. 401 y Sustracción o Apoderamiento de Cadáveres, Art. 403, todos del Código Penal.

pero debemos recordar que el trámite de las faltas es un procedimiento especial, cuya tramitación le corresponde al Juez de Paz.

En cuanto a las penas a aplicar para el caso de las faltas en materia penal, tienen su propia regulación en el Art. 371 No. 4 siendo éstas: arresto de fin de semana, la de arresto domiciliario, la de prestación de trabajo de utilidad pública y la de multa. En esos casos no es aplicable dicha pena como reemplazo de pena de prisión porque ésta no existe para las faltas a diferencia de los delitos, por lo tanto, sí es aplicable como pena principal.

1.4 TEORIAS QUE JUSTIFICAN LA PENA

Las teorías que justifican las penas están en relación a la función que se asigna al Derecho Penal en su conjunto, desde un punto de vista sociológico hacemos referencia a una realidad que acaece en un entorno determinado, una forma de combatir la delincuencia por lo que es necesario formular regulaciones de conductas consideradas anti sociales.

Esa regulación concluye en la función del derecho penal como medio de control social,³⁷ pero de manera formal ya que está monopolizado por el Estado a diferencia de otro tipo de controles como la familia, las instituciones sociales, las escuelas, que también ejercen control pero de manera informal.

Para el autor MIR PUIG, la norma es un hecho social en cuanto constituye una expresión fáctica de la voluntad de los legisladores, son obras humanas que han sido hechas por los hombres, no constituyen entidades separadas de la realidad que gravitan por encima de ella sin pertenecerle;³⁸ son hechos del hombre que integran una parte fundamental de su quehacer social como actividad legislativa; son hechos sociales de primer orden que existen en el espacio y en el tiempo.

Puede aparecer la disyuntiva si realmente las normas son hechos sociales por ser creación del hombre, el cual sería un planteamiento del Sociologismo Jurídico, que concibe las normas como

³⁷TRAVERSSA, Ramiro: *Neopunitivismo Y Control Social. Reflexiones Sobre La Represión Selectiva De La Política Populista*, Revista Panorama. Universidad Nacional de Córdoba, Vol. 8, n.º 15. 2014 P. 134. El autor se refiere a una desbordante explosión de nuevas figuras penales y una lluvia de interpretaciones judiciales que extienden el ámbito de la responsabilidad penal más allá de lo razonable.

³⁸Para Mir Puir el Derecho Penal es un conjunto de prescripciones jurídicas que desvaloran y prohíben la comisión de delitos y asocian a éstos, como presupuesto, penas y/o medidas de seguridad, como consecuencia jurídica. *Derecho Penal Parte General*. 5ª. Edic. Edit. Tecfoto S. L. Barcelona 1998. P. 11.

regularidades del comportamiento social, a diferencia de la dogmática no entiende por norma algo que los hombres hacen sino algo que los hombres deben hacer.³⁹

Bajo ésta premisa lógicamente la normativa penal está caracterizada por la coercitividad, que es un elemento del que carecen otro tipo de normas que pretende la integración de la misma en la vida social, a través del conocimiento de ésta por parte de los ciudadanos y establecer de alguna manera un orden preventivo en la protección de bienes jurídicos.

Esos bienes jurídicos en sentido dogmático es el objeto de tutela penal, ej. la vida, la propiedad, la libertad, etc.⁴⁰ Por tal razón los ciudadanos deben estar debidamente informados sobre qué es lo que se encuentra penalmente prohibido, de manera de dirigir su conducta conforme a ello.

Para el cumplimiento de esa finalidad, la norma penal no debería ser ambigua o confusa de manera que dé aplicación a diversos criterios, en consecuencia se debería distinguir claramente la función que el Derecho Positivo atribuye a la pena y la función que de hecho despliega en la vida social, no solamente al plano individual sino como protector de los bienes jurídicos en abstracto, enmarcando la conducta humana en un delito, que puede ser realizada por acción o por omisión, la cual es típica, antijurídica y culpable.⁴¹

Según la Escuela Clásica Italiana el principio fundamental de la responsabilidad penal debe formularse de la siguiente manera: todo hombre debe someterse a las normas de convivencia, de religión, de moral, de derecho que hacen posible la existencia.

El desarrollo de una sociedad y toda violación a las normas jurídicas genera responsabilidad penal por el solo hecho de vivir en sociedad,⁴² lo que para la Escuela Clásica la pena no debe ser

³⁹MIR PUIG, Santiago, *“Sobre la Posibilidad y Límites de una Ciencia Social del derecho Penal. Derecho Penal y Ciencias Sociales”*, 1ª. Edic. Universidad Autónoma de Barcelona. 1982. P.19. No obstante que el autor plantea la norma como hecho social, admite que está establecida como un deber ser, una prohibición de realizar conductas contrarias a la norma.

⁴⁰MIR PUIG, Santiago, op. Cit. P. 134. Plantea la integración de la norma en la vida del ciudadano, y en la protección de derechos inherentes a las personas, los que se reconocen como bienes jurídicos. El bien jurídico puede ser analizado desde el sentido político-criminal, que sostiene que lo único que merece ser protegido es el derecho penal, y el sentido dogmático como objeto de la tutela jurídica, conceptos que se hallan próximos.

⁴¹ALONSO, Patricia y otros: *Apuntes del tipo penal concierto para delinquir en la legislación colombiana*: Revista Pensamiento Americano, Colombia, 2013. pg. 3.EBSCOhost», accedido 25 de junio de 2016, Se están refiriendo los autores al fin de prevención que aduce cada delito y la apena reconocida como una advertencia de consecuencia a la contravención de la norma.

⁴²BACIGALUPO, Enrique, *“Relaciones entre la Dogmática Penal y la Criminología” Del libro Derecho Penal y Ciencias Sociales*, 1ª. Edic. Universidad Autónoma de Barcelona. 1982. P. 61. En sus teorías se considera la adecuación de las penas según las características de cada delincuente, no tanto a la acción cometida. Ese

proporcionada al delito, sino adaptada al delincuente. Esta teoría nos llevaría a la práctica de un derecho penal de autor, considerando la personalidad del delincuente, no tanto la acción típica cometida por éste.

1.4.1 FIN RETRIBUTIVO DE LA PENA

Para el pensamiento retribucionista, el sentido de la pena se fundamenta en que la culpabilidad del autor de un delito solo se compensa con la imposición de una pena. De ahí que su postulado esencial sea que la pena es retribución del mal causado, por lo que la justificación de la sanción penal, en estas teorías, es únicamente la realización de la justicia como valor ideal.

Se considera en teoría que el fin de la pena en nuestra legislación no es el de retribuir o expiar la mala acción o delito cometido, ya que el castigo está completamente desvinculado del efecto social que se pretende con el fin de la prevención general o especial, sino que tal como lo establece el Art. 27 Cn. el fin de la pena es el de rehabilitar al delincuente.

Sin embargo el Art. 63 C. Pn. establece el principio de proporcionalidad de la pena al momento de dictar sentencia, aplicando una dosimetría de la pena según la extensión del daño en cada caso, por lo que se puede afirmar que sí está contemplado el fin retributivo en nuestra legislación amparado en la aplicación de justicia en su acepción más simple dar a cada quien según lo que le corresponde.

Al respecto de la adecuación de la pena, ROXIN afirma que difícilmente se va a encontrar una fórmula matemática que determine la pena a aplicar, pero que se debe auxiliar de las teorías de la determinación de la pena adecuables a la magnitud de la culpabilidad.⁴³ La norma propone parámetros a considerar siempre en atención a la proporcionalidad y la idea de la retribución que presupone que la pena debe ser justa y que corresponda su duración como la compensación de la gravedad del delito.

pensamiento se puede retomar en la consideración de aplicación de medidas sustitutivas a la detención, el fin, la necesidad de la pena o los casos en los que se puede prescindir de la misma.

⁴³ROXIN, Claus, op. Cit. P. 82. "Ciertamente es que no se puede determinar matemáticamente de forma exacta qué pena se corresponde con la magnitud de la culpabilidad; sin embargo, con la ayuda de las reglas legales de determinación de la pena y una teoría de la determinación de la pena científicamente perfeccionada, se consiguen de todos modos magnitudes penales de alguna forma calculables." Hay jueces que parten de la imposición de penas mínimas si no hay atenuantes o agravantes, hay otros que consideran partir de la media entre mínimo y máximo, si hay atenuantes, baja y lo contrario con cada agravante va ascendiendo hasta la máxima.

Podemos encontrar los orígenes del fin retributivo en la ley del Talión, ojo por ojo, diente por diente, tienen su base en el fundamento religioso, así como se establecía en el texto bíblico libro del Éxodo, 21:24.⁴⁴ A partir de la aplicación de ese tipo de penas en la Edad Antigua es que la pena de prisión viene a ser un avance y una forma de humanización de las penas infamantes.

El autor CLAUS ROXIN está en desacuerdo con el fin expiatorio de la pena, ya que a su juicio, esa sanción es justa y compensa su culpabilidad, al admitir que sus consecuencias son indeseables desde el punto de vista de la política social; a diferencia del fin retributivo o expiatorio considera que no puede justificar la pena pues no sería un acto voluntario, se impondría a la fuerza.⁴⁵

Para algunos autores como HASSEMER, consideran la pena retributiva como una combinación del fin preventivo especial ya que tiene como meta someter la voluntad del delincuente al ordenamiento jurídico, intimidarle para el futuro y exigir la observancia general de la ley, ya que de esa forma, se logra la confianza en el principio de justicia mediante la correspondencia entre delito y pena, estimulando en el condenado la sensación de su propia responsabilidad.⁴⁶

La tarea del juzgador de decidir sobre una pena, no es fácil y muchas veces se aplican los mínimos establecidos considerando la efectividad de los fines de rehabilitación que en nuestro sistema penitenciario están lejos de cumplirse y además la gravedad con la que están sancionados la mayoría de delitos incide muchas veces a la aplicación de las penas mínimas.

Esos fines deben ser analizados por el juzgador al momento de la imposición de una pena, ya que para éstos difícilmente es aplicable algún tipo de regla matemática al momento de dictar un fallo condenatorio, es decir partiendo de la media entre mínimo y máximo, así se va

⁴⁴Encontramos en el texto bíblico como cierto tipo de pena con fin de venganza eran permitidos, Biblia Dios Habla Hoy, Sociedades Bíblicas Unidas, México, 1989, “ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura, herida por herida, golpe por golpe”. Lo cita de esa manera, textual el libro de Exodo y que fue aplicado como regla permitida por Dios en la antigüedad, pero no debía haber un exceso en esa venganza.

⁴⁵ROXIN, Claus, op. Cit. P. 85. “...con la expiación se piensa que el autor acepta interiormente la pena como justa compensación de la culpabilidad, que asimila moralmente su comportamiento delictivo... pero no puede servir para justificar la pena retributiva, pues una vivencia expiatoria de este tipo, constituye un acto moral autónomo de la personalidad, no puede imponerse a la fuerza...”

⁴⁶Hassemer Winfried, *Derecho Penal y Ciencias Sociales*, 1ª. Edic. Universidad Autónoma de Barcelona. 1982, P 126. Acorde al fin retributivo pretende inculcar en el sujeto activo la conciencia sobre sus actos y las consecuencias que los mismos producen.

disminuyendo con las atenuantes y ascendiendo con las causales agravantes de responsabilidad penal.

Mir Puig cita al filósofo alemán Kant como el defensor de la Teoría Retribucionista, ya que éste considera que el hombre es un fin en sí mismo y no es lícito instrumentalizarlo en beneficio de la sociedad, y describe el ejemplo famoso de Kant de la isla el cual es bastante ilustrativo de la posición de éste pensador.⁴⁷

En ese ejemplo ilustrativo, se muestra claramente el fin retributivo de la pena independientemente del fin utilitario que podría tener ante la sociedad que en ese caso era inexistente, concluyendo con el pensamiento de Federico León Szczaranski Vargas que la pena constituye un castigo por cuanto ella es un vehículo convencional para la expresión de actitudes de indignación, resentimiento, juicios de reprobación y reproche; caracterizándose la pena en que expresa un sentimiento de condena, reproche, reprobación por parte de la comunidad.⁴⁸

Estos elementos se ven reflejados en la realidad de El Salvador, en cuanto al fin de la justicia trasladada en la pena por el delito cometido, mientras más severa la pena más conformidad social que se interpreta como un resarcimiento al hecho cometido.

1.4.2 FUNCIÓN PREVENTIVA DE LA PENA

Esta función es opuesta a la retribución, en ésta se asigna a la pena, la misión de prevenir delitos como medio de protección de determinados intereses sociales. Por regla general, el fin con el cual justifican la pena es la prevención del delito, y dependiendo de a quiénes se dirige se distingue entre prevención especial, si se pretende evitar que el condenado vuelva a delinquir en el futuro y prevención general, si se busca prevenir que terceros no delincan.

1.4.3 FIN DE PREVENCIÓN ESPECIAL

⁴⁷MIR PUIG, Santiago, op cit. P. 47. Se refiere al ejemplo de Kant de una isla cuya población decidiese disolverse y dispersarse por el mundo, y en la que se plantease la cuestión de si hay que mantener el castigo pendiente de los delincuentes, a lo que el autor alemán responde que, aunque resultara del todo inútil para dicha sociedad _puesto que dejaría de existir_ debería ejecutarse hasta el último asesino que se hallase en prisión, únicamente para que todos comprendieran el valor de sus actos.

⁴⁸SZCZARANSKI VARGAS, Federico León «*El rol de la retribución en una teoría de la pena como institución regulativa*». Artículos de Investigación, Revista Ius et Praxis 21, n.º 1 (enero de 2015), Universidad de Talca, Chile: 171-203. P. 196. Plantea el rol de la retribución para la satisfacción de la sociedad por el daño que se le ha ocasionado y que por lo tanto es un castigo que el culpable merece para satisfacción de la comunidad.

Con la aplicación de una pena, se persigue entre otros fines que el actor se abstenga en lo sucesivo de incurrir en nuevas infracciones penales, ya se trate del mismo delito como de uno diferente, por ejemplo, en el caso de un agresor de la indemnidad sexual de menores, delitos altamente reprochables por la sociedad, se pretende naturalmente excluir a esta persona de su entorno y evitar la reincidencia, de ahí que las penas sean severas para esos hechos.

A FRANZ VON LISZT se le atribuye ser el impulsor de la prevención especial, sostuvo que *“La pena que es una coacción que se dirige contra la voluntad del delincuente y le proporciona los motivos necesarios para disuadirlo de cometer el delito”*⁴⁹. Vista esta función de la pena hacia un futuro, que el condenado aprendiera la lección impuesta para evitar un sufrimiento similar por la acción penal que hubiere cometido.

A la vez VON LISZT distinguió tres manifestaciones distintas de prevención especial en función del tipo de delincuente al cual se dirige la pena. En primer lugar, para los delincuentes incorregibles propuso la incoización o una pena de prisión por tiempo indeterminado mejor conocida como cadena perpetua; en segundo lugar, para los delincuentes habituales postuló la corrección, y en tercer lugar, la intimidación para los delincuentes ocasionales⁵⁰.

Liszt no negó que la ejecución de la pena implicase algún grado de retribución, pero ello sería el medio para alcanzar la prevención. Es importante en éste punto realizar un breve análisis de ese fin preventivo desde el punto de vista del individuo que analiza Liszt, si en El Salvador en el transcurso de su historia ha cumplido esa función de la pena, si el grado de reincidencia es mínimo, o si independientemente de la agravación de las penas no influye en la reducción de cometimiento de hechos delictivos.

Por lo tanto, puede ser que nos encontremos en presencia de rasgos de personalidad, socialización, marginación o pobreza que no han sido satisfactoriamente superados en el tratamiento penitenciario, y que pueden conducir a un irrespeto a la norma por lo que todos esos

⁴⁹RUIZ DE ALARCÓN, Juan, op cit. P. 147. Para este autor prevalecen los fines disuasivos particulares, sobre el propio delincuente, quien debe entender las consecuencias de sus actos y no incurrir de nuevo en ellos. Es una concepción idealista, lo que se puede pretender con toda legislación penal, pero la realidad parece reflejar otro resultado cuando a pesar de aplicar el derecho penal como primera opción, la tendencia a la criminalidad no disminuye.

⁵⁰Ibid. op cit. P. 148. Menciona a Von Liszt Realiza como el que realiza tres clasificaciones de delincuentes, según el tipo de personalidad que muestren, no tanto por el hecho cometido, será el castigo que reciban, que puede ser de cadena perpetua, corrección o intimidación, tiene sentido cuando se pretende proteger a la sociedad de sujetos incorregibles, pero quién va a determinar esas categorías, sería una aplicación del derecho penal de autor.

factores deberán ser tomados en cuenta al momento de determinación de la pena,⁵¹ lo que constituye un parámetro que indica al fin rehabilitador del Art. 27 Cn. que no se cumple en el sistema penitenciario salvadoreño.

Con la misma finalidad de procurar disminuir la reincidencia, se ha pretendido que los jueces agraven las penas en casos de reiteración delictiva, así tenemos como ejemplo la regulación del Art. 54 literal 1 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas⁵², que prevé como agravantes especiales: “*que el autor haya sido declarado culpable, por un delito análogo por un tribunal nacional*”.

Muchas veces en los casos de Posesión y Tenencia en cantidades menores de dos gramos son con la finalidad de consumo, con lo cual no se afectaría el bien jurídico de la salud pública, sino la afectación de la salud del consumidor bajo su propio riesgo, pero al no ser demostrado éste fin lo más probable por una deficiente defensa que no alega esa circunstancia particular, es declarada la culpabilidad, con la fuerte posibilidad de reincidencia por parte de éstos sujetos, lo que puede significar para futuros casos, la agravación de la pena a imponer.

En el Código Penal vigente, no se incluye en su articulado los grados de peligrosidad, como es la reincidencia y la habitualidad como circunstancias agravantes ya que considerarse, serían un claro resabio del Derecho penal de autor, el cual si había influenciado la legislación anterior⁵³.

Es importante el análisis que al respecto realiza el Juez Carlos Sánchez Escobar al afirmar que la apreciación de reincidencia no puede operar automáticamente para agravar la culpabilidad y

⁵¹MARTÍNEZ OSORIO, Martín Alexander, *La Reincidencia y la Habitualidad en la Legislación Salvadoreña* Publicado en la Revista De Legibus, N° 2, Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”, San Salvador, 2008. Respecto de factores externos que inciden en el comportamiento humano dice “*condiciones que pueden suponer un debilitamiento de la voluntad de respeto a la norma, y han de ser consideradas con todos sus efectos, en los ámbitos que corresponden, esto es, en la determinación judicial de la pena y en el tratamiento penitenciario*”.

⁵²Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, Decreto No. 153, de fecha 02/ 10/2003, Publicado en el D.O. número 208 del 7/11/2003. Esa disposición podría ser declarada inaplicable por los jueces, fundamentándose en que la reincidencia no es causal de agravación de las penas a imponer, también en la prohibición de doble persecución penal, ya que un primer delito tuvo su propio juzgamiento y consideración de todos sus elementos y no puede ser base para agravar conductas posteriores.

⁵³En el Proyecto salvadoreño de 1960 se han contemplado al menos tres formas importantes de reiteración delictiva con claros efectos agravatorios: la reincidencia, la habitualidad y la profesionalidad.

por ende cualificar la pena en una mayor proporción y no debe rebasar a la que correspondería a la ponderación de la culpabilidad.⁵⁴

Sin embargo, vemos que aún están vigentes ciertas disposiciones penales que consideran la reincidencia para fines de consideración de las penas. La agravante por reincidencia continúa vigente en el Art. 346-B CP⁵⁵ para los casos de tenencia ilegal o irresponsable de arma de fuego, y en el caso del delito de Receptación, cobró importancia la habitualidad en el Art. 214-A inc. final CP disposición que agravaba las penas en casos de habitualidad,⁵⁶ el cual fue derogado por la misma tendencia a no considerar la reincidencia o habitualidad como causal agravante de la responsabilidad penal.⁵⁷ En conclusión, el fin preventivo va dirigido al sujeto activo, al autor individual del delito, mediante la cual se pretende que el autor desista de cometer otros a futuro.

1.4.4 FIN DE PREVENCIÓN GENERAL

La teoría de la prevención general, que va orientada a enviar un mensaje a la sociedad. En relación a este fin, Mir Puig menciona a Feuerbach como el introductor del concepto de prevención general ya que para éste *“la pena sirve como amenaza dirigida a los ciudadanos por la ley para evitar que delincan, operando como coacción psicológica.”*⁵⁸ En la antigüedad era la finalidad de la ejecución en público de las penas crueles o infamantes para que fueran ejemplarizantes.

En la actualidad podemos considerar la posibilidad de fin de prevención general, con la imposición de penas graves que pueden considerarse perpetuas por el tiempo de ejecución, y tenemos como ejemplo el delito de Secuestro, que en el código penal de 1973, en el Art. 220

⁵⁴ La jurisprudencia ha sostenido que la reincidencia no afecta el principio de culpabilidad hasta el punto de elevar el quantum de la pena sobre sus límites máximos. SÁNCHEZ ESCOBAR, Carlos Ernesto, *op. cit.* p. 95.

⁵⁵ Es un ejemplo de reincidencia en materia penal el art. 346-B inc. Último CP cuando establece: Si el tenedor, portador o conductor reincidiere o tuviere antecedentes penales vigentes, será sancionado con prisión de cinco a ocho años.

⁵⁶ La habitualidad estaba regulada en el Art. 214-A Pn. inciso derogado establecía: *“Si el culpable ejecutare habitualmente los hechos que se sancionan en el presente artículo, la pena será de uno a cinco años de prisión y de veinte a doscientos días multa”*.

⁵⁷ Decreto Legislativo No. 703, DO No. 183, tomo No. 345, del 4 de octubre de 1999, que contiene las reformas al Código Penal.

⁵⁸ MIR PUIG, Santiago, *op. cit.* p. 51. Es un claro planteamiento de prevención general al pretender enviar un mensaje a la sociedad sobre lo que les podría ocurrir si cometen ese tipo de hechos. Sostiene que la prevención no debe buscarse a través de la intimidación negativa, o sea la inhibitoria tendencia a delinquir, sino también mediante la afirmación positiva del Derecho Penal, como afirmación de las convicciones jurídicas fundamentales, de la conciencia de la norma.

estaba sancionado con la pena de 10 a 20 años de prisión; con la entrada en vigencia del Código Penal de 1998, en el Art. 149 CP, se aumenta considerablemente la pena de 30 a 45 años de prisión,⁵⁹ pena incluso más grave que la de Homicidio Agravado, pero esto se dio por el incremento de hechos de secuestro con el objetivo de contribuir a su disminución.

Otro ejemplo es la reciente erogación de la Ley Especial contra el Delito de Extorsión,⁶⁰ que modifica la aplicación que se estaba dando en los tribunales en base al Código Penal, en cuanto a los grados de participación y de ejecución, ya que antes se admitía la complicidad para ese delito así como la tentativa, lo cual no es aplicable en la ley especial, entendiéndose siempre como un delito consumado.

Dicha ley además proporciona directrices sobre la admisión del testigo de referencia,⁶¹ en la Ley Especial contra el Delito de Extorsión, establece que se debe admitir por regla general y no de manera excepcional como lo regula el Código Procesal Penal, lo cual obviamente induce a la obtención de más condenas.

En estos casos se vislumbra sin lugar a dudas, el fin de prevención general en sus considerandos I y V de dicha ley⁶². Este tipo de reformas están dirigidas a dar una respuesta al clamor social de exigencia de seguridad y no se encuentra una mejor forma que mediante el endurecimiento de penas y evitar la flexibilización de procedimientos que favorezcan a los actores de éstos delitos.

De esa forma se envía un mensaje a los juzgadores en el sentido que deben cambiar la función de garante y de respeto a los principios que se han venido aplicando para ser un juez que solo aplique la ley sin mayor análisis en base a la Constitución, con lo cual hasta podría afectarse el principio de independencia judicial.

⁵⁹ En el Tribunal de Sentencia de La Unión en el Proceso Penal 82/15, se condenó a un imputado de la edad de 18 años a la pena de 45 años por el delito de Secuestro Agravado, en una víctima menor de edad, siendo esa la pena mínima a aplicar por motivo de la agravante.

⁶⁰ Ley Especial Contra el Delito de Extorsión, Decreto No. 953 del 18 de marzo de 2015, publicado en el D.O. No. 56 de 23 de marzo de 2015.

⁶¹ Sobre la admisibilidad del testigo de referencia el art. 9 inc. 2º. de la LECDE regula: “*En el enjuiciamiento del delito de extorsión, se deberá favorecer la aplicación de anticpos de prueba y la admisión del testimonio de referencia*”.

⁶² Considerando I de la LECDE: “*Que el delito de extorsión, previsto y sancionado en el Art. 214 del Código Penal, actualmente tiene una configuración legal insuficiente, que no corresponde con la realidad...*”. Considerando V: “*Que con la finalidad de evitar impunidad a causa de la tipificación penal del delito de extorsión existente, es necesario readecuarlo a las circunstancias reales que enfrentan las víctimas...*”

Ese deber garantista no debe entenderse como estar favoreciendo a la delincuencia, sino como un deber judicial de respeto a la Constitución, considerando precedente mencionar en éste punto el concepto de garantía que proporciona Aliste Santos: “*acción y efecto de afianzar lo estipulado, se construye con referencia obligada a las ideas de confianza, seguridad, protección y defensa social.*”⁶³ La admisión de pruebas como las testimoniales de referencia, la determinación por ley de los grados de participación en leyes especiales a diferencia de la Ley Procesal Penal, debería analizarse desde la perspectiva de los principios de igualdad y seguridad Jurídica, ya que otros casos similares previos a la ley, en el caso del delito de Extorsión, han sido resueltos aplicando por ejemplo la tentativa y la complicidad, lo cual al entrar en vigencia la Ley Especial ya no es posible.

Podemos sostener que la reflexión sobre la relación entre Poder Judicial y política en América Latina se articula alrededor de esta noción, entendida como el grado de autonomía de los jueces para tomar sus decisiones sin interferencias (fundamentalmente del poder político, pero no exclusivamente)⁶⁴.

Esto puede considerarse un retroceso en materia de derechos fundamentales ante la justificación de la necesidad de fortalecer la seguridad pública, función que no debe ser atribuida al órgano judicial, ya que es una de las funciones del Órgano Ejecutivo Art. 168 en sus ordinales 3° y 17° de la Constitución de la República.⁶⁵

En relación a la política criminal, la cual puede entenderse como la parte de la política general de un Estado que se enfoca hacia el control de los conflictos de índole criminal, se considera que es una política de carácter autoritario, por el mensaje que se envía a la sociedad de que el

⁶³ALISTE SANTOS, Tomás Javier, *La Motivación de las Resoluciones Judiciales 1a. Edic. Edit. Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2011. P 138.*

⁶⁴FIX FIERRO, Héctor, y otros, *Culturas Jurídicas Latinas de Europa y América en Tiempos de Globalización, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica No. 139, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2003.*

⁶⁵Constitución de la República Art. 168 No. 3°.- *Procurar la armonía social, y conservar la paz y tranquilidad interiores y la seguridad de la persona humana como miembro de la sociedad; 17°.- Organizar, conducir y mantener la Policía Nacional Civil para el resguardo de la paz, la tranquilidad, el orden y la seguridad pública, tanto en el ámbito urbano como en el rural, con estricto apego al respeto a los Derechos Humanos y bajo la dirección de autoridades civiles.*

poder estatal existe y está ahí para proteger los bienes jurídicos, está concebido como un instrumento de reacción punitiva frente al delito, reaccionando frente a él por medio de la pena.⁶⁶

Para Claus Roxin la teoría de la prevención general es la finalidad primordial de las penas, no tanto la retribución sobre los delincuentes reincidentes, sino el aplicarlo como política social para evitar que se incurra en nuevos hechos.⁶⁷ La efectividad de esta teoría puede ser contrastada con los datos estadísticos de incidencia delictiva, si lo ejemplarizante de las penas de prisión influye en bajar los índices de criminalidad de un país.

Como ejemplo tenemos el número de procesos ingresados al Tribunal de Sentencia de La Unión desde el año 2011 hasta el 2015,⁶⁸ en cuyos libros de entradas de procesos penales se ve el incremento cada año de procesos tramitados en ese tribunal, por lo se puede llevar a la conclusión que la política de agravar las penas no logra su objetivo de prevención general que se pretende con las mismas.

1.4.5 PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA

Partimos de la idea principal que la Constitución debe restringir el excesivo e insaciable jus puniendi del Estado basado en los fines político-criminales que rigen el sistema penal para estructurar un verdadero Derecho Penal Constitucional, que no esté orientado por las corrientes ideológico-políticas de los legisladores de turno, sino que sea desde la base de cumplimiento de los principios constitucionales que fundamente y justifique la sanción penal.

El término de prevención general positiva es atribuida a Hans Welzel por su concepción de la *función ético-social del Derecho penal*, debe verse principalmente desde una visión sociológica, a diferencia de la prevención general negativa⁶⁹, que pretende el carácter disuasorio

⁶⁶MOLINA LÓPEZ, Ricardo, *El debido proceso penal en Colombia y España*, Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Vol. 40, n.º112 Medellín, Colombia. (enero de 2010): p. 18.

⁶⁷ROXÍN, Claus, op. cit. P. 92. "...está orientada, al contrario de la teoría de la retribución, a la misión de protección del Derecho Penal, pues no es suficiente que la pena actúe sólo sobre los ya reincidentes; más bien es deseable político socialmente prevenir además la comisión de delitos en general y desde su principio."

⁶⁸ Se verificó el libro de entradas de procesos penales que se lleva en el Tribunal de Sentencia de La Unión para determinar si ha existido disminución de ingresos corroborando lo siguiente: Año 2011: 297 procesos; año 2012: 328 procesos; año 2013: 334 procesos; año 2014: 408 procesos; año 2015: 361 procesos. Se verifica de esa manera el incremento en procesos penales no obstante las políticas en contra de la criminalidad implementadas.

⁶⁹ Berdugo/Arroyo/García/Ferré/Serrano. *Lecciones de Derecho penal*. Parte General, 2ª Ed. Barcelona: Praxis, 1999, pp. 39 y ss.; García, N., *El poder punitivo en el Estado democrático de Derecho*. Cuenca: U. de Castilla-La Mancha, 1996, p. 43. Sobre la relación entre el Derecho constitucional y el Derecho penal, desde la óptica dogmática-penal, Cfr. Tiedemann, K., "Constitución y Derecho penal", *REDC* N° 33 (1991), pp. 145-171.

de la conminación penal y de la consiguiente aplicación de la sanción al culpable, se pretende la aversión al delito, contribuyendo con ello, a disminuir la predisposición delictiva latente en la colectividad.

A diferencia de ello, en la prevención general positiva la pena tiene por objeto la afirmación y el aseguramiento de las normas básicas, de los valores fundamentales que estas protegen, subrayar su importancia y la seriedad de su protección por el mandato normativo, educar al grupo social para que los acate y los asuma como propios y concluya con fortalecer a la colectividad en su conciencia jurídica y educarla en la obediencia al Derecho, acudiendo para ello a las leyes penales justas y a su aplicación sin excesos e igualitaria.

Para el fin preventivo se debe considerar las consecuencias nefastas de las penas de prisión y los casos en que es aplicada de manera innecesaria, no considerando el principio de necesidad, eficacia y proporcionalidad de la pena que ya está plasmado en el código penal, art. 5 y que es de escasa aplicación por los tribunales con competencia penal en el país, determinando que la prevención está encaminada a prevenir la erosión del sistema normativo que se aparta del fin retributivo aplicable como un fin de derecho penal del enemigo.

Esto puede producirse por diferentes causas, ya que necesita un esfuerzo mayor en fundamentación de una sentencia o por la incidencia negativa en la independencia judicial que se ejerce desde ciertos sectores que limitan la libertad de decisión de los jueces, así como el mismo principio de legalidad que señala el camino a seguir como una fórmula matemática, ante la de terminación de la responsabilidad penal, y que puede servir de sustento para apegarse a la decisión más fácil que es la imposición de una pena de prisión aunque ésta pueda convertirse en pena perpetua.

1.5 PRINCIPIOS APLICABLES A LA PENA DESDE EL PUNTO DE VISTA CONSTITUCIONAL

La aplicación de las garantías constitucionales al proceso penal es lo que se analiza en ésta fase de la investigación, todo procedimiento que tiende a determinar la situación jurídica de una

persona, debe realizarse con el respeto a esas garantías consagradas en la constitución y que son reflejadas en la ley.

Es lo que FERRAJOLI podría considerar como “garantismo” que en síntesis es la subordinación de todos los poderes de un Estado a la ley, vinculada ésta a las garantías constitucionales, para considerar que se está dentro de las competencias de un Estado Constitucional de Derecho.⁷⁰

Existe una serie de principios que no deben pasar por desapercibidos por el aplicador del derecho, ya que se trata de resolver la situación jurídica de una persona que está investida de derechos inalienables e irrenunciables, y que en ocasiones no se garantizan.

Tenemos como ejemplo el derecho a la presunción de inocencia, que le asiste a todo imputado mientras no se determine su culpabilidad y se destruya su condición de inocencia mediante la valoración de las pruebas que se reciban en juicio; ese derecho se ve afectado en algunos casos por influencias externas principalmente, que podrían incidir en la independencia del juzgador.

Para el caso tenemos los juicios paralelos que los medios de comunicación se esfuerzan por presentar y dar seguimiento ante la sociedad un caso a manera de formar una opinión que favorece en la mayoría de los casos a formar un criterio de culpabilidad contra el procesado.

En ocasiones los medios de comunicación parecen estar orientados para formar el convencimiento o intimidación por los resultados que se puedan dar de ese caso, ya que de resolver de forma contraria a lo que supuestamente espera la mayoría de ciudadanos, se expone el juez al juicio de reproche, críticas y hasta una posible investigación en su contra.

Por esas circunstancias, el tratamiento público a través de los medios de comunicación de ciertos procesos puede resultar contraproducente pero basado en las consecuencias es imposible restringir la labor periodística ya que se estaría limitando el derecho a la información, pero debería estar regulada por ejemplo no permitir entrevistas a los detenidos ya que muchas veces los hacen confesar ante las cámaras y eso va en contra de los derechos del procesado.

⁷⁰FERRAJOLI, Luigi, “*Garantismo Penal*”, 1ª. Edic. Colección de Lecturas Jurídicas No. 34, México DF 2006. P. 18. Proporciona el concepto de garantismo: “*El modelo de derecho fundado sobre la rígida subordinación a la ley de todos los poderes y sobre los vínculos impuestos a éstos para garantía de los derechos consagrados en las constituciones, en ese sentido el garantismo es sinónimo de Estado Constitucional de Derecho.*”

Pero también la publicidad del proceso penal permite la transparencia ante el público al trámite judicial y a sus resultados, posiblemente el sigilo sea propicio para actos de corrupción. El autor JULIO O CHAPINI cita a BENTHAM quien dijo que: “*La publicidad es la más esencial de todas las garantías de la recta administración de justicia...*”⁷¹ Lo importante es que sea una información objetiva, no parcializada, respetando a esa presunción de inocencia y al derecho a la imagen como garantías fundamentales para todo ciudadano.

No se pretende que impere la secretividad en el ámbito penal, al contrario, la publicidad puede ser una garantía para la transparencia en un proceso, BIDART CAMPOS concluye contundentemente que las instancias de todo proceso penal deben ser conocidas por la sociedad siempre previendo las excepciones por circunstancias especiales o en la etapa previa al proceso,⁷² significa que puede representar una doble utilidad, pero en ningún caso pretender con la publicidad del caso incidir en la decisión del juez.

La Sala de lo Constitucional, ha reconocido que el contenido normativo del Art. 12 Cn. como principio que reviste igualmente el carácter de garantía constitucional, ya que impide que a la persona a quien se le atribuye un delito se le trate como a un culpable aunque aparentemente no lo sea, hasta que la autoridad judicial competente se pronuncie sobre la culpabilidad y esa sentencia sea declarada firme.⁷³

El principio de presunción de inocencia o de no culpabilidad posee al menos tres significados claramente diferenciados: (i) es una garantía básica del proceso penal; esto debido a que está reconocido como una garantía constitucional contenida en el art. 12 Cn. (ii) es una regla referida al tratamiento del imputado durante el proceso; debido a que no se ha destruido en todo el trámite

⁷¹ CHIAPPINI, Julio O. *Problemas de Derecho Penal, 1ª. Edic. Editores Rubinzal y Culzoni S.C.C.* Argentina, 1983, p. 191. La publicidad entendida como el acceso que se debe permitir a los procesos, el conocer los motivos por los que dictó una resolución, que genera transparencia, contrario sensu, la secretividad o reserva de los casos, que puede prestarse a arbitrariedades y desinformación de casos relevantes.

⁷² LELLO, Iván Gustavo: *Justicia Penal y Medios de Comunicación*, Revista Latina de Comunicación Social, Vol. 4, No. 41, Laboratorio de Tecnologías de la Información y Nuevos Análisis de Comunicación Social, España. Sobre la publicidad de los procesos penales afirma: “*La sociedad debe conocer las instancias de todo proceso penal de modo más objetivo secreto solo reviste razonabilidad cuando ocurren circunstancias sumamente excepcionales, o en una etapa sumarial primeriza*” Mayo, 2001. P. 3.

⁷³ Sobre el principio de presunción de inocencia, la Sentencia de Inconstitucionalidad 32-2016, pronunciada el 25 de marzo de 2008, establece: “*que el principio impide que a la persona a quien se le atribuye un hecho punible sea tratado como a un culpable, cualquiera que sea el grado de verosimilitud de la imputación, hasta que el Estado, por medio de los órganos judiciales establecidos para exteriorizar su voluntad en esta materia, pronuncie la sentencia penal firme que declare su culpabilidad*”

procesal su derecho a presumirse inocente, lo ideal es que reciba ese trato; y (iii) es una regla relativa a la actividad probatoria.⁷⁴

Al respecto de la actividad probatoria, se debe tener claro que es la parte que acusa la obligada a establecer los hechos acusados, no el imputado obligado a probar su inocencia, sin perjuicio que en el ejercicio de su derecho de defensa material pueda aportar prueba con tal finalidad, incluso al momento de declarar en la vista pública, aunque existe discordancia de criterios al respecto al considerar que se afecta el derecho de igualdad de las partes al permitirse el ofrecimiento de pruebas en la vista pública⁷⁵.

La afectación al derecho de igualdad de las partes es lo que alega la representación fiscal al fundamentar su oposición al respecto al exponer que ha precluido esa fase de admisión de pruebas que se regula en el Código Procesal Penal.⁷⁶ Generalmente es considerado procedente admitir pruebas en ese momento procesal únicamente la ofertada por el imputado, ya que es éste quien en mayor grado se ha encontrado en desventaja en relación a la víctima que tiene los recursos del Estado a través de la Fiscalía que representa los intereses de la sociedad.

Este tipo de garantías pueden ser criticadas en sociedades que se ven afectadas por altos índices de criminalidad, pero el juzgador debe mantenerse firme y garante del cumplimiento de todos esos principios. En este punto, es procedente traer nuevamente a comentario lo expuesto por Ferrajoli, en su libro *Garantismo Penal*, al citar a BRECHT: “Habrá también un juez en Berlín”⁷⁷ refiriéndose a que debe haber un juez capaz de absolver o condenar contra la voluntad de todos cuando falten o existan las pruebas de la culpabilidad.

⁷⁴ Sentencia de Hábeas Corpus 266-2002, pronunciada el 22 de abril de 2003. Establece los tres significados que son atribuibles al principio de presunción de inocencia.

⁷⁵ Art. 92 CP establece: “*Concluido el interrogatorio de identificación el juez dará oportunidad al imputado a declarar cuanto tenga por conveniente sobre el hecho que se le atribuye y para indicar los medios de prueba cuya práctica considere oportuna.*”

⁷⁶ Código Procesal Penal de El Salvador, Decreto Legislativo N° 733, publicado en el Diario Oficial N° 20, Tomo 382, del 30 de enero del año 2009.

Art. 358 CPP regula: “*Dentro de los cinco días previstos en el artículo anterior, el defensor o en su caso el fiscal, el querellante o el actor civil por escrito podrán corresponder: 13) Ofrecer la prueba que pretendan producir en la vista pública cuando el querellante o el fiscal hayan acusado.*”

⁷⁷ FERRAJOLI, Luigi, op. cit. p. 17. La frase “Siempre habrá un juez en Berlín” fue dirigida por el campesino Arnold en 1780 a Federico II, que quería apoderarse de su molino. Es citada por Gustav Radbruch en su libro *Introducción a la Ciencia del Derecho*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1930, cap. VII, párrafo 2. Contrariamente a lo que se suele pensar, en realidad Federico II ignoró la sentencia de los jueces y la sustituyó con un acto de fuerza, apoderándose del molino.

Es necesario que el juez aplique la Constitución, no un simple concedor pacífico de sus contenidos, sino aplicar fundamentos tanto de hecho como de derecho en sus resoluciones, si esa interpretación no está acorde con los principios constitucionales, como lo plantea Zagrebelsky: *“Podrá haber “argumentación” constitucional pero no “aplicación” de la constitución*⁷⁸. Siendo abogados, tendemos a argumentar nuestras alegaciones, aunque estén alejadas de la lógica.

La Constitución es una normativa de aplicación directa, en cuanto a las garantías que contiene, por lo que en el ejercicio jurisdiccional no se puede alegar vacíos en la ley o contradicción alguna con la ley suprema, ya que por el control difuso se faculta a los jueces para la inaplicación de ley secundaria en caso que exista contradicción entre la ley y la Constitución.⁷⁹

1.5.1 DERECHO DE IGUALDAD

El derecho fundamental a la igualdad está regulado en el Art. 3 Cn. que establece “Todas las personas son iguales ante la ley”, la Sala de lo Civil de la CSJ, al respecto de éste principio reconoce que debe manifestarse durante todo el trámite procesal, desde la demanda hasta las sentencia, haciendo énfasis en las actividades procesales en los que se requiera mayor representación de la defensa⁸⁰. Lo anterior no solamente se aplica a la materia civil, sino a todas las áreas del derecho porque el juzgador competente debe garantizar la utilización de igualdad de armas en el proceso como parte del respeto a las garantías que lo rigen.

El Art. 17 CP establece que la ley penal se aplicará con igualdad a todas las personas, siempre y cuando fueren mayores de edad, planteando en el inciso segundo los casos excepcionales cuando las personas gozan de fuero constitucional.

⁷⁸ ZAGREBELSKY Gustavo: *“La Ley y su Justicia “1ª. Edic., Editorial Trotta, Bologna – Italia, 2008, P. 138.*

⁷⁹Art. 185 Cn. *“Dentro de lapotestad de administrar justicia, corresponde a los tribunales en los casos en que tengan que pronunciar sentencia, declarar la inaplicabilidad de cualquier ley o disposición de los otros Órganos, contraria a los preceptos constitucionales”.*

⁸⁰ Sobre el principio de igualdad, la Sala de lo Civil, en recurso Cas 1021, 1997 se pronunció de la siguiente manera: *“Este principio se objetiviza, en cuanto al punto que nos ocupa, permitiéndole a las partes que en un marco de estricta igualdad legal, ventilen dentro de un proceso sus conflictos de intereses; esta igualdad debe manifestarse durante todo el desarrollo del proceso, desde la demanda hasta la sentencia, con especial énfasis en aquellos actos o actividades procesales que representen o se orienten a garantizar el derecho de defensa de las partes”*

Pero cómo debemos entender la aplicación del principio de igualdad específicamente al dictar la sentencia en materia penal, cuando la ley no hace distinción en cuanto a qué casos se debe aplicar una suspensión condicional de la ejecución de la pena y cuándo el trabajo de utilidad pública, ante si en ambos casos los requisitos para su aplicación resultan ser los mismos.

Una opción aplicable y válida puede ser la jurisprudencia de los tribunales, principalmente de casación, tal como lo reconoce la misma sala al resolver que con el recurso de casación se uniforma la jurisprudencia evitando variedad de interpretaciones sobre una misma disposición, a la vez se reconoce que con tal finalidad no se afecta la independencia judicial sino que se fortalece el derecho de igualdad de las partes en la tramitación de los procesos y se logra de esa forma una justicia más equitativa que es lo que se persigue por todo ordenamiento jurídico⁸¹.

El resultado del principio de igualdad es la equidad procesal con la equiparación de condiciones, atendiendo el precedente en determinados casos, la resolución debe ser por lo tanto similar. Por ejemplo, si se condena a un imputado a la pena de tres años de prisión y se le reemplaza la pena por trabajo de utilidad pública, en otro caso semejante se deberá reemplazar también la pena si no se demuestra condiciones particulares del imputado que eviten tal decisión como podría ser la vinculación a pandillas.⁸²

De resolverse de esa manera se estaría aplicando el derecho penal de autor que según CLAUS ROXIN lo define como: “*Se tratará de un Derecho penal de autor cuando la pena se vincule a la personalidad del autor y sea su asocialidad y el grado de la misma lo que decida sobre la sanción*”⁸³. Sin embargo, se debe considerar la realidad social en cuanto a incrementar penas basado en circunstancias distintas a los elementos del tipo penal.

⁸¹ Sobre el fin que se persigue con la aplicación de la jurisprudencia, Sala de lo Civil, en Sentencia 244-CAC-2008. Sostuvo lo siguiente: “*La casación tiene por finalidad uniformar la jurisprudencia, a efecto de evitar en la medida de lo posible, las interpretaciones varias y distintas sobre lo que ordena una misma disposición, sin que ello signifique afectar la independencia judicial, por el contrario de lo que se trata es de guardar el derecho a la igualdad en el trámite de los procesos, lo que lleva a impartir una justicia equitativa, fin este de todo el ordenamiento jurídico.*”

⁸² Ese es el planteamiento en audiencias de vista pública por parte de algunos fiscales, sin embargo la condición de pertenecer a maras debe establecerse como elemento de peligrosidad y que el juez lo considere como motivo para no aplicar beneficios de reemplazo de la pena.

⁸³ ROXIN, Claus, op cit. P. 177. Expresa su desacuerdo en cuanto a la aplicación del derecho penal de autor, ya que considera que la pena a imponer debe ser exclusivamente por el caso en concreto sin analizar la personalidad del delincuente.

En estos casos se adecúa la culpabilidad no solo al hecho, sino que el autor este considerado como un delincuente habitual o que se prevea que continuará delinquiriendo. Para el mismo autor el derecho penal del hecho, debe vincular la punibilidad a una acción concreta, que ha sido descrita típicamente correspondiéndole la sanción a ese hecho individual cometido, obviando la conducción de la vida del autor o las presunciones que seguirá cometiendo hechos similares⁸⁴.

Ese planteamiento es coherente con el respeto a los principios y garantías establecidos en el desarrollo del proceso; pero lo que se pretende aplicar en la práctica es otra situación que exige el sacar de circulación a ciertos sujetos considerados peligrosos, por las conductas mostradas por ejemplo un miembro de pandillas, pero esa consideración tendría un sustento en las mismas leyes que se han aprobado para contrarrestar su accionar.

No obstante que existan sujetos considerados peligrosos, éstos no están excluidos de la exigencia de sus derechos como lo comenta FERRAJOLI, que las constituciones establecen límites y vínculos para las mayorías, esencialmente se garantiza la igualdad de los ciudadanos - sean ellos desviados o no- y la garantía de sus derechos fundamentales, principalmente la vida y la libertad personal, los que no se pueden sacrificar por voluntad de las mayorías ni el interés general, ni bien común y público frente a los cuales puedan ser sacrificados.⁸⁵

1.5.2 EL DERECHO A QUE SE SIGA UN PROCESO CONSTITUCIONALMENTE CONFIGURADO O DEBIDO PROCESO.

Partimos de lo establecido en el Art. 2 Cn.⁸⁶ que configura el conjunto de derechos fundamentales a favor de la persona, que forma parte de un reconocimiento en abstracto que debe estar materializado a favor de cada justiciable y cada víctima, estableciéndose las vías para

⁸⁴ROXIN, Claus, op cit. P. 176. Afirma sobre la determinación de la culpabilidad: “*se entiende una regulación legal, en virtud de la cual la punibilidad se vincula a una acción concreta descrita típicamente y la sanción representa solo la respuesta al hecho individual y no a toda la conducción de la vida del autor o a los peligros que en futuro se esperan del mismo*”.

⁸⁵FERRAJOLI, Luigi, op. Cit. P. 16. Una postura garantista del juzgador implica que no siempre sus resoluciones van a estar apoyadas por las mayorías, al contrario, que las críticas pueden abundar cuando los resultados no sean los esperados, no obstante no se pueden decidir casos de manera populista sacrificando los derechos fundamentales de las personas.

⁸⁶ Art. 2 Cn. 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 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.

su exigencia, para la protección y defensa de los mismos por la vía jurisdiccional, siendo como se formula el debido proceso.

La Sala de lo Constitucional, ubica el debido proceso, como un aspecto del derecho a la protección jurisdiccional, manifestándose en cinco aspectos: a) el derecho de acceso a la jurisdicción; b) el derecho a un juez previamente establecido por ley, independiente e imparcial; c) el derecho a que se siga un proceso constitucionalmente configurado o debido proceso; d) el derecho a una resolución de fondo motivada y congruente y e) el derecho a la ejecución de las resoluciones⁸⁷.

Estos cinco aspectos resulta importante destacarlos para establecer su cumplimiento en el desarrollo de un proceso penal que pretende establecer la culpabilidad o inocencia de una persona a quien se le está acusando de un delito. Se pretende garantizar no solamente el acceso a la justicia de la víctima, sino del inculpado que en cierta forma se encuentra en desventaja ante los recursos con los que cuenta la víctima quien es representada por la Fiscalía General de la República en la defensa de sus intereses.

El debido proceso y por ende los derechos del imputado se pueden ver afectados con la retardación en la resolución de los casos ya que la detención provisional se extiende muchas veces hasta el plazo máximo que prescribe el CPP en el Art. 8⁸⁸. Aunque no siempre es por causas atribuibles al juez sino a diversas situaciones como lo establecido en el decreto de emergencia que restringe la salida de los reclusos a las audiencias en cada tribunal⁸⁹.

⁸⁷ Sentencia de Amparo, Sala de lo Constitucional, referencia 125-2011 de fecha 21/11/2012.

⁸⁸El Art. 8 CPP establece la detención o internamiento provisional deberán guardar proporción a la pena o medida de seguridad ni sobrepasar la pena o medida máximas, así como no exceder el plazo de 12 meses para los delitos menos graves y 24 para los delitos graves.

⁸⁹ Decreto Legislativo de emergencia No. 321 de fecha 1 de abril de 2016, publicado en el D.O. No. 59 del 1 de abril de 2016. Vigente desde el 1 de abril de 2017 y sus efectos caducarán hasta el día 30 de abril de 2018, previa su publicación en el Diario Oficial. En el art. 4 establece que quedan prohibidos los traslados de los privados de libertad para la realización de audiencias judiciales y cualquier otro acto procesal. Al cual le siguen las siguientes reformas: (1) Decreto Legislativo No. 379 de fecha 19 de mayo de 2016, publicado en el Diario Oficial No. 100, Tomo 411 de fecha 31 de mayo de 2016. (2) Decreto Legislativo No. 476 de fecha 08 de septiembre de 2016, publicado en el Diario Oficial No. 172, Tomo 412 de fecha 19 de septiembre de 2016. (3) Decreto Legislativo No. 602 de fecha 09 de febrero de 2017, publicado en el Diario Oficial No. 33, Tomo 414 de fecha 16 de febrero de 2017. La última reforma contiene una prórroga de vigencia hasta el 30 de abril de 2018.

Dicho decreto se encuentra vigente hasta el día treinta de abril de dos mil dieciocho⁹⁰ con la probable prórroga del mismo con el mismo fundamento de no variar las condiciones por las que se decretaron las medidas de emergencia, otra causa es la originada por la falta conducción de imputados a las audiencias debido a que la sección de traslados de reos de la Corte Suprema de Justicia no siempre les es posible cumplir con todos los traslados solicitados, con la consecuente reprogramación de las mismas.

La Sala de lo Constitucional, al respecto de los extensión de plazos para la realización de audiencias, ha considerado que existe justificación en los casos en que la demora en la tramitación del proceso penal cuando es por causas distintas como las antes mencionada de no traslado de imputados, lo que no es atribuible a la autoridad judicial quien ha programado con relativa prontitud la nueva audiencia, considerando de esa manera que no ha existido “plazos muertos”⁹¹ dentro de dichos procesos, ya que la reprogramación ha sido en intervalos de tiempo no prolongados.

El Art. 12 Cn. se refiere al juicio público que se debe seguir para determinar la culpabilidad de una persona a quien se le imputa una acción delictiva, este proceso deberá seguirse respetando todas las garantías constitucionales así como las establecidas en los tratados internacionales, principalmente tenemos el Art. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ⁹²,

Así también la Convención Americana de Derechos Humanos⁹³ constituyen normativa internacional de aplicación directa en las resoluciones judiciales donde se vean afectados derechos fundamentales como es la libertad de las personas, ya sea de manera provisional para

⁹⁰Decreto Legislativo No. 602 de fecha 9 de febrero de 2017, publicado en el Diario Oficial No. 33, Tomo 414 de fecha 16 de febrero de 2017, mediante el cual se prorroga las Disposiciones Especiales Transitorias y Extraordinarias en los Centros Penitenciarios, Granjas Penitenciarias, Centros Intermedios y Centros Temporales de Reclusión.

⁹¹Habeas Corpus 95-2006 de fecha 27 de junio de 2007. La pretensión estaba fundada en la violación a los derechos constitucionales a una pronta y cumplida justicia, por no haberse realizado la audiencia preliminar en el plazo establecido para la fase de instrucción sin solicitar autorización de la Cámara respectiva.

⁹²Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 3. Ratificado el 23 de noviembre de 1979, publicado en el D.O. no. 218 del 23 de noviembre de 1979, vigente desde esa misma fecha. *Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad.*

⁹³Convención Americana de Derechos Humanos, Ratificada el 30/03/1995, publicada en el D.O. No. 82 del 5/05/1995. Art. 7.5.- *Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso.*

garantizar la comparecencia al proceso, o permanente como las penas impuestas en sentencia judicial.

Esta garantía constitucional está representada por el derecho a un juicio oral y público, en el que se respete el derecho de defensa, la publicidad y la oralidad. Se requiere además que el juicio se celebre de forma concentrada, de la manera más continuada posible e inmediata por el juez que debe dictar la sentencia, existiendo como excepción la prueba anticipada y de los actos irreproducibles urgentes,⁹⁴ que no afecta la configuración y cumplimiento del principio de presunción de inocencia.

1.5.3 EL DERECHO DE ACCESO A LA JURISDICCIÓN

El derecho de acceso a la jurisdicción o acceso a la justicia como también se le conoce, debe traducirse en esa facilidad que se debe proporcionar al usuario al momento de interponer una denuncia, orientarlo en cuanto a los pasos a seguir y las instituciones a las que podría recurrir de ser necesario, regulada en el derecho internacional en los Arts. 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, (Pacto de San José).⁹⁵

El acceso a la justicia es un derecho abstracto, permite a todo ciudadano poner en marcha el aparato jurisdiccional del Estado téngase o no la razón desde el punto de vista sustancial,⁹⁶ siendo la forma como puede iniciar un proceso en cualquier materia. Además, tener una respuesta efectiva de forma oportuna ya sea que se le conceda la razón o que se deniegue, pero siempre dentro del cumplimiento al debido proceso.

1.5.4 EL DERECHO A UN JUEZ PREVIAMENTE ESTABLECIDO POR LEY, INDEPENDIENTE E IMPARCIAL

En base a la aplicación de éste principio, se impide la designación de jueces ad hoc y de esa manera también se protege la imparcialidad del juez; pues el Juez previamente determinado por

⁹⁴CASADO PEREZ, José María: *La Prueba en el Proceso Penal Salvadoreño*, 1ª. Edic., Imprenta Offset Cuscatlán, El Salvador, 2000. P. 32.

⁹⁵ Pacto de San José, Art. 8 y el Art. 25 se refiere a un recurso judicial sencillo, rápido y efectivo, que debe garantizarse por los jueces en el control de convencionalidad.

⁹⁶TOSCANO LÓPEZ, Fredy Hernando, *Aproximación conceptual al “acceso efectivo a la administración de justicia a partir de la teoría de la acción procesal”*, n.º 24 (enero de 2013): Pág. 237.

la ley para todo tipo de asuntos de su competencia sin atención a las particularidades del caso que va a resolver es un juez que en principio, puede considerarse imparcial.⁹⁷

Existen casos excepcionales en los que no precisamente va a conocer del caso el juez previamente nombrado para esa competencia, en caso de las suplencias o interinatos, no necesariamente comparece a cubrir una suplencia el juez juramentado para ese cargo, sino de otra jurisdicción, o cuando un caso producto del resultado de un recurso como es una apelación o casación, se designa a otro juez para que realice nueva vista pública, en esos casos, no se afecta ese principio pues esa designación la realiza la Corte Suprema de Justicia en el ejercicio de sus facultades.⁹⁸

La aplicación de los principios de ética judicial es muy importante, ya que deben ser reflejados en el actuar del Juez, como lo plantea Luis Vigo: La perspectiva ética del Juez apunta a lograr del mismo al mejor o excelente juez, por eso su pretensión no es como en el derecho penal de “mínima” intervención, sino que es de “máxima” aplicación, va más allá de las exigencias constitutivas, como independencia o imparcialidad, es inescindible a la actividad del juez.⁹⁹

A propósito de los principios éticos aplicables y sin necesidad de hacer mención de todos los que deben poseer los juzgadores, es necesario mencionar los principales como son la **INDEPENDENCIA** la cual debe estar asegurada para la garantía de los derechos de los justiciables y se mantengan los otros poderes en sus espacios constitucionales; y la **IMPARCIALIDAD**, que consiste en la equidistancia que conserva respecto a las partes implicadas en el caso, por lo que corresponde su inhibición frente a la pérdida de esa neutralidad.¹⁰⁰

⁹⁷COLMENERO, Miguel, "La Garantía Del Derecho a Un Juez Imparcial", *Persona y Derecho*, n.º 55 (diciembre de 2006): Pg. 729. La imparcialidad del juez es vista desde diversos ángulos, pero implica ese desinterés del juzgador en el caso en particular, en que se resuelva de determinada manera. Por lo que, con un juez pre establecido por la ley, en cierta forma tiende a tener más credibilidad en su independencia. Es el principio conocido como del juez natural.

⁹⁸Art. 182 ord. 2º. Cn. establece entre las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia, la de Dirimir competencias que se susciten entre los tribunales de cualquier fuero y naturaleza. Así también en el ordinal 9º. Faculta a nombrar a los Magistrados de las Cámaras de Segunda Instancia, Jueces de Primera Instancia y Jueces de Paz.

⁹⁹VIGO, Luis Rodolfo: "Ética y Responsabilidad Judicial", 1ª. Edic. Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina. 2007. P. 29. Considera que la ética judicial tiene por propósito señalarle exigencias que lo dirigirán a alcanzar la plenitud o perfección como juez.

¹⁰⁰VIGO, Luis Rodolfo: op. Cit. P. 37. Expone que el trato respecto a las partes y sus abogados, debe en todo momento ser muy cuidadoso como para no poner en interrogantes la imparcialidad requerida.

Además debe ser un juez estudioso, mantenerse en capacitación permanente, actualizado con las diferentes corrientes jurídicas, analítico y consciente de la realidad, El Juez mecánico que se desarrolla bajo la premisa: “la ley dispone y el juez obedece” debe ser cosa del pasado, es una distorsión que se debe superar y solo lo puede lograr el Juez moderno.¹⁰¹

1.5.5 EL DERECHO A UNA RESOLUCIÓN DE FONDO MOTIVADA Y CONGRUENTE

Este derecho de las partes está dirigido su cumplimiento al juzgador quien está en el deber de exponer a las partes las razones en las cuales basa su decisión. Sobre el deber de motivación de las decisiones judiciales, la Sala de lo Constitucional,¹⁰² ha expresado que su objeto es el poner en conocimiento los motivos que impulsan a determinada resolución emitida por los jueces, para que puedan ejercer la defensa y otorgar seguridad jurídica a las personas que se afectan con tales decisiones, de manera que esa afectación no sea de manera arbitraria.

El juez debe ilustrar a las partes cómo ha sido ese proceso por medio del cual ha llegado a la conclusión objetiva el convencimiento que ha arribado a la verdad, se da solo en el caso de la certeza, la cual consiste en la situación en que se halla el espíritu fundado en la evidencia objetiva.¹⁰³

Esta motivación se debe realizar de manera clara y explícita no solamente utilizando un vocabulario para las partes técnicas sino para que los justiciables puedan comprender por qué se les priva de alguno de sus derechos, muchas veces el juez olvida que no tiene el completo dominio de la decisión que va a emitir, se debe tener presente que estamos ante un proceso penal

¹⁰¹ COLMENARES URIBE, Carlos: *El Rol del Juez en el Estado Democrático y Social de Derecho y Justicia*. Grupo de Investigación Derecho Procesal, Universidad Libre de Colombia, Seccional Cúcuta. P. 1. Existe una serie de virtudes que le son exigidas al juez siempre relacionadas en la ética judicial, la conducta de todo juzgador tanto en el ámbito público como en el privado debe ser acorde con su investidura, desde el respeto a las partes en el ejercicio jurisdiccional, como un buen comportamiento fuera del estrado, mostrar austeridad en el ambiente donde se desenvuelve, que sea acorde con sus ingresos, prudencia en sus decisiones y sobre todo, capaz en su desempeño profesional.

¹⁰² Hábeas Corpus 74-2003 del 22 de diciembre de 2003. En esa resolución la SC expresó: “*El deber de motivación tiene por objeto que los sujetos procesales tengan conocimiento de las resoluciones de los jueces y de los motivos que la impulsa, lo que permite, no sólo defenderse de ellas sino otorgar la seguridad jurídica a las personas afectadas con la decisión judicial que no se les ha de privar de sus derechos de manera arbitraria o ilegal.*”

¹⁰³ GASO, María Elisa y otros: *El Proceso Civil en el Siglo XXI. Tutela y Garantías, Ponencia: “El Principio Dispositivo y el Rol del Juez”*. P. 3.

acusatorio, que la Constitución es clara en cuanto a que la titularidad de la acción penal le corresponde a la Fiscalía General de la República.¹⁰⁴

En atención al principio acusatorio, el Juez no debe modificar en perjuicio del imputado una petición que haya sido formulada de manera más favorable por la representación fiscal, por ejemplo, si en la acusación se plantea el delito de Homicidio, el Juez no debería calificarlo como Homicidio Agravado sin antes realizar las prevenciones de ley, ya que no existiría congruencia entre acusación y sentencia.

Acerca de este principio es necesario acotar lo que define Devis Echandía que define la congruencia como: “*El principio normativo que exige la identidad jurídica entre lo resuelto en cualquier sentido por el Juez en la sentencia y las excepciones planteadas por las partes*”¹⁰⁵, aunque tal definición se acerca más a la materia civil, también resulta de utilidad en materia penal por el principio acusatorio que lo rige.

El principio de congruencia puede considerarse también cuanto existe acuerdo de partes en cuanto a la pena que se va a imponer; por ejemplo, en la aplicación del procedimiento abreviado, el Juez debe formalizar ese acuerdo y no imponer una pena más gravosa aunque la considere justa, ya que si en base a su criterio estima que la aprobación de ese procedimiento especial no es procedente, no lo debe autorizar.

Sin embargo hay acuerdos que deberán ser autorizados u homologados por el Juez, verificando el cumplimiento de los requisitos para su determinación, en base al principio iuranovit curia, el cual se refiere a la facultad del juez de realizar de oficio su propio análisis del derecho aplicable a las disputas sometidas a su conocimiento, esto es con prescindencia de los argumentos escritos u orales que al respecto hagan las partes durante el proceso.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Constitución de la República, Art. 193 ord. 3º: *Dirigir la investigación del delito... 4º. Promover la acción penal de oficio o a petición de parte.*

¹⁰⁵ CAL LAGGIARD, Maximiliano, *PRINCIPIO DE CONGRUENCIA EN LOS PROCESOS CIVILES*: EBSCOhost, Artículo accedido 30 de mayo de 2016, P. 11. <http://web.b.ebscohost.com/ehost/detail/detail?vid=8&sid=5890e731-07f4-413d-b48d-b94d54f5e5ab%40sessionmgr105&hid=107&bdata=Jmxhbm9ZXMmc2l0ZT1laG9zdC1saXZl>. La interpretación práctica, además de tener esta finalidad cognoscitiva, se caracteriza porque el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre cómo se resolverá una determinada disputa jurídica, es decir, en la interpretación práctica los sujetos no sólo conocen el Derecho sino que, además, deciden.

¹⁰⁶ NIGEL Blackaby y otro, *Consideraciones sobre la aplicación del principio iuranovit curia en el arbitraje Comercial*: EBSCOhost», accedido 30 de mayo de 2016. p. 80. <http://web.a.ebscohost.com/ehost/detail/detail?vid=3&sid=35f5831a-65cd-45b2-95af->

1.5.6 EL DERECHO A LA EJECUCIÓN DE LAS RESOLUCIONES.

En el caso que el juez decida la aplicación de una medida que sustituya la pena de prisión, al declararse firme esa sentencia, su cumplimiento es de carácter obligatorio, tal como ha sido descrito en la sentencia, aunque el Juez o Jueza de Vigilancia Penitenciaria, puede solicitar aclaraciones en caso que no exista claridad en las medidas a adoptar, o éstas sean contrarias a derecho y por lo tanto no sería de factible ejecución.

La ejecución de la pena, supone una nueva actividad de carácter administrativo, aunque con sometimiento al control judicial, lo ideal es que esté orientada a la reeducación y reinserción social del condenado.¹⁰⁷ Puede ser que el Juez de Vigilancia Penitenciaria no esté de acuerdo con la sustitución o el reemplazo de la pena, o que considere las medidas a aplicar sean innecesarias, pero si se remiten de esa manera, por estar declarada firme, la ejecución se deberá realizar tal como se ha fallado.

Sin embargo, existen excepciones a lo antes planteado, la Jueza Segundo de Vigilancia Penitenciaria de San Miguel, en entrevista realizada¹⁰⁸ manifiesta que algunas sentencias que determinan la suspensión condicional de la ejecución de la pena no son apegadas a derecho, cuando entre las condiciones a aplicar se encuentran el Trabajo de Utilidad Pública, no siendo procedente la combinación de ambas medidas en un mismo caso, de lo cual se profundizará en otro tema de éste trabajo.

El derecho a la ejecución de las sentencias puede verse afectado por la dilación en la resolución de los recursos interpuestos por las partes, no es en sí el planteamiento de un recurso lo que

fef7451f95cd%40sessionmgr4005&hid=4209&bdata=Jmxhbmc9ZXMmc2l0ZT1laG9zdC1saXZl. Hay casos en los cuales las partes técnicas están de acuerdo en que se autorice la conciliación, pero no se han percatado que ciertas afectaciones no admiten conciliación, ejemplo de ello tenemos la violencia contra las mujeres, estas víctimas pueden pretender retractarse de la acusación y la Fiscalía estar de acuerdo, pero desde el punto de vista de la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia Para las Mujeres, eso no se debe permitir por formar parte del mismo ciclo de la violencia.

¹⁰⁷ NAVARRO VILLANUEVA, Carmen, *Ejecución de la Pena Privativa de Libertad. Garantías Procesales*. 1ª. Edic. J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2002. p. 266. Los elementos del tratamiento para la consecución de la finalidad resocializadora de la pena privativa de libertad, emplaza a la administración penitenciaria a diseñar programas formativos para desarrollar las aptitudes de los internos, enriquecer sus conocimientos, mejorar sus capacidades técnicas o profesionales y compensar sus carencias, así como a utilizar programas y técnicas de carácter psicosocial que vayan orientadas a mejorar las capacidades de los internos y a abordar aquellas problemáticas específicas que pudieran haber influido en su comportamiento delictivo.

¹⁰⁸Entrevista realizada a la Licenciada Maritza Zapata, Jueza Segundo de Vigilancia Penitenciaria y Ejecución de la Pena de San Miguel el día 22 de marzo de 2016.

afecta, ya que es parte de los derechos que tienen quienes intervienen, sin embargo, existen instancias como la Sala de lo Penal, que tramita los recursos de Casación, que por exceso de carga laboral presentan mora en la resolución de dichos casos, debiendo esperar en ocasiones más de un año para conocer la decisión, lo cual implica que la sentencia no adquiere firmeza hasta que no se resuelva lo pertinente.

1.5.7 PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El principio de legalidad, denota su importancia al estar regulado en el Art. 1 del Código Penal,¹⁰⁹ mediante el cual condiciona la aplicación de una pena a que esté relacionada a un delito contemplado en la ley, o también una falta, nadie puede abrogarse la regulación de conductas por muy antisociales que parezcan si no están enmarcados dentro del catálogo de tipos penales; claro que será tarea del juzgador determinar si una conducta planteada en la acusación se adecúa a los elementos particulares de cada delito.

Ese ejercicio mental es lo que comúnmente se conoce como juicio de tipicidad, que de manera empírica lo adecua el investigador policial que recibe una denuncia y avalado por la representación fiscal, que adquiere forma definitiva hasta en la vista pública, refleja el principio de legalidad penal, en su doble perspectiva, la incriminadora y la sancionadora, se recibe en el dogma *nullum crimen, nulla poena sine lege*¹¹⁰; correspondiendo a la conducta incriminada, una sanción penal determinada por la ley.

El principio de legalidad no significa que el juez no pueda en algún momento crear derecho con sus resoluciones, contrario a lo que el ideal montesquiano en el *Espíritu de las Leyes*, tenía sobre el juez que debe proteger la legalidad en la resolución de los casos individuales, era una

¹⁰⁹ Código Penal Art. 1.- 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. Los principios básicos aplicables al momento de determinar penas, aunque sean medidas a controlar, deben estar previamente establecidas y no el juzgador reformular nuevas porque le parece procedente para el caso concreto.

¹¹⁰ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Derecho Penal*, 1ª. Edic. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1983. P.15. Cuando se hace mención al principio de legalidad debe entender que no se refiere exclusivamente a la vinculación de la organización administrativa a la Ley emitida exclusivamente por el órgano parlamentario, todo lo contrario, este concepto tiene un sentido amplio, en el que cabe incluir a la Constitución y a los tratados internacionales.

sentencia inter partes sin mayor trascendencia sobre otros casos. Sobre las leyes consideraba que era la razón humana que gobierna a todos los pueblos y que se aplica a casos particulares.¹¹¹

Con esta teoría de la adjudicación se niega cualquier papel que el juez pueda tener en la creación del derecho; en consecuencia, también niega el potencial valor “general” y “reglamentario” de la jurisprudencia. Se considera la ley como una expresión general soberana, significando con ello, que debía darse una aplicación estricta en el sentido literal de la misma.

La jurisprudencia, la cual no obstante no tener carácter de ley, puede orientar a la resolución de casos similares, por lo que es necesario resaltar su caracterización que realiza Karl Larenz, que concreta las siguientes dificultades técnico-jurídicas: 1) Equivocidad e imprecisión del lenguaje jurídico; 2) Posibilidad de conflictos de normas y lagunas de derecho vigente; 3) Discrecionalidad del juzgador para decidir dentro del margen de la ley, e incluso, en sentido contrario a la ley en casos especiales.¹¹²

En Francia pre revolucionaria la costumbre y la jurisprudencia eran formas de creación del derecho, los códigos post revolucionarios, por tanto, prohíben su utilización como fuentes del derecho e impiden que estas usurpen la voluntad general soberana que solo se puede expresarse por medio de la ley.

En especial a la costumbre y la jurisprudencia se les acusaba de tan solo representar voluntades políticas particulares de la aristocracia feudal. Libros como el Contrato Social de Rousseau, El Espíritu de las Leyes de Montesquieu y De los Delitos y las Penas de Beccaría¹¹³ y luego el derecho positivo francés influyeron en la creación de los derechos nacionales y poscoloniales en toda América Latina.

¹¹¹ BARÓN DE MONTESQUIEU, *El Espíritu de las Leyes*, vertido al castellano por Siro García Del Mazo, Tomo I, Preciados, 48. Madrid 1906. P. 18. “*La Ley, en general, es la razón humana en tanto gobierna a todos los pueblos de la tierra y las leyes políticas y civiles de cada nación no deben ser sino los casos particulares a que se aplica la misma razón humana.*”

¹¹² CHANO-REGAÑA, Lorena: “*La Jurisprudencia En Karl Larenz Bajo El Prisma De Un Jurista Actual*”, Boletín Científico, Sapiens Research Group. Vol. 5, n.º 2 (julio de 2015): p. 52.

¹¹³ BECCARÍA César, *De los Delitos y las Penas*, nueva traducción, Imprenta de Albán, Madrid, 1822. P. 7. Afirma que las Leyes las condiciones con que los hombres vagos e independientes se unieron en sociedad, cansados de vivir en un continuo estado de guerra, y de gozar de una libertad que les era inútil en la incertidumbre de conservarla.

La consecuencia fue que Códigos de la región fueron adoptando de forma unánime una disposición normativa en la que se buscaba disminuir o anular el poder de los jueces para crear derecho. Así por ejemplo, el artículo 3 del Código Civil de El Salvador de 1859¹¹⁴ ordena, acogiendo tan sólo el primer inciso del Art. 3 del Código Bello (chileno)¹¹⁵ que “Sólo al legislador corresponde explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio” Idéntica disposición es recogida en el Art. 3 del Código Civil de Honduras de 1880. De ahí que se determina la influencia de la legislación francesa.

El principio de legalidad despliega sus efectos también en el ámbito penitenciario que se corresponde con la fase de ejecución de las condenas privativas de libertad o reemplazo de las mismas impuestas a los autores de hechos delictivos, lo que excluye admitir conductas arbitrarias en un ámbito especialmente sensible en el que se ponen en juego los derechos fundamentales de las personas, en ese momento privadas de libertad pues, la pena encuentra su fundamento y legitimidad en la norma jurídica.¹¹⁶

1.5.8 PRINCIPIO DE DIGNIDAD HUMANA

Este principio tiene un gran contenido abstracto, resultando difícil de acercar una conceptualización exacta a la magnitud que representa, pero está íntimamente relacionada al respeto que sobre sus Derechos Humanos tiene cada persona en su propia individualidad, que debe ser garantizada en todo Estado Democrático de Derecho, como lo es la libertad, la soberanía, la fraternidad, la vida, la seguridad, la igualdad y la dignidad de las personas;

¹¹⁴ Código Civil Ejecutivo del 23 de agosto de 1859, publicado en la Gaceta Oficial de 19 de mayo de 1860. Art. 3: “Sólo al legislador corresponde explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio. La interpretación auténtica de la Constitución y de las leyes constitutivas, para ser obligatoria, deberá hacerse de la manera establecida en los artículos 148 y 149 de la Constitución.

¹¹⁵ PEIRANO FACIO Jorge, *El Código Civil de Bello y su influencia en los principales códigos Latinoamericanos*, Trabajos Científicos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 1965. P.1. <http://www.analesderecho.uchile.cl/index.php/ACJYS/article/view/4108/4002>. Consultado el 26 de junio de 2016.

¹¹⁶ MATA MARTÍN, Ricardo M., *El Principio De Legalidad En El Ámbito Penitenciario*, Revista de Derecho Vol 10, No. 93. Colombia, (julio de 2011): P. 122. La extensión del principio de legalidad al sistema penitenciario reclama el respeto a la Ley en la ejecución de las penas que tiene encomendadas. La ley y el reglamento penitenciario establecen una serie de normas jurídicas que regulan la vida del preso. Pero si se pone el acento solo en ellas, se pierde la perspectiva de la realidad sobre las que se proyectan.

derechos universales que fueran reconocidos desde la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.¹¹⁷

La dignidad de la persona puede ser entendida no sólo como un derecho humano fundamental, sino como el objeto y fin último del Estado y que es indispensable proteger.¹¹⁸ En el caso del respeto a la dignidad humana de los procesados en los tribunales de El Salvador, forma parte del conjunto de derechos de los cuales supuestamente, se le hacen saber ya que la autoridad está en la obligación de informarle de todos los derechos que conforme a la Constitución, Tratados Internacionales y la ley interna, le son conferidos, y se le recuerdan en cada una de las audiencias, sea inicial, preliminar o vista pública.

Pero resulta irónico que entre esos principios se encuentre el de la dignidad humana, el cual se les ve afectado a los enjuiciados de diferentes maneras, principalmente lo referente a los reclusos durante toda la fase de instrucción en bartolinas policiales que son convertidos en centros de resguardo preventivo de penas e incluso de personas condenadas quienes se encuentran en condiciones infrahumanas de extremo hacinamiento.

Existe resolución de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, donde se hace constar sobre el fallecimiento de once internos en el transcurso del año dos mil dieciséis, hasta el mes de marzo de dicho año en las bartolinas policiales del municipio de La Unión.¹¹⁹ Y posteriormente a esa resolución se produjeron otros fallecimientos producto de las condiciones infrahumanas en las que permanecen los internos.

Entre los problemas observados en las bartolinas que hace mención esa resolución, se encuentran: a) La permanencia en bartolinas durante la fase de instrucción, en algunos casos incluso, después de haber sido condenados, b) afectación en la salud de los internos a

¹¹⁷ Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 aprobada por la Asamblea Nacional Francesa, el 26 de agosto de 1789, define los derechos personales, comunitarios y universales influenciados por el jus naturalismo, documento que se considera precursor de los derechos humanos a nivel internacional.

¹¹⁸ PRIETO GODOY, Carlos Alberto: *El pretendido modelo constitucional mexicano de Estado democrático de derecho. Entre la dignidad humana y el Derecho penal del enemigo*, *Cotidiano - Revista de la Realidad Mexicana* 32, n.º 197 (5 de junio de 2016): P. 67. Para una correcta interpretación y protección de un derecho humano, se requiere del juzgador u operador jurídico un conocimiento suficiente del universo normativo interrelacionado, además de un dominio profundo sobre los tradicionales medios hermenéuticos del Derecho, en especial de los Derechos Humanos.

¹¹⁹ Resolución acumulada en expedientes LU-0073/14; LU0065/15 y LU-0081/2015 tramitados por la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos Delegación Departamental de La Unión sobre el hacinamiento en las bartolinas policiales de la ciudad de La Unión.

consecuencia de las condiciones de insalubridad y hacinamiento en las celdas; c) personas fallecidas mientras se encontraban en depósitos en las bartolinas; d) afectación a recibir alimentos; e) falta de agua para consumo e higiene personal en el interior de las bartolinas, f) no existen condiciones para la asistencia legal de los detenidos.

Este tipo de tratamiento se puede considerar de los prescritos por la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes,¹²⁰ así en base al principio de dignidad humana, pasa a ser el fundamento del orden político y de la paz social, puede y debería considerarse el límite material a la actividad punitiva del Estado.

La Sala de lo Constitucional, en sentencia 119-2014, al referirse al Hábeas Corpus correctivo, que pretende restablecer derechos afectados contra la integridad personal, expresa que está reconocido ese derecho en el inciso 2º del Art.11 de la Constitución, se refiere asimismo a la dignidad humana, como un valor superior del ordenamiento jurídico, sobre el cual la jurisprudencia de la SC ha manifestado que es el germen de los demás valores constitucionales.¹²¹

Dicha sentencia, se refiere y resuelve a favor de conceder el Hábeas Corpus Correctivo para restablecer el derecho a la integridad física que se ve afectado con las condiciones de permanente hacinamiento en que se mantienen las bartolinas policiales que fueron creadas únicamente para mantener la custodia para la detención administrativa y por el término de inquirir por el espacio corto de tiempo en que se debe realizar la audiencia inicial, que es de 72 horas, posteriormente, de ser decretada la detención provisional, deberá ser remitido a un centro penal.

Pero la realidad en El Salvador es diferente, ya que hasta posterior a la condena se encuentran guardando detención en dichas bartolinas porque la Dirección General de Centros Penales no le

¹²⁰ Art. 1 de la Convención Contra La Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Fecha de emisión: 4/09/1950, Ratificado por El Salvador. Decreto Legislativo No. 833 de 23 de marzo de 1994. Publicado en el D.O. No. 92 del 19 de mayo de 1994. Teniendo en cuenta el artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que proclaman que nadie será sometido a tortura ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, tiene en cuenta la Declaración sobre la Protección de todas las personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, aprobada por la Asamblea General el 9 de diciembre de 1975, en la lucha contra ese tipo de actos en todo el mundo.

¹²¹ Resoluciones de Inconstitucionalidad 36-2005 y 26-2006, de fechas 13/4/2007 y 12/3/2007, reforzando así la obligación de interpretar el aludido derecho de conformidad con el valor del cual deriva de forma inmediata (resolución HC 90-2011, de fecha 18/5/2012).

asigna un cupo para su traslado, lo cual resulta un acto arbitrario y contrario a los propósitos de un sistema penal democrático como lo recalca Santiago Mir Puig¹²², que tiene que ser de contenido respetuoso de una imagen del ciudadano dotado de una serie de derechos derivados de su dignidad humana, de la igualdad real de los hombres y de su facultad de participación en la vida social.

Esas arbitrariedades cometidas en contra de los privados de libertad pueden ser consideradas como delito al suceder de forma reiterada hechos violatorios como el fallecimiento de internos, aún a sabiendas que es el resultado de las condiciones de insalubridad en la que se encuentran, podría alegarse dolo eventual por las autoridades responsables o al menos determinarse la responsabilidad civil de tales consecuencias.

Esa situación deviene en irregularidad en cumplimiento al derecho de la dignidad humana de los privados de libertad, porque las bartolinas no presentan las condiciones mínimas para garantizar la higiene y descanso de los reclusos, resultando como se mencionó que varios de ellos han perdido su vida a consecuencia del hacinamiento, por la falta de ventilación, servicios sanitarios, baños, etc.

Además de esa afectación palpable de derechos, lo más perjudicial es que existe indiferencia de las autoridades responsables ante ese tipo de situaciones, lo que lleva a la conclusión de la degradación del acceso a los derechos humanos para éstas personas consideradas en ocasiones como merecedoras del peor trato humano que se les pueda otorgar, por estar implicados en el cometimiento de hechos delictivos.

Se llega a tal punto de deshumanización de la persona humana, que resulta contradictorio que en cada audiencia se les esté recitando por parte del Juez cada uno de sus derechos si éstos no se les están cumpliendo. Este análisis en relación al derecho de la dignidad humana, y la afectación en los privados de libertad, está en relación a la aplicación de formas alternas a la pena de prisión para evitar que personas con condenas menores de tres años permanezcan en prisión pudiendo aplicarse una de esas medidas.

¹²²MIR PUIG, Santiago: op. Cit. P. 94. Así se pueden fundamentar ciertos principios político-criminales generalmente aceptados en el presente los que deben profundizarse si se quiere ahondar en el camino de un Derecho Penal realmente democrático, no solo de garantías formales, sin duda imprescindibles, sino también al servicio efectivo de todos los ciudadanos.

La jurisprudencia ha señalado que cuando una persona sometida a reclusión por parte del Estado, se entabla una relación particular entre aquella y este, y denomina esa relación procesal de “sujeción especial” en la cual debe asegurarse el disfrute de los derechos fundamentales del privado de libertad.¹²³

La Sala de lo Constitucional, ha establecido que el contenido normativo del Art. 12 Cn. impide que a la persona a quien se le atribuye un hecho punible sea tratado como a un culpable, cualquiera que sea el grado de verosimilitud de la imputación, hasta que el Estado, por medio de los órganos judiciales establecidos para exteriorizar su voluntad en esta materia, pronuncie la sentencia penal firme que declare su culpabilidad.¹²⁴

Lo anterior sería la verdadera aplicación del principio de presunción de inocencia que es una regla básica del proceso y está principalmente referida al tratamiento respetuoso de la dignidad humana de todo inculgado.

1.5.9 PRINCIPIO DE LESIVIDAD DEL BIEN JURÍDICO

La disposición del CP que se refiere a éste principio es el Art. 3 del que se refiere a: "No podrá imponerse pena o medida de seguridad alguna, si la acción u omisión no lesiona o pone en peligro un bien jurídico protegido por la ley penal". Al respecto el profesor ROXIN considera que *“el bien jurídico, es el bien ideal que se incorpora en el concreto objeto de ataque; y es lesionable solo dañando los respectivos objetos individuales de la acción.”*¹²⁵

Debe existir una lesión efectiva y concreta a ese bien jurídico, no considerando las afectaciones a principios morales o sociales que no trascienden al ámbito penal, porque no todo valor

¹²³ Sentencia Habeas Corpus 138-2014 de fecha 14 de enero de 2015. En dicha sentencia se declaró ha lugar el Habeas Corpus por la inobservancia al principio de legalidad y vulneración a los derechos fundamentales de presunción de inocencia, defensa y libertad física, al permitir la continuidad del exceso del plazo legalmente dispuesto para el mantenimiento de la medida cautelar de la detención provisional.

¹²⁴ Habeas Corpus 266-2002 de fecha 22 de abril de 2003. Se refiere a que la presunción de inocencia constituye un límite al punto que la detención provisional no indique una presunción de culpabilidad o una condena anticipada, por lo que debe partirse de la idea que el procesado es inocente y debe reducirse al mínimo la imposición de medidas restrictivas de derechos fundamentales como la detención provisional. Por lo que cuando un juez decreta esa medida, deben coexistir los presupuestos procesales de toda medida de índole cautelar, a saber: *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho y *periculum in mora* o peligro de fuga o entorpecimiento de la investigación.

¹²⁵ ROXÍN, Claus, op. cit. P. 63. En el caso de normas penales que protegen la “moral” o determinados “valores”, muchos invocan la ley moral para apoyar su validez jurídica por lo cual otros podrían considerar que restringe el libre desarrollo de la personalidad, que podría considerarse como una intromisión del legislador en la libertad humana.

relevante al derecho constituye bien jurídico penal, es cuando se deben aplicar los principios de ultima ratio¹²⁶ sino que pueden ser reparados por otras vías.

El principio de lesividad al igual que los otros que rigen el proceso, pone límites al ius puniendi del Estado, ya que no se debe sancionar cualquier tipo de conductas sino lesionan bienes jurídicos fundamentales resultando que en una sentencia condenatoria se debe exponer entre sus fundamentos qué bien jurídico ha sido afectado con esa acción descrita en la teoría fáctica.

Si el hecho cometido supone un efectivo o probable riesgo de lesión o peligro a bienes jurídicos fundamentales o instrumentales, se activa la legitimidad constitucional del castigo penal. Desde este punto de vista, el principio de lesividad constituye el fundamento axiológico y el límite fundamental en la estructuración constitucional del delito.

Las prohibiciones legislativas, a cuya infracción se atribuye una pena, se justifican únicamente si se dirigen a impedir ataques concretos a bienes fundamentales de tipo individual o social. Se entiende que el principio de lesividad se postula como una formulación constitucional que impide al legislador el establecimiento de prohibiciones penales sin bien jurídico y sin resultado dañoso.¹²⁷

Por lo tanto, este principio sirve de parámetro para la imposición de las penas en materia penal, mientras más grave sea la afectación de algún bien jurídico, así será la respuesta penal, en aplicación de los elementos que se conjugan y de cuya relación se examinará la proporcionalidad en la disposición inaplicada: bien jurídico protegido, por ejemplo la vida humana, la propiedad,

¹²⁶LEYVA ESTUPIÑÁN, Manuel Alberto y LUGO ARTEAGA, Larisbel: *El Bien Jurídico Y Las Funciones Del Derecho Penal*, Revista Derecho Penal y Criminología, volumen xxxvi, n.º 100. Colombia. (enero de 2015): p. 69. En la doctrina contemporánea, se afilia a la teoría de la relación social como sustento del bien jurídico al referirse al concepto como “las relaciones sociales o elementos de las relaciones sociales que por su particular interés social, son protegidas por medio del Derecho Penal, de los ataques y amenazas materializados por comportamientos considerados socialmente peligrosos.

¹²⁷Sentencia de Inconstitucionalidad 52-2003 de fecha 1 de abril de 2004. Sentencia que analizó la constitucionalidad de la Ley Anti Maras, interpuesta por ciudadanos y por la Procuradora para la Defensa de los Derechos Humanos. Parte de su fundamentación establece que las disposiciones constitucionales no pretenden disciplinar conductas específicas o habilitar para que los órganos estatales o particulares realicen concretas actuaciones de ejecución; sino garantizar el respeto a determinados valores y principios, así como asegurar a los individuos los derechos que puedan operar como límites frente a la ley.

son conductas lesivas, que se refiere a la acción u omisión y el reproche penal que es la consecuencia al determinar la culpabilidad.¹²⁸

Esta lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, según el resultado puede ser en concreto o de resultado, ejemplo delito de lesiones; o en abstracto cuando se protegen bienes difusos como lo es la salud pública, la paz pública, etc.

1.5.10 PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD

Para establecer la culpabilidad de una persona es necesario que el hecho acreditado describa acciones concretas ejecutadas por el imputado que impliquen aportes esenciales al curso causal delictivo, debe estar clara la voluntad de la persona que se expresa en el dolo o la culpa tal como lo prescribe el Art. 4 Pr. Pn., en lo relativo al principio de responsabilidad penal.

En este tema, cabe relacionar un precedente de la Sala de lo Penal en el que se sostuvo en relación al principio de responsabilidad, la importancia de establecer la dirección de la voluntad del sujeto activo, sea ésta mediante una acción u omisión lo que orientará al dolo o culpa, no solamente el resultado material.¹²⁹

Si se considera de esa forma, se estaría ante una forma de responsabilidad objetiva la que consiste en que la mera verificación de la causalidad natural no es suficiente para la atribución del resultado,¹³⁰ la cual está prohibida en el art. 4 Pn. pero que en algunos casos se promueve acción penal infructuosa.¹³¹

¹²⁸Proceso de Amparo 70-2006, de fecha 29 de marzo de 2006. "... de conformidad con el principio de responsabilidad que rige nuestro ordenamiento penal, Arts. 12 Cn. y 4 Pn., para atribuir responsabilidad penal a alguna persona, no basta con sustentar razonablemente el resultado material al que está unido causal o normativamente su comportamiento, se requiere además, que se establezca objetivamente la dirección de su voluntad; quiere decir entonces, que resulta de relevancia penal una acción u omisión, cuando se ha establecido la existencia del dolo o culpa en la conducta del sujeto imputado."

¹²⁹Recurso de Casación Penal, sentencia de las 09:50 del 07/08/2006, con Ref. 18-CAS-2006. Se ha evidenciado en los últimos años una transformación de las funciones tradicionales de la justicia penal, que de por medio de prevención o reacción frente a daños tiene a convertirse en instrumento de política de seguridad, mediante el cual se pretende mantener o incrementar la seguridad subjetiva. La pena deja de ser el último y amargo recurso en procura de protección de las condiciones básicas de existencia, para convertirse en el primer e imprescindible medio de generación de seguridad.

¹³⁰ CHOCLÁN MONTALVO José Antonio: *El Delito Culposos*, Corte Suprema de Justicia, Proyecto de Asistencia Técnica a los Juzgados de Instrucción y Tribunales de Sentencia. Cooperación Española. 2001, p. 61.

¹³¹ Tribunal de Sentencia de La Unión, Pr. Pn. No. 106/2016, Sentencia dictada por el, el día 8 de junio de 2016. Un claro ejemplo de responsabilidad objetiva lo podríamos plantear en un caso de Contrabando de Mercaderías y Uso de documento falso, atribuido a tres motoristas de un camión que conducía lácteos, quienes fueron detenidos en la Frontera El Amatillo en La Unión, la teoría fáctica planteaba que el permiso otorgado por el Ministerio de

Toda valoración de prueba para el establecimiento de la Responsabilidad Penal, deberá realizarse utilizando el criterio de valoración de la Sana Crítica Art. 179 CP.¹³² Existiría violación a la sana crítica cuando el tribunal que emitió una conclusión acerca de la autoría del imputado en el delito mencionado sin que constituya una derivación lógica del contenido probatorio practicado en el juicio, y además que el reproche punitivo que se le hace en la sentencia no se encuentra sustentado en los hechos probados.

Claus Roxin plantea tres presupuestos de la responsabilidad jurídico-penal: La culpabilidad, la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad y la normalidad de la situación en la que se actúa,¹³³ entendiéndose éste último como que no asista ninguna excluyente de responsabilidad penal como podría ser la legítima defensa.

Además considera Roxin, la equiparación de los términos responsabilidad y reprochabilidad siendo los elementos del injusto una manera mediata de éstos criterios. Con tales apreciaciones se confirma la necesidad de un análisis de cumplimiento de todos los elementos del tipo penal, aunada a la intención y el asumir las consecuencias por parte del autor al cometer un ilícito penal.

1.5.11 PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Para algunos autores como Carlos Sánchez Escobar, consideran este principio como el de prohibición de exceso, como un límite referido al poder legislativo porque es el ámbito de la creación de la incriminación penal, debiendo ponderarse la dosimetría abstracta a imponer resultante de la consecuencia jurídica a la inobservancia de un precepto penal.¹³⁴

Salud para la importación de la mercancía había sido falsificado, pero de la prueba recibida se constató que quien obtiene el mencionado permiso es el importador, ya que a él le beneficia la comercialización de las mercancías, además que quien realizó los trámites aduanales fue un tramitador, por lo tanto, no se logró establecer ninguno de los delitos y los procesados fueron absueltos.¹³¹ Es un ejemplo de imputación objetiva que fue planteado por la defensa y avalado por el tribunal.

¹³²Art.179 CP. *“Los jueces deberán valorar, en su conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, las pruebas lícitas, pertinentes y útiles que hubiesen sido admitidas y producidas conforme a las previsiones de éste Código.*

¹³³ ROXIN, Claus, op cit. P. 798. Son conocidos como los tres elementos de la reprochabilidad, apareciendo la imputabilidad, la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad y la exigibilidad de una conducta conforme a la norma. Esto de acuerdo a la doctrina finalista de la acción y el injusto.

¹³⁴ SANCHEZ ESCOBAR, Carlos Ernesto: Límites Constitucionales al Derecho Penal, 1ª. Edic. Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador. 2004. P. 73. Se deberá considerar lo que establece el art. 63 CP en cuanto a que la

Esa valoración entre la entidad del delito y la entidad de la pena, es la que corresponde al legislador en ese ejercicio de su actividad normativa en el que se debe hacer prevalecer el valor fundamental de la justicia.

La proporcionalidad también está orientada hacia el juez, al momento de decidir la culpabilidad y la necesidad del establecimiento de una sanción penal, ya que la prisión es una respuesta extrema y violenta del Estado, ante conductas anti sociales, a la que se recurre de manera generalizada, siendo de aplicación restrictiva las medidas que sustituyen la pena de prisión.

La aplicación de penas elevadas puede justificarse desde el punto de vista de la prevención general no sólo respecto al autor de esa conducta sino frente a terceros,¹³⁵ tratando de enviarse un mensaje intimidatorio sobre las consecuencias de infringir las leyes penales.

Resulta paradójico que esa finalidad de prevención general no se cumple en las sociedades en las cuales hay persistencia de cometimiento de ilícitos, no obstante existir esas medidas preventivas con las sanciones penales, ya que muchas veces la proporcionalidad se mide de acuerdo a la trascendencia social del hecho, o sea de acuerdo a la alarma social; sin embargo la pena deberá estar adecuada y proporcional al grado de afectación.¹³⁶

1.5.12 PRINCIPIO DE EFICACIA

La eficacia de la pena está relacionada con el fin que persigue el derecho penal, que lo legitima, que es la protección de la sociedad, la pena debe aparecer como el medio para defender el orden social, se puede considerar al derecho penal como un mal necesario. La utilización de la pena

pena no podrá exceder del desvalor que corresponda al hecho realizado por el autor y será proporcional a su culpabilidad. Considerarse la extensión del daño y del peligro efectivo provocado, la calidad y los motivos que la impulsaron al hecho, la mayor o menor comprensión del carácter ilícito del hecho, las circunstancias que rodearon al hecho, así como las circunstancias atenuantes o agravantes.

¹³⁵ CEREZO MIR, José, *Problemas Fundamentales del Derecho Penal*, 1ª. Edic. Editorial Tecnos, S.A. Madrid, España. 1982. P.181. El juez puede considerar que una pena elevada, de treinta o cuarenta años de prisión, no está acorde con el principio de proporcionalidad, o que no tendrá la efectividad preventiva que se pretende, pero independientemente de su percepción particular, si así está estipulada no queda más que ser un aplicador de una decisión que tomó el legislador.

¹³⁶ MORENO CARRASCO, Francisco, *Código Penal de El Salvador Comentado*, 1ª. Edic. Corte Suprema de Justicia, Proyecto de Asistencia Técnica a los Juzgados de Paz, 1999. P. 16. Considera que la graduación de la penalidad deberá sustentarse en la necesidad que exista una relación de proporcionalidad entre el hecho y la pena.

por parte del Estado se justifica en conseguir los objetivos de intimidación, resocialización, retribución, planteados como un fin preventivo general que persigue el derecho penal.¹³⁷

Plantear una medición de la eficacia de la pena no es fácil ya que se trata de establecer el grado de reincidencia que sería la consecuencia de no cumplimiento del fin preventivo especial, así como también la prevención general, representada por los reos primarios que son declarados culpables; ahora bien sobre el efecto disuasorio que causan en la prevención del delito la penas prolongadas de prisión, esta es considerada dudosa, pero el juzgador no puede sustituir al legislador en la determinación concreta de la duración de la pena de prisión, como lo establece la Sala de lo Constitucional.¹³⁸

Se reconoce que existen principios constitucionales que orientan los fines y las funciones de la pena de prisión, pero ya en el régimen concreto de ejecución de la pena existe la posibilidad de disminuir la dureza penológica en determinados delitos, siendo estos la interpretación conforme a la Constitución de los preceptos penales, realizando el respectivo análisis de las circunstancias excluyentes o atenuantes de la pena, influye en la determinación del quantum de la misma.

Ante la posibilidad de disminuir el límite mínimo de cada pena es factor a considerar por cada juzgador, en base al principio de legalidad, ya que solo es procedente en los casos determinados por la ley, y en el momento de la ejecución de la pena, la concesión de beneficios penitenciarios.

La jurisprudencia constitucional ya establece que los marcos penales de sesenta años de prisión que establece el Art. 45 No. 1 CP., no se oponen por sí mismos, en su mera formulación general y abstracta, al principio de constitucional resocialización, delegando en la ejecución efectiva del régimen penitenciario la observancia del principio de resocialización.

1.5.13 PRINCIPIO DE NECESIDAD DE LAS PENAS

¹³⁷ CHOCLAN MONTALVO, José Antonio: *Culpabilidad y Pena*, 1ª. Edic. Corte Suprema de Justicia, 1999. P. 46. Se argumenta que la legitimidad de la pena descansa en la culpabilidad, ya que es en función de ésta que es posible afirmar que el autor del delito sabía o podía saber lo que le sucedería si delinquía y que por ello, él

¹³⁸ Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad: Ref 32-2006AC de fecha 25 de marzo de 2008. Sentencia que declaró que el art. 45, en el inciso último del Art. 129 y en el art. 149, todos del Código Penal, no existe la contradicción, sostenida por los jueces requirentes, con el art. 27 inciso tercero de la Constitución, porque esta disposición constitucional reconoce al Órgano Legislativo un amplio margen de acción en las políticas públicas en materia criminal, que incluye la elección precisa de los límites cuantitativos que puede tener la duración de la pena de prisión.

Según este principio, las penas y medidas de seguridad, únicamente deben ser impuestas cuando sean necesarias. Se relaciona este axioma a la mínima intervención penal, o de última ratio, esto es que solo debe recurrirse a él cuando han fallado todos los demás controles, ya sean formales o informales.

Implica que no es posible utilizarlo frente a toda situación el cual ya antes hemos considerado en esta investigación y que evidentemente es obviado al momento de calificación indiscriminada de conductas adaptadas a un tipo penal. El principio de necesidad está regido en el Art. 5 CP.,¹³⁹ disposición mediante la cual se faculta al juez para que en ciertos casos pueda prescindir de la sanción penal por ser innecesaria.

Podemos plantear ejemplos de aplicación de este principio en el ámbito de la dogmática penal, en el caso del procedimiento especial por faltas cuando se faculta al juez para conceder el perdón judicial Art. 433 CPP., además cuando el infractor es primario, en el caso del perdón del ofendido, revocación de la instancia particular en los casos de acción privada y en el caso de enfermedad incurable Art. 108 CP.

El Art. 5 CP se refiere en su primer inciso al principio de utilidad, sobre los fines de la pena y medidas de seguridad, debiendo tener claridad en cuanto a la mínima intervención del derecho penal, cuando no es posible acudir a otros medios, preferible a los instrumentos penales y que resultarían menos lesivos a los derechos individuales, aunque la expansión del derecho penal asentada en aspectos como la sensación general de inseguridad, responde a un fenómeno de identificación social con la víctima antes que con el autor.¹⁴⁰

Este principio tiene su fundamento y aplicación en las medidas sustitutivas a la pena de prisión, debiendo decretarse éstas en lugar de enviar a la cárcel a una persona que no presenta mayor peligrosidad social y buscar su rehabilitación aplicando otras sanciones menos drásticas, ya que

¹³⁹Código Penal, Art. 5: *Las penas y medidas de seguridad sólo se impondrán cuando sean necesarias y en forma proporcional a la gravedad del hecho realizado.* Es una norma que se fundamenta para la aplicación de penas pero que no se aplica para efectos de prescindir de la aplicación de penas en sentencia condenatoria, ya que se valora principalmente la culpabilidad del sujeto no así que la pena sea innecesaria.

¹⁴⁰ MORENO CARRASCO, Francisco, op.cit. P. 15. Uno de los rasgos más significativos de la era posindustrial es la sensación general de inseguridad, o sea la aparición de una forma especialmente aguda de vivir el riesgo. Así los mecanismos formales y materiales del derecho penal están orientados a la víctima, de acuerdo con el pensamiento de la eficiencia preventiva. Advertimos como el discurso represivo cuestiona los sistemas penales garantistas argumentando que son diseñados pensando en el delincuente y no en el ciudadano honesto y trabajador.

no siempre la perpetración de una conducta debe llevar aparejada la ejecución de dicha pena, cuando la ley permite otras salidas.

La intervención penal del Estado sólo está justificada en la medida que resulte necesaria para el sostenimiento de su organización política dentro de una concepción hegemónica democrática.¹⁴¹ La jurisprudencia también indica la oportunidad de acotar sobre el Principio de Necesidad que se refiere al hecho de establecer en la ley, penas estrictamente indispensables.

Lo anterior indica que se debe tratar de evitar en lo posible a aquellos delincuentes en los casos que la pena no sea necesaria, basados en el Art. 63 y 5 CP en cuanto a la aplicación de la pena de catorce años de prisión en un delito de violación en un caso concreto,¹⁴² aunque este principio en la práctica jurisdiccional es poco aplicada.

Existen casos que podrían tramitarse por la vía civil, como lo es el delito de acción privada de libramiento de cheque sin provisión de fondos, que con frecuencia la extensión del cheque proviene de una relación comercial convirtiéndose en una deuda, pero como está regulado como una conducta de tipo penal, queda a criterio del juez hacer el juicio de tipicidad y considerar la culpabilidad del imputado.

Claus Roxin añade que el principio de necesidad de la pena no afecta las condiciones objetivas y a las causas de exclusión de la punibilidad, sino que se refiere a aquellos casos en los que una conducta culpable queda impune porque no es necesaria una sanción a efectos de prevención especial ni general, y si pese a haber necesidad de la pena no se castiga, es porque cede a otras necesidades del Estado.¹⁴³

¹⁴¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan: *Manual de Derecho Penal Español Parte General*, 1ª. Edic. Editorial Ariel S.A. España, 1984. P. 49. El uso político del derecho penal, que satisfacen las supuestas demandas sociales de endurecimiento efectivo de la ley para una mayor seguridad, se presenta como un peligroso instrumento de comunicación que permite trasladar los problemas y conflictos sociales a un tipo de análisis específico. Además, la criminalidad tiene un valor comercial para los medios de comunicación que lo utilizan como una mercancía de la industria cultural.

¹⁴² *Sala de lo Penal, Sent. Definitiva, 151-C-2013, del 6 de mayo de 2014*: “En cuanto si ha resultado afectado el Principio de Necesidad, esta Sala considera, que la pena de catorce años de prisión impuesta al imputado por el sentenciador y ratificado por la Cámara, se enmarca en la dosimetría penal correspondiente al delito de Violación en Menor o Incapaz, la cual según sentencia de la Cámara, estuvo basada en los Arts. 63 y 5 del Código Penal, por tanto dicha sentencia ha confirmado la debida proporcionalidad con la gravedad del hecho, y siendo que la misma ha sido aplicada en el marco del Derecho Penal entendido como la última ratio para este tipo de conductas, no puede afirmarse que la pena en este caso sea desproporcionada y menos que sea innecesaria, por tanto procede declarar no ha lugar a casar la sentencia por el motivo invocado”.

¹⁴³ ROXIN, Claus op cit. P. 984. La cuestión de si una conducta está necesitada de pena depende de la necesidad de intervenir de modo corrector con los medios de punición penal y en ese contexto se remite a los puntos de vista del

Entre esas necesidades del Estado, podría ser el otorgamiento de criterio de oportunidad, cuando se omite el ejercicio de la acción penal a condición que el imputado declare en contra de otros participantes en un hecho criminal cometido en el marco del crimen organizado. En esos casos, no es que la pena sea innecesaria, sino que no existe otra forma de probar los delitos, por lo que a cambio de la colaboración del testigo, se prescinde de acusarlo aunque esa conducta sea típica, y antijurídica.

fin de la pena. Ese principio está contenido en el Código Penal, pero es de escasa aplicación por no decir nula, ya que se necesita mucha valentía por los jueces para fundamentar este principio y no aplicar una pena. Sería más factible la fundamentación desde el punto de vista de substitutivos penales para evitar la prisión que es la de mayor gravedad.

CAPITULO II

MEDIDAS SUSTITUTIVAS A LA PENA DE PRISIÓN

2.1 LA IMPORTANCIA DE LA APLICACIÓN DE SUSTITUTIVOS PENALES

Como se ha analizado previamente, la pena de prisión forma parte de la misma humanización de las penas infamantes que existieron previo a la misma, y tiene una duración determinada en función de la gravedad del delito y fundamentada en la culpabilidad entendida como el juicio de reproche personal que se dirige al sujeto por el delito cometido.¹⁴⁴

La prisión como cualquier otro tipo de pena por mínima que parezca, siempre presenta carácter aflictivo ya que surge como respuesta al actuar punitivo, debiendo cumplir un fin que no solo debe ser el retributivo, sino también resocializador, por lo que debe estar acorde con la regulación de Derechos Humanos sobre el tema.

En esa orientación, se aprueban las resoluciones internacionales aprobadas en la ONU relativas a las prisiones, como son los once Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos,¹⁴⁵ resultando relevante el principio número uno, que se refiere a que todos los reclusos serán tratados con el respeto que merecen su dignidad y valor inherentes de seres humanos.

Otra resolución importante son las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos,¹⁴⁶ que no deben dejarse de lado al verificar el funcionamiento de un sistema penitenciario, ya que en ellas se establece la finalidad y la justificación de las penas y medidas privativas de libertad siendo éstas la de proteger a la sociedad contra el crimen al reprimir al sujeto peligroso quitándole su libertad ambulatoria.

¹⁴⁴GÓMEZ MARAVER, Mario. *Consideraciones Político-Criminales Sobre El Tratamiento Penal De Los Delincuentes Imputables Peligrosos*, Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, n.º 31 (enero de 2015) P. 287. Afirma que se debe distinguir entre prevención y retribución en su fundamento y finalidad, que se materializa en la adopción de medidas destinadas a impedir que el sujeto vuelva a delinquir, es lo que se conoce como finalidad preventivo especial.

¹⁴⁵ Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos, Adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 45/111, de 14 de diciembre de 1990. Estos principios básicos se fundamentan en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, que tiene gran valor e influencia en el desarrollo de la política penitenciaria y siempre en sintonía con velar por los derechos humanos de los reclusos siendo el principal el tratamiento con el respeto que merecen su dignidad y valor inherente de seres humanos.

¹⁴⁶ Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus Resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

Sólo se alcanzará este fin si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo.

La inclusión de las penas alternativas a la prisión o de los sustitutivos penales como la suspensión condicional de la ejecución de la pena y el reemplazo, y la creación del Juez de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena, como un garante del ámbito de la legalidad que debe imperar en materia de cumplimiento de penas así como de la defensa de los derechos de los reclusos respecto de la administración, suponen una importante evolución en materia penal y penitenciaria que no puede ser desconocida.

Se debe tener presente que la eficacia del sistema penal de una nación, no radica en el número de condenas obtenidas al año; ya que muchas veces esas estadísticas de casos condenatorios, se publican como un triunfo en la participación del sistema por el ente acusatorio, sino más bien, el éxito debería radicar en que los niveles de reincidencia delictiva se mantengan bajos.

Uno de los objetivos debería ser lograr un uso más limitado y racional de la pena de prisión; evitando en lo posible, niveles altos de hacinamiento y de congestión carcelaria, que de por sí constituyen –para las instituciones estatales encargadas– verdaderas “bombas de tiempo” dispuestas a estallar en el momento menos pensado.¹⁴⁷

Esos resultados obedecen a una política criminal mal orientada por las evidentes consecuencias reflejadas en el alto índice delincencial en el país. Al respecto, la Sala de lo Constitucional ha pronunciado importantes lineamientos que deben ser considerados cuando se trata de implementar acciones de política criminal como lo son:

a) La prevención del delito;

¹⁴⁷MARTINEZ OSORIO, Martín Alexander, *Jurisprudencia Penitenciaria Comentada*, 1ª. Edic. Consejo Nacional de la Judicatura, Unidad Técnica Ejecutiva del sector de Justicia, El Salvador, 2012. Pg. III. Es un fundamento para no perder de vista la importancia que el ámbito de las consecuencias jurídicas del delito y del Derecho Penitenciario y de la ejecución penal merece en El Salvador, ya que el autor considera que la pena y su cumplimiento sigue y seguirá siendo la bóveda de todo el sistema de justicia penal, mientras permanezca intacta la idea del castigo penal y del encierro como una solución al delito, lo cual es discutible por el fracaso que ha representado.

- b) La persecución del delito y de la impunidad; el ejercicio del jus puniendi, comúnmente aceptado como derecho a castigar o un deber generado por las propias funciones del Estado.¹⁴⁸
- c) La rehabilitación del delincuente;
- d) La constitucionalidad y legalidad de las actividades tendientes a desarrollar los aspectos antes citados;
- e) Organización, coordinación y fortalecimiento de todas aquellas instituciones responsables del diseño y ejecución de la política criminal; y,
- f) La recíproca comunicación entre el Estado y la sociedad.¹⁴⁹

Existen planteamientos que reafirman la verdadera finalidad del derecho de castigar, orientando su razón de ser en garantizar la coexistencia, la estabilidad de la sociedad, facultades que el Estado tiene que cumplir para lo cual deberá prohibir y penalizar determinadas conductas a fin de proteger de manera efectiva los bienes jurídicos políticamente importantes.¹⁵⁰

Hay casos en los que se puede prescindir de imponer cualquier pena, incluso una sustitutiva de la prisión, por ejemplo, cuando a consecuencia de la acción u omisión se produce una consecuencia que se convierte en pena natural en hechos culposos ya que se debe tomar en cuenta dos principios que están comprometidos en tales casos de pena natural y éstos son: el de humanidad y el de proporcionalidad.

Es en ciertos casos que resulta no ser necesaria la pena por afectación de mínima relevancia, debido a que el poder político del Estado no se habilita para conflictos baladíes por lo que por

¹⁴⁸LEYVA ESTUPIÑÁN, Manuel Alberto y LUGO ARTEAGA, Larisbel, *El Bien Jurídico y las Funciones Del Derecho Penal*, 36, n.º 100 (enero de 2015): p. 65. Encaja en las funciones del Derecho Penal que son la protección de los bienes jurídicos y la motivación de conductas respetuosas, ajustadas al orden social y jurídico establecido por normas legales. Estos autores también realizan un análisis crítico-sociológico en cuanto a que consideran que por el dominio político de la clase social, resulta difícil delimitar qué intereses se tutelan, ya que detrás del Estado contemporáneo no son los partidos políticos o movimientos políticos o sociales los que determinan las pautas, sino los grandes intereses económicos, mayormente transnacionales.

¹⁴⁹Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad Ref. 15- 1996 y acumulados de fecha 14/II/1997. Resuelve la solicitud de inconstitucionalidad, de los artículos 2, 3, 4, 5, 6, 8, 10 inc. 3º, 11, 12, 13, 14, 15, 22 y 27 y, en su forma, de la totalidad del Decreto Legislativo N° 668, de fecha diecinueve de marzo del año 1996, publicado en el Diario Oficial N° 58, Tomo 330, correspondiente al veintidós del mismo mes y año, por medio del cual se decretó la Ley Transitoria de Emergencia contra la Delincuencia y el Crimen Organizado

¹⁵⁰ LEYVA ESTUPIÑÁN, Manuel Alberto y LUGO ARTEAGA, Larisbel, op. Cit. Pg. 65. Opinan que son discutidas las relaciones entre Derecho-ideología, Derecho-moral, Derecho-política que en alguna medida pierden su razón de ser cuando se advierte que todo Derecho, y fundamentalmente el que encuentra asidero en normas positivas, es un reflejo de las aspiraciones de la clase dominante.

razones prácticas la justicia penal no puede desperdiciar recursos para atender infracciones que apenas afectan los bienes jurídicos.¹⁵¹

En tales casos la FGR puede prescindir de la persecución penal no obstante que concurren todos los elementos del tipo. El texto del Art. 18 No. 3°. CP dice “*cuando el imputado haya sufrido como consecuencia directa del hecho un daño físico o psíquico, grave o irreparable, que le incapacite para el ejercicio de sus actividades o cuando tratándose de un delito culposo haya sufrido un daño moral de difícil superación.*”

Tal disposición orienta a que la afectación puede ser tanto física como moral, es decir que no se limita a los casos en que este haya sufrido un daño en su cuerpo o en su salud, sino también cuando le hubiese ocasionado una pérdida que lo afecte emocionalmente, como pueden ser lesiones o muerte a sus familiares.¹⁵²

De lo anterior podemos sintetizar que, en base a los principios penales de legalidad, proporcionalidad y resocialización, hay casos en los cuales se puede prescindir de la pena, por no ser ésta necesaria, principios que deben ser prioridad y de amplia aplicación en el análisis constitucional de las leyes penales, especialmente para la jurisdicción penal ordinaria.

Esa idea de resocialización, junto a la información de que las cárceles no contribuyen a la reeducación, permitió que la doctrina postulara alternativas penales menos aflictivas que la privación de libertad y que eviten los efectos nocivos del encierro, por lo que ante ese tipo de pena, se aconseja prudencia frente a la idea legitimadora de la pena con esos fines.¹⁵³

La reincidencia que se demuestra con la frecuente comisión de delitos, a pesar que se castigan con penas severas, como el Homicidio, Extorsión, Tráfico de Drogas, demuestran el fracaso de

¹⁵¹TRAVERSSA, Ramiro: *Neopunitivismo Y Control Social. Reflexiones Sobre La Represión Selectiva De La Política Populista*, Revista Panorama Vol. 8, n.º 15 (julio de 2014): 139. Muchas conductas que son susceptibles de causar algunas molestias, pero que resultan insignificantes, podrían hallar ubicación en un orden sancionatorio de menor gravedad o cuantía que el penal, como puede ser el administrativo o contravencional.

¹⁵²Es oportuno mencionar el caso que sucedió el día 25 de junio en la ciudad de San Miguel, cuando una niña de dos años de edad murió asfixiada cuando su padre en estado de ebriedad se durmió dentro del vehículo completamente cerrado, donde también andaba la menor. Ambos padres fueron procesados en el Juzgado Primero de Paz de San Miguel y les fue decretada detención provisional. Claro ejemplo donde la FGR pudo prescindir de ejercer la acción por la pena natural que viven los progenitores de la niña, caso en el que se les decretó detención provisional a ambos, al padre y a la madre cuando la imprudencia y negligencia había sido del padre de la niña.

¹⁵³MEINI, Iván: *La Pena: Función y Presupuestos*, Revista de la Facultad de Derecho. No. 71, Perú, 2013. P. 149. Surge la propuesta a partir de la idea de orientar las sanciones hacia la mejora y resocialización de los condenados, conlleva a la posibilidad de convertir la pena privativa de libertad, la suspensión de la ejecución de la pena, la reserva del fallo condenatorio, la exención de pena, así como la mayoría de beneficios penitenciarios.

la resocialización, por lo que podríamos estar hablando de la obtención del fin de prevención general, excluyendo socialmente a quienes cometen ese tipo de ilícitos.

En este contexto adquirieron especial importancia los mecanismos para sustituir la pena de prisión, ya que si se trata de fomentar la reinserción social en los delitos de menor gravedad, es necesario la promoción de penas alternativas a la prisión para evitar los efectos criminológicos del internamiento, lo que sustenta la importancia de los mecanismos para sustituir la pena de prisión, aunque el trabajo y la educación permiten redimir parte de la pena y esto podría ser visto como una preparación para la vida en sociedad.¹⁵⁴

Lo que se pretende es que la ejecución efectiva de las penas cortas de prisión conlleva una variedad de efectos indeseables que pueden influenciar en la reincidencia, tales efectos han sido destacados en la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional¹⁵⁵ siendo los principales:

a) **Su tiempo es excesivamente corto como para realizar un efectivo proceso de tratamiento resocializador.** Del mismo modo que ocurre en el supuesto ordinario de la suspensión de la ejecución de la pena, que queda condicionada a que el reo no delinca durante un cierto plazo, que en países como España, oscila entre los tres y los cinco años.¹⁵⁶ Ese plazo forma parte del proceso orientado a cumplir los fines de la pena y proporcional al hecho cometido y la culpabilidad del autor.

b) **Puede dar lugar al "contagio criminal"**, es decir el intercambio social y aprendizaje de modos y técnicas delincuenciales que lo empujen a una verdadera carrera profesional por lo ilícito;

¹⁵⁴ MARTINEZ OSORIO, Martín Alexander: Op. Cit. Pg. 259. Sostiene que la implementación de las penas alternativas a la prisión debe procurarse a nivel legislativo en cualquier modificación penal, en el correr de su imposición judicial y dentro de su cumplimiento, lo que vuelve necesaria la optimización de toda la administración de justicia penal y fortalecimiento de organismos como el Departamento de Prueba y Libertad Asistida.

¹⁵⁵ Sentencia de Inconstitucionalidad, Ref.11/2007, de fecha 3 de octubre de 2011. En dicha sentencia se analiza la inconstitucionalidad del Art. 71 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas la que determinó que esa disposición no contradice el Art. 3 de la Cn. si se integra normativamente los requisitos establecidos en el Art. 77 del CP.

¹⁵⁶VAELLO ESQUERDO, Esperanza, *Formas Sustitutivas De La Ejecución De Las Penas Privativas De Libertad, Consecuencias Jurídicas Del Delito*, Lección 4: enero de 2006, EBSCO host. p. 58. Transcurrido dicho plazo, sin que haya delinquido, el juez o tribunal acordará la remisión de la pena si se ha acreditado la deshabitación o la continuidad del tratamiento del reo. Se prevé que si el penado incumple cualquiera de las condiciones establecidas, el juez o tribunal revocará la suspensión.

- c) **El costo de mantenimiento de este tipo de penas es alto para el Estado;** resulta de más beneficio el control de las condiciones impuestas encontrándose en libertad; y
- d) **pueden irrogar sus efectos a terceros,** en este caso a la familia del condenado, quien además puede verse privado de su único sostén económico al ser enviado a una cárcel.

La implementación de dichas penas se debe procurar a nivel legislativo, y aplicarse en el ejercicio jurisdiccional con la colaboración de instituciones como el Departamento de Prueba y Libertad Asistida (DEPLA) así como deben existir lugares donde deben ser cumplidas las medidas principalmente la de Trabajo de Utilidad Pública.

Se sugiere por algunos autores el auxilio de un estudio social, para obtener la información de variables dinámicas antes de imponer la condena,¹⁵⁷ con el objetivo de determinar por ejemplo, datos socio-demográficos si está trabajando y datos penales si está ejecutándose otra pena, circunstancias que rodean el hecho (si se arrepiente, si ha intentado reparar el daño causado o si ha cambiado su situación desde que realizó el delito), así como las posibles manifestaciones de la víctima, elementos que contribuirían a la adecuación de las penas.

2.2 NORMATIVA INTERNACIONAL APLICABLE

Los juzgadores deben aplicar tanto lo establecido en la Constitución como los diferentes instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos, en todas las resoluciones que afecten derechos de personas privadas de la libertad y sometidas a un proceso penal, especialmente los derechos que son afectados por el hacinamiento y sobrepoblación carcelaria que es un fenómeno común en los Estados de la región americana, problemas que son derivados por diferentes factores, principalmente por la falta de políticas públicas, integrales, ordenadas, eficaces orientadas a resolver la situación de las personas privadas de libertad.¹⁵⁸

¹⁵⁷LARRAURI PIJOAN, Elena. *La necesidad de un informe social para la decisión y ejecución de las penas comunitarias*, Boletín Criminológico, n.º 139 (noviembre de 2012) P.3. Podría existir oposición de algunos jueces a solicitar el informe social argumentándose que los jueces disponen de autonomía que la ley les concede precisamente para tomar decisiones, como por ejemplo suspender la pena de prisión y condicionarla al cumplimiento de diversas obligaciones.

¹⁵⁸GALLEGO GIRALDO, Elkin Eduardo y otro. *Delito y Tratamiento Penitenciario en el Contexto de los Derechos Humanos*. Ediciones UNAULA, 1ª. Edic. Colombia, 2013. P. 152. El derecho internacional de los Derechos Humanos es de aplicación directa como una norma secundaria, por lo que es de fundamental importancia el conocer e identificar cual se deberá aplicar en los casos de aplicación de penas.

En atención a las medidas de carácter internacional y que atañen a la realidad de nuestros países es necesario mencionar algunos instrumentos que pueden ser aplicables para la ejecución de medidas alternas a la detención.

2.2.1 DECLARACION UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS

La Declaración Universal de los Derechos Humanos,¹⁵⁹ (DUDH) en el Art. 7 reconoce el derecho de igualdad y de no discriminación de las personas ante la ley y el art. 9 en sintonía con el tema de privación de libertad, prohíbe la detención y prisión arbitrarias.

Sobre la adopción de criterios en la selección de sustitutivos de pena de prisión, se fundamentan en los Arts. 10 y 11 de la DUDH, donde se reconoce el derecho de la igualdad ante los tribunales y la presunción de inocencia, además se reconoce el derecho de audiencia ante cualquier acusación en materia penal, lo que está en consonancia con lo establecido en la Constitución y están relacionadas tales disposiciones con el trato igualitario en respeto de los derechos de las personas que se encuentran sometidas a un proceso penal.

2.2.2 EL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁶⁰ en los Arts. 3 y 14 establecen el derecho de Igualdad en el goce de los derechos civiles y políticos enunciados en dicho pacto, el derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial.

Se establece la publicidad tanto de los procesos penales, como de las sentencias que se dicten en ellos, exceptuándose los casos contra menores de edad, o que afecten la moral o el orden público. El Art. 9 establece el derecho a la libertad y seguridad personales y a no ser sometidos a detención o prisión arbitrarias. En tal sentido, la aplicación de medidas que reemplacen la pena de prisión deben ser aplicadas ante la visión de la protección de los Derechos Humanos.

¹⁵⁹Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, (ONU) en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948. Publicada en el Diario Oficial del 10 de diciembre de 1948. Establece en su preámbulo que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.

¹⁶⁰El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Proclamado por la ONU en 1966, publicado en el D. O. No. 218 del 23 de noviembre de 1979. Toma como base la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos por los cuales se impone a los Estados la obligación de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanos.

2.2.3 REGLAS MÍNIMAS PARA EL TRATAMIENTO DE LOS RECLUSOS

Estas Reglas¹⁶¹ están dirigidas principalmente a establecer criterios de aplicación a la administración de los establecimientos penitenciarios y se aplican a todas las categorías de reclusos en prisión preventiva o condenados, así como a quienes son objeto de medidas de seguridad o medidas de reeducación ordenadas por el juez.

Los principios rectores relativos a las personas condenadas, se encuentran a partir del Art. 56 en el que se establece que se debe atender las necesidades de tratamiento individual de los delincuentes, todos los medios curativos, educativos, morales, espirituales y de otra naturaleza. Que se asegure un régimen preparatorio para la liberación, bajo vigilancia no de la policía sino de asistencia social eficaz.

El Art. 65 establece el objeto del tratamiento de los condenados a una pena, que es el inculcarles la voluntad de vivir conforme a la ley, mantenerse con el producto de su trabajo, y crear en ellos la aptitud para hacerlo, fomentando el respeto de sí mismos y el desarrollo del sentido de responsabilidad.

2.2.4 REGLAS DE TOKIO

Las Reglas Mínimas de Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de Libertad (Reglas de Tokio);¹⁶²son un instrumento internacional especialmente destinado a regular medidas no privativas de la libertad. Contienen los principios generales de las diferentes fases del proceso penal, incluso en la fase posterior a la sentencia, como lo son la no discriminación, el principio de dignidad, y el de mínima intervención.¹⁶³

¹⁶¹ Fueron adoptadas en el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Ginebra, 22 de agosto a 3 de septiembre de 1955: informe preparado por la Secretaría (publicación de las Naciones Unidas, número de venta: 1956.IV.4), anexo I.A; enmendado por el Consejo Económico y Social en su resolución 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977 (adición de la sección E, titulada “Reclusos, detenidos o encarcelados sin haber cargos en su contra”). Publicado en el Diario Oficial del uno de enero de 1900. Se inspira en conceptos admitidos en los elementos esenciales contemporáneos más adecuados, los principios y reglas de una buena organización penitenciaria, así como la práctica que se refiere al trato a los reclusos.

¹⁶² Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad conocidas como Reglas de Tokio, Adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990. Promueven la aplicación de medidas no privativas de libertad, fomentan una mayor participación de la comunidad en la gestión de la justicia penal, fomentando en el delincuente el sentido de responsabilidad hacia la sociedad.

¹⁶³ MELÉNDEZ, Florentín. *Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos Aplicables a la Administración de Justicia*. 6ª. Edición, Publicación Especial, Corte Suprema de Justicia. El Salvador, 2008. P. 97. Se sugiere que el derecho penal sea de menor aplicación para conflictos menos trascendentales. Generalmente

Se incluye además en las Reglas de Tokio la fase de la ejecución de la sentencia en cuanto a la aplicación e interpretación de medidas no privativas de libertad entre otras disposiciones internacionales que describen los principios y las reglas de una buena organización penitenciaria y de la práctica relativa al tratamiento de los reclusos.

La aplicación de estas reglas es preponderante para que los Estados incluyan en su normativa penal otro tipo de penas que sean distintas a la prisión, considerando que fue referente en la regulación en el actual Código Penal, ya que contiene los principios básicos para promover la aplicación de medidas no privativas de la libertad.

Además, las medidas sustitutivas tienen por objeto fomentar una mayor participación de la comunidad en la gestión de la justicia penal, resultando que el involucramiento de la comunidad en la aplicación de las mismas es necesario, ya que no habría manera de lograr el objetivo que éstas persiguen si otras instituciones no colaboran para lograr su eficaz cumplimiento.

Para ello es necesario que exista alto grado de confianza en las instituciones de justicia ya que, si se otorga un reemplazo por trabajo de utilidad pública a un sujeto peligroso, difícilmente se va a lograr su ubicación en una empresa privada por ejemplo por existir recelo hacia las personas con antecedentes penales. Ante esas circunstancias, resulta difícil para un juzgador el medir el grado de peligrosidad en un imputado, es un reto para el cual puede constituir el fundamento de la imputabilidad y por tanto, la justificación de las sanciones penales.¹⁶⁴

La peligrosidad criminal es una apreciación subjetiva que difícilmente con los hechos acusados, si no existe otra información coadyuvante de antecedentes de la persona inculpada se va a poder determinar como fundamento de la sanción criminal, pero es lógico que la aplicación de medidas alternas a la prisión debe ser solo a personas que no representan una potencial puesta en peligro de bienes jurídicos involucrados en el control de medidas, formando parte de una política integral de protección de los derechos.¹⁶⁵

se aplica para todo tipo de problemas, muchas veces hasta los que se pueden solucionar por otra vía, civil, mercantil por ejemplo, considerando la efectividad de la emblemática coercitividad del Estado aplicada en ésta rama.

¹⁶⁴ DONNA, Edgardo Alberto. *La Peligrosidad en el Derecho penal. 1ª. Edic.* Editorial Astrea, Argentina. P. 24. Se debe a la alarma que genera algunos delincuentes considerados especialmente peligrosos, como los terroristas o los delincuentes sexuales, por ejemplo. Delincuentes que reciben gran atención en los medios de comunicación y se perciben como una gran amenaza para la sociedad, ya que se reacciona con indignación.

¹⁶⁵ RIVERA BEIRAS, Iñaki, *Política Criminal y Sistema Penal, Viejas y Nuevas Racionalidades punitivas. 1ª. Edic.* Anthropos Editorial. Barcelona, 2005. P. 43.

Las Reglas de Tokio proponen que se pueden adoptar como sanciones no privativas de la libertad debiendo tener en consideración las necesidades individuales de rehabilitación del delincuente, la protección de la sociedad y los intereses de la víctima, quien será consultada cuando corresponda.¹⁶⁶En el Art. 8.1 se sugieren la aplicación de las siguientes medidas:

- a) Sanciones verbales, como la amonestación, la reprensión y la advertencia;
- b) Libertad condicional;
- c) Penas privativas de derechos o inhabilitaciones;
- d) Sanciones económicas y penas en dinero, como multas sobre los ingresos calculadas por días;
- e) Incautación o confiscación;
- f) Mandamiento de restitución a la víctima o de indemnización;
- g) Suspensión de la sentencia o condena diferida;
- h) Régimen de prueba y vigilancia judicial;
- i) Imposición de servicios a la comunidad;
- j) Obligación de acudir regularmente a un centro determinado;
- k) Arresto domiciliario;
- l) Cualquier otro régimen que no entrañe reclusión;
- m) Alguna combinación de las sanciones precedentes.

Como vemos, la mayoría de esas medidas sugeridas están contempladas en nuestra normativa penal, aunque denominadas de forma diferente.

2.2.4.1 OBJETIVOS PROPUESTOS EN LAS REGLAS DE TOKIO:

1. Promover la aplicación de medidas no privativas de libertad que resultan apropiadas como medio para reducir el recurso a las penas de prisión por no dar los resultados esperados, y al mismo tiempo satisfacer las necesidades de hacer justicia con el delincuente, la víctima y la comunidad;

¹⁶⁶ Arts. 8.1 y 8.2 de las Reglas de Tokio. Se considera que para la determinación de las medidas se pueden preparar informes de investigación social que contenga el entorno social del delincuente, que sea pertinente al tipo de infracción que comete habitualmente el individuo y a los delitos que se le imputan. También deberá contener información y recomendaciones que sean pertinentes al procedimiento de fijación de condenas. Deberá ceñirse a los hechos y ser objetivo e imparcial; toda apreciación personal tendrá que formularse claramente como tal.

2. Fomentar la participación de la comunidad en la gestión de justicia penal y a la vez fomentar el sentido de responsabilidad de los delincuentes ante la sociedad. Con lo cual se objeta la consecuencia entre el mal causado y la pena y el sentido de humanidad¹⁶⁷ al conceder una oportunidad de rehabilitación al inculpaado. Consecuentemente, tienen por objeto alentar en los delincuentes un sentimiento de responsabilidad hacia la sociedad;¹⁶⁸
3. Para la aplicación de las reglas se tomará en cuenta las situaciones particulares de cada país, tomando en cuenta los ámbitos: político, social, económico, y cultural;
4. En la aplicación de las reglas, se deberá establecer un equilibrio entre los derechos de los delincuentes, de las víctimas y de la seguridad pública;
5. Los Estados miembros (entre los cuales se encuentra El Salvador), introducirán medidas no privativas de la libertad en sus respectivos ordenamientos jurídicos, proporcionando otras opciones para reducir la aplicación de las penas de prisión. Medidas como la suspensión de la ejecución de la pena, de ningún modo constituyen un supuesto de inejecución de lo resuelto en sentencia firme, sino que representa precisamente una parte integrante de la ejecución penal;¹⁶⁹
6. Serán aplicables tanto en el juicio como en el cumplimiento de una sentencia. Es esa resolución del proceso penal, que está investida de la mayor trascendencia, no solo porque le ponga fin al proceso penal, sino porque a partir de ahí nace con carácter procesal el ius puniendi tras haberse determinado jurisdiccionalmente la responsabilidad criminal;¹⁷⁰

¹⁶⁷ RIVERA BEIRAS, Iñaki, op. Cit. P. 51. Una pena solo será legítima en la medida en que con ella se alcance un efecto social, pues una pena meramente retributiva que corresponde a la teoría absoluta, que únicamente apunte a la expiación del autor, iría contra los fundamentos de una Constitución democrática y del postulado social y democrático de derecho.

¹⁶⁸ NACIONES UNIDAS, Los Derechos Humanos y las Prisiones. P. 221. Es innegable que la pena contiene un reproche personal para el autor del delito, en tanto este actuó contraviniendo la norma cuando pudo haber actuado de modo distinto. Por ese motivo la pena no puede traspasar el límite de la culpabilidad del individuo y su función preventiva debe orientarse a los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos. Para haber sanción deben haber conductas que ex ante aparezcan capaces de producir un resultado desvalorado (desvalor objetivo de la conducta), ante un bien jurídico protegido.

¹⁶⁹ VAELO ESQUERDO, Esperanza, Op. Cit. P. 425. Podría interpretarse erróneamente que se trata de una conmutación de las penas en la fase inicial de imposición, sin embargo, debe ser considerada como una pena que no necesariamente signifique ir a prisión, pero que igualmente se declara la responsabilidad penal y civil, así como también la pérdida de los derechos de ciudadano lo cual es una afectación y limitación de sus derechos dentro del contexto de la ley.

¹⁷⁰ NAVARRO VILLANUEVA, Carmen. Op. Cit. Pág. 26. Afirmación en base al principio de legalidad, por lo cual las penas deben corresponder a una conducta previamente descrita en la ley considerada antijurídica, por el cual el Estado ejerce el control penal y envía un mensaje sobre las consecuencias de incurrir en esos hechos. Siendo

7. Las Reglas se aplicarán sin ningún tipo de discriminación. Al igual que en las medidas de seguridad, se trata concretamente de una finalidad preventivo-especial, puesto que pretende prevenir la actuación delictiva del propio individuo al que se le aplican las medidas.¹⁷¹

Estas reglas pueden ser directrices a fin de una eficaz aplicación de medidas diferentes a la pena de prisión, que no sugiere una pena de tres años para su aplicación, como lo plantea el Código Penal, sino que solamente menciona lo relativo a la gravedad del delito acusado y agregando que pretende justificar la alta criminalización de conductas y la agravación de las penas a consecuencia de la incidencia de actos lesivos a la sociedad, debiendo reivindicarse la naturaleza social de la pena, la necesidad de la sociedad de que se imponga una sanción en el caso concreto.¹⁷²

Sin embargo, las tendencias doctrinarias de mínima intervención sostienen que el derecho penal debe mantenerse inmutable en tiempos sociales convulsionados que demanden su intervención omnipresente para modificar aspectos conflictivos de la sociedad, y de ningún modo justificar la flexibilización de garantías fundamentales en pos de una falaz eficiencia de seguridad ciudadana.¹⁷³ Además, se deben dejar de considerar la pena privativa de la libertad como la única y más eficiente forma de reinsertar socialmente a los delincuentes ya que existen otras medidas que pueden resultar de mejor efectividad.

2.2.5 DECLARACIÓN DE KADOMA SOBRE EL SERVICIO A LA COMUNIDAD

eso el deber ser, ya que, en una sociedad con cifras altas de criminalidad, al parecer no están haciendo eco las políticas de prevención del delito.

¹⁷¹MARAVÉR GÓMEZ, Mario, *Consideraciones Político-Criminales Sobre El Tratamiento Penal De Los Delincuentes Imputables Peligrosos*. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid. Tomo 31, enero 2015. P. 287. Cuando un Juez le ordena a un penado, que se abstenga de continuar incurriendo en hechos delictivos, como medida o condición para sustituirle la pena de prisión, está aplicando ese fin preventivo especial, ya que el sujeto se encuentra ante la doble vertiente de decisión personal, como una oportunidad que no le será presentada nuevamente.

¹⁷²MEINI, Iván: Op. Cit. P. 143. La respuesta penal aporta un mensaje a la sociedad, que sus derechos están siendo protegidos, y que los infractores de la ley reciben un castigo que merecen. La aplicación de esas medidas establecidas en el Código Penal de El Salvador, son diferente a las formas de aplicación en otras legislaciones como la anglosajona en la que se suspende el dictado de la sentencia ad probatione, como encontrándose a la espera que cumpla su compromiso o de lo contrario la sentencia le será impuesta.

¹⁷³TRAVERSSA, Ramiro, Op. cit. P. 150. Podría ser una justificación el no favorecer la aplicación de medidas distintas a la detención el considerar los conflictos sociales y su gravedad en la incidencia de la seguridad ciudadana, pero no debe incidir en detrimento de encontrar un equilibrio adecuado entre los derechos de los procesados y los de las víctimas.

La Declaración de Kadoma está basada en la Declaración de Kampala sobre las condiciones penitenciarias en África,¹⁷⁴ tiene en cuenta la limitada eficacia de la prisión, especialmente por lo que se refiere a los reclusos que cumplen penas de corta duración, así como el costo del encarcelamiento para la sociedad en su conjunto.

Asimismo se considera el creciente interés que se muestra en muchos países por las medidas sustitutivas de la prisión y la prometedora evolución a ese respecto en todo el mundo, entre las declaraciones relevantes de la Declaración se encuentran:¹⁷⁵

1. La imposición de penas de prisión debe limitarse estrictamente a una medida de última instancia. Las cárceles constituyen un desperdicio de recursos escasos y potencial humano, la mayoría de los reclusos que las ocupan no plantean ninguna amenaza real a la sociedad. Como un comentario a esta declaración se puede afirmar que por el contexto social de índice delincencial en que se encuentra El Salvador, las cárceles son necesarias pero no son efectivas para el combate a la delincuencia.

2. El hacinamiento de nuestras cárceles exige medidas positivas mediante, entre otras cosas, la introducción del servicio a la comunidad. Está planteado como el trabajo de utilidad pública en el Código Penal salvadoreño.

3. El servicio a la comunidad se ajusta a las tradiciones africanas de ocuparse de los delincuentes y de reparar los daños causados por la delincuencia en el seno de la comunidad. Además, es una medida positiva y rentable a la que debe darse preferencia, siempre que sea posible, antes que a una pena de prisión.

¹⁷⁴ La Declaración de Kadoma fue aprobada por el Seminario Internacional sobre las condiciones Penitenciarias en África, celebrada en Kampala del 19 al 21 de septiembre de 1996. Estas declaraciones además tienen un plan de acción lo que incluye: Establecer una red de comités nacionales de servicio a la comunidad y otros grupos interesados que se presten recíprocamente apoyo y aliento con las siguientes actividades: — Puesta a disposición de asesores que presten asistencia en seminarios celebrados en la subregión y en otros lugares; — Intercambio de documentación (legislación, directrices, formularios administrativos) e ideas; — Coordinación y apoyo de nuevos proyectos; — Cooperación y asistencia en la administración del plan; — Asistencia en la capacitación del personal; — Intercambio de visitas.

¹⁷⁵ Los Estados participantes en la Conferencia Internacional sobre Mandamientos de Servicio a la Comunidad en África, celebrada en Kadoma (Zimbabwe), del 24 al 28 de noviembre de 1997. Se tienen presentes las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio) y las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing).

4. El servicio a la comunidad debe implantarse y supervisarse en la práctica e ir acompañado de un programa de trabajo en que se exija al delincuente la realización de cierto número de horas de trabajo voluntario en beneficio de la comunidad en su propio tiempo.

5. Se invita a los gobiernos, a los donantes y a las organizaciones de la sociedad civil a que apoyen investigaciones, planes experimentales y otras iniciativas en este importante ámbito.

6. Los países que ya cuentan con un servicio a la comunidad deben tener presentes las lecciones aprendidas en otros lugares y examinar sus propios sistemas en consecuencia.

7. Se debe fomentar el apoyo de la comunidad mediante campañas de sensibilización dirigidas a la opinión pública y se deben elaborar bases de datos estadísticos para evaluar la eficacia del servicio a la comunidad. Este tipo de campañas aún no se inicia en varios países ya que implica costos económicos en los que no se pretende invertir.

Esta Declaración alienta a los países que todavía no lo hayan hecho, a que elaboren medidas sustitutivas de las penas de prisión y con ese fin se planteó el compromiso a cooperar con otros comités nacionales de servicio a la comunidad y otros grupos interesados, y a coordinar las medidas con ellos, con objeto de fomentar el sistema.

2.3 SUSPENSIÓN CONDICIONAL

2.3.1 ORIGEN

Conocida originalmente en Europa como *condena condicional*, fue aplicada inicialmente en Bélgica el 31 de mayo de 1888, se modificó hasta noviembre de 1947 y la ley francesa Beranger la retomó el 26 de marzo de 1891, es en base a dichas leyes que se adoptó como modelo para su aplicación en el continente europeo.¹⁷⁶ En Londres fue introducida como la *probation* como sustitutivo de las penas cortas de prisión, aunque con diferente regulación, ya que no se aplicaba como una pena sino que se dejaba en suspenso la condena, podríamos comparar su aplicación como lo que conocemos actualmente como suspensión condicional del procedimiento.¹⁷⁷

¹⁷⁶CUELLO CALÓN, Eugenio. *La Moderna Penología*. 1ª. Edic. Casa Editorial BOSCH. España, 1958. P. 416.

¹⁷⁷ Código Penal Art. 22: *En los casos en que proceda la suspensión condicional de la ejecución de la pena o cuando se trate de delitos sancionados exclusivamente con penas no privativas de libertad, las partes podrán solicitar la suspensión condicional del procedimiento.*”

Estas dos figuras presentan similitud, en cuanto a que se fija un plazo de prueba durante el cual se deja en suspenso la tramitación del proceso el cual es vigilado la verificación de cumplimiento de medidas por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, y una vez finalizado ese plazo, el juez de la causa decreta sobreseimiento definitivo con el cual pone fin al proceso.

La diferencia sustancial radica en que esta suspensión de procedimiento, no precede una declaratoria de culpabilidad, ya que no se llega a la etapa del juicio y por lo tanto no le genera antecedentes penales al procesado, quien si no cumple las medidas tendrá que someterse a la conclusión del proceso hasta llegar a sentencia.

2.3.2 DEFINICIÓN

La suspensión de la ejecución de la pena puede ser definida como: “Un beneficio en virtud del cual se concede al penado la posibilidad legal de no ingresar en prisión, estableciéndose a cambio un período de prueba sometido a una o varias condiciones, de suerte que si la prueba se supera, la pena se entiende definitivamente cumplida y si no es así, se procede a su cumplimiento según el régimen general.”¹⁷⁸

La definición más acertada de suspensión condicional de la ejecución de la pena que podemos plantear es la aportada por la Sala de lo Constitucional que considera a la suspensión condicional de la ejecución de la pena como un *sustitutivo penal* que evita el cumplimiento efectivo de una pena privativa de libertad de corta duración, mediante la imposición de una serie de condiciones o reglas de conducta al beneficiado en un periodo de prueba que suple a la pena de prisión.¹⁷⁹

Los efectos de esta suspensión es que extingue la pena, no obstante que no haya cumplido en prisión ningún periodo el condenado, al cumplir satisfactoriamente las condiciones y al no haber reincidencia en el delito, Art. 96 ord. 1° CP.

Maqueda Abreu menciona en su libro a E. Gómez con el siguiente concepto: “*Consiste en dejar en suspenso el cumplimiento de la sanción impuesta al autor de un delito leve, si las condiciones personales del mismo autorizan la presunción de que la efectividad de esa sanción carece de*

¹⁷⁸BARQUÍN SANZ, Jesús y LUNA DEL CASTILLO, Juan de Dios. *Aplicación Práctica De La Suspensión Y La Sustitución De Las Penas Privativas De Libertad: Una Aproximación Estadística*. Revista de Derecho Penal y Criminología, vol. 10 Granada, España. (julio de 2013): p. 425.

¹⁷⁹Sentencia de Inconstitucionalidad, Ref. 11-2007 y acumulados, de fecha 3 de octubre de 2011.

objeto práctico.”¹⁸⁰ Se incorpora también a su definición la necesidad de cumplimiento de ley por parte del beneficiado quien no debe incurrir en otro delito para que la condena se tenga por no cumplida.

Es necesario analizar las condiciones de aplicación que el autor Cuello Calón propone para acceder a éste beneficio:¹⁸¹ 1) Que el delincuente no haya cumplido pena alguna, o no haya incurrido anteriormente en condena. 2) La gravedad o la cuantía de la pena suspendida. 3) Imponer un plazo de prueba, especiales deberes, para favorecer su reintegración social. No obstante que la ley no plantea de forma taxativa los requisitos de aplicación, se debe hacer una interpretación conforme a la constitución¹⁸² y a los fines de la pena.

Son las herramientas procesales a los cuales los jueces pueden acudir para la aplicación de beneficios que están contenidos en el mismo proceso penal, que para el Profesor Reinaldo González el mismo proceso es “*un termómetro preciso de la vigencia de los derechos humanos en una sociedad y, por tanto, de la vigencia del Estado Democrático de Derecho,*”¹⁸³ ya que se está llevando a la práctica todos esos principios que rigen el debido proceso.

A este nivel del proceso, se sobreentiende que ya se tiene por destruida la presunción de inocencia que se le ha mantenido al encausado en todo el trámite procesal, no obstante sobre las afectaciones a derechos, desde la vigencia de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano que en 1789,¹⁸⁴ ya se establecía sobre la disminución en el rigor en el aseguramiento

¹⁸⁰ MAQUEDA ABREU, María Luisa. *Suspensión Condicional de la Pena y Probation*. 1ª. Edic. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, España. 1985. P. 37.op. Cit. P. 36.

¹⁸¹ CUELLO CALÓN, Eugenio, Op. Cit. P. 630.

¹⁸² El diccionario de la lengua española dice que interpretar es “explicar textos o declarar el sentido de una cosa, y principalmente el de textos faltos de claridad”. Se puede decir que “interpretación en el sentido más amplio es sinónimo de comprensión en las ciencias humanas y sociales según la metodología de las ciencias de la cultura. Para conocerlo es necesario interpretar o comprender el substrato material de ese objeto, es decir es necesario descubrir su sentido o significado. Por tanto, conocer el objeto cultural es interpretarlo”; WROBLEWSKI, J., “La interpretación en el Derecho: teoría e ideología”, en su *Sentido y hecho en el Derecho*, Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1989, trad. de J. Igartua y F. J. Ezquiaga, p. 113.

¹⁸³ GONZALEZ, Reinaldo, *Prueba indiciaria, Fundamentos para una Formulación Teórica en Materia Criminal*. 1ª. edic., Aequus Editorial, San Salvador, El Salvador, 2015. P. 137.

¹⁸⁴ Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, en 1789, art. 9.2: “*Todo hombre sigue siendo inocente hasta que sea condenado; si se cree indispensable su detención, todo rigor que no sea necesario para el aseguramiento de su persona deberá ser severamente reprimido*”.

de la persona debía ser restringido evitando el autoritarismo penal y planteando un cambio de paradigma¹⁸⁵ en la estructura del derecho positivo.

2.3.3 PENA MINIMA COMOPRESUPUESTO DE APLICACIÓN

Entre los presupuestos necesarios para la aplicación de las medidas sustitutivas se encuentra la pena mínima, por lo que, cuando el tipo penal está sancionado con pena máxima que no excede los tres años de prisión no podría existir confusión, si es aplicable o no la suspensión condicional.

Como ejemplo se pueden mencionar, algunas disposiciones como el Art. 142 CP. Lesiones: Está sancionado con pena de prisión de uno a tres años; Art. 147-A CP. Disparo de Arma de Fuego: también está sancionado con pena de uno a tres años y en la modalidad del inciso segundo de esa disposición se sanciona con pena de seis meses a dos años. En esos casos no hay duda que la pena a imponer no puede exceder al límite máximo que el legislador ha dispuesto para esos tipos penales.

Pero qué pasa cuando se trata de un delito como el de Privación de Libertad, Art. 148 CP que está sancionado con pena de prisión de tres a seis años; o el delito de Acoso Sexual, Art. 165 CP., sancionado con pena de tres a cinco años de prisión. Pareciera que el Art. 77 CP. no incluye a éstos delitos cuyo límite máximo excede los tres años de prisión, *“en los casos de pena de prisión que no exceda de tres años”*.

Si un juez interpreta que los delitos cuya pena excede los tres años no sería posible la aplicación de Suspensión Condicional, basado en la literalidad de la disposición, sería válido ya que de la simple lectura de ese artículo se presta a esa conclusión siempre que se fundamente la resolución debidamente.

Sin embargo, existe otra interpretación más favorable al imputado, pudiendo además acudir a la normativa internacional que regula en relación a que la prisión de manera provisional es de

¹⁸⁵ RIVERA BEIRAS, Iñaki. Op. Cit. P. 161. Opinan algunos autores que los fines que deben prevalecer al determinar la pena son de carácter preventivo especiales, se deben incorporar finalidades preventivo generales al determinar la pena, pues la misión del juez es determinar la pena concreta a un sujeto no comprobar los efectos preventivo generales que puedan provocar sus decisiones en la comunidad.

aplicación excepcional, y aún después de la sentencia¹⁸⁶, que es la que está orientada a aplicar la suspensión cuando la pena impuesta en la sentencia no excede los tres años de prisión.

Esta es la versión más aplicada por los juzgadores, para lo cual mencionaremos algunas sentencias al respecto. Ref. 143- 2012 delito de Agresión Sexual en Menor o Incapaz;¹⁸⁷ Ref. 243-2012, se le impuso la pena de tres años de prisión y la suspensión condicional de la misma en el delito de Contrabando de Mercaderías,¹⁸⁸ se le impuso la pena de dos años de prisión, ambos delitos son considerados graves pero en aplicación del procedimiento abreviado es posible la imposición de penas inferiores a la pena mínima.

2.3.4 EN DEFECTO DE OTRAS FORMAS SUSTITUTIVAS

El Art. 77 CP. plantea esta segunda directriz, para la aplicación de éste beneficio, pero qué debe entenderse por la frase “*en defecto de*” podría interpretarse que como primera opción se deben aplicar otras medidas como la prisión, la multa, el arresto domiciliario o el trabajo de utilidad pública y solo en caso que no se sea conveniente aplicar éstas, se debe resolver la suspensión condicional.

Tal disposición penal necesariamente, nos remite a analizar cuáles son las formas sustitutivas señaladas previamente, y tenemos que en el Capítulo IV del Título III CP, solamente se menciona el Reemplazo de la pena de prisión por Trabajo de Utilidad Pública (Art. 74 CP.) ya que el Art. 45 CP menciona los tipos de penas principales con las que puede estar sancionado cada delito calificado en el Código Penal. Por lo tanto, la Suspensión Condicional no deberá aplicarse como regla general sino de manera excepcional.

2.3.5 FORMA DE FUNDAMENTACION

¹⁸⁶MELLENDEZ, Florentín, *Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos Aplicables a la Administración de Justicia*. Segunda Edición, Publicación Especial Corte Suprema de Justicia. El Salvador. 2005. P. 99. Existe recepción del derecho internacional en el derecho interno ya que en el Código Procesal Penal de El Salvador, contiene un apartado relativo a las medidas cautelares.

¹⁸⁷ Tribunal Primero de Sentencia de San Miguel, Ref. 143-2012, de fecha 4 de octubre de 2012. En base a la aplicación del Procedimiento Abreviado la posibilidad de aplicar penas inferiores al mínimo que establece cada delito, se puede hacer, ya que el artículo 417 CPP permite que exista acuerdo de partes en cuanto al régimen de penas, con la condición que el imputado confiese el hecho del cual se encuentra siendo acusado.

¹⁸⁸ Tribunal de Sentencia de La Unión, Ref. 243-2012, de fecha 15 de octubre de 2012. Igualmente a la aplicación de la sentencia mencionada del Tribunal Primero de Sentencia de San Miguel, en el caso de Contrabando de mercaderías, que tiene una pena mínima de seis años, se le imponen únicamente dos, cuando el procesado cancela la multa que fue objeto de tasación por la mercadería producto del contrabando, siendo procedente en esos casos la aplicación de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Además de los presupuestos ya mencionados, el Art. 77 CP. requiere que el juzgador aplique esta medida considerando el caso concreto, el delito que se está conociendo que no sea de mayor gravedad, en la personalidad del delincuente, en la afectación que va a tener en su trabajo y familia al ir a prisión, resultando luego del análisis de todos esos factores.

Las infracciones que se reprimen con penas leves deben ser sometidas a un permanente análisis que garantice que superan el mínimo de lesividad que legitima la intervención del derecho penal¹⁸⁹ para arribar a la conclusión que en ese caso no es conveniente la aplicación de la pena de prisión, ya que sería dañina más que beneficio ante los problemas delincuenciales por lo que la influencia carcelaria debe ser mínima.¹⁹⁰

El juzgador debe plasmar en la sentencia esos razonamientos, siendo que esa fundamentación no debe ser tan extensa como cuando se está realizando la valoración de cuestiones como la culpabilidad o inocencia, tal como lo expresa el profesor BONORINO: “*La complejidad de una argumentación judicial varía de acuerdo al tipo de caso que en ella se resuelve y a los desacuerdos que hayan surgido durante el proceso a los que el juez o tribunal deba poner término.*”¹⁹¹ La argumentación comprende la exposición a las partes de los motivos que llevaron al juez a adoptar una decisión en un caso concreto.

No con mucha frecuencia, pero en algunos casos las partes técnicas están de acuerdo con la aplicación de medidas sustitutivas a la pena de prisión o conocen de antemano por la práctica, el criterio del tribunal en este tipo de casos que se aplicará un tipo de medida alterna a la prisión,¹⁹² por la existencia de acuerdos previos, la controversia en esa conclusión es mínima, no significando con ello que se deba omitir toda argumentación al respecto.

¹⁸⁹ MEINI, Iván: op. Cit. P. 145. La mínima lesividad al bien jurídico es otra vía de análisis de la no aplicación de penas de prisión, pudiendo aplicarse otro tipo de sanciones cuya trascendencia jurídica sería similar por el fin que se persigue.

¹⁹⁰ MONTAÑEZ-RUIZ, Julio César. *El debate entre la expansión del derecho penal hacia la criminalidad de la clase alto y el derecho penal mínimo*, Estudios Jurídicos no. 12, Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia. (junio de 2010): p. 287.

¹⁹¹ BONORINO, Pablo Raúl: *La Justificación de las Sentencias Penales, Una Perspectiva Lógica y Conceptual*. Unidad de Producción Bibliográfica, Consejo Nacional de la Judicatura. El Salvador, 2003. P. 23. Los jueces tienen responsabilidad de poner punto final a las disputas jurídicas bajo su conocimiento, para ello deben argumentar en defensa de la alternativa que consideran correcta el cual deberá ser bien estructurado y explícito.

¹⁹² El Art. 417 No. 1) CPP: “*Que el fiscal solicite la aplicación de cualquier modalidad del régimen de penas...*” es un claro ejemplo de acuerdo de partes en cuanto a la pena a imponer, en el que las partes inciden por acuerdo previo.

Vale la pena plantear en éste punto un tipo de argumentación plasmado en la sentencia Ref. 173Z-A3-14 de fecha 20 de junio de 2014, el cual contiene una básica argumentación para la imposición de ésta medida que estaba procesada una persona del sexo femenino, por el delito de Tráfico de Objetos Prohibidos en Centros Penitenciarios de Detención o Reeducativos, por el cual se le impuso la pena de tres años de prisión.¹⁹³

A contrario sensu, al momento de determinar su aplicación también debe, ser considerados los aspectos relativos a intereses preventivo-generales,¹⁹⁴ los cuales se traducen en restricciones a la concesión tanto de la suspensión condicional de la ejecución de la pena como de la libertad condicional, logrando con ello el cumplimiento íntegro de la pena. Estos deberán ser casos en extremo excepcionales ya que, si se está dictando una pena de prisión de tres años o menos, por lógica se entiende que se debe otorgar el beneficio de sustituir la pena privativa de libertad.

Sin embargo, no en todos los casos se dan esas salidas, ya que se han pronunciado resoluciones al respecto en los cuales no siempre se aplican beneficios de reemplazo de la pena en un caso de Posesión y Tenencia de Drogas,¹⁹⁵ para plantear un ejemplo, ya que pueden existir muchos más casos en los que se niegue ese beneficio.

Como lo plantea el Código Penal, se trata de una facultad discrecional que debe motivarse, tanto si se acepta como si se deniega para cuya concesión los jueces deben atender fundamentalmente

¹⁹³ Sentencia Ref. 173Z-A3-14: “*Que éste Tribunal considera inconveniente ejecutar la pena de prisión impuesta a... tomando en cuenta que la conducta típica y antijurídica por la cual fue enjuiciada no produjo consecuencias graves y, además, considerando la edad del imputado, su situación familiar, y por el nivel de estudio realizado, le sería contraproducente la restricción de su libertad con internamiento, dado lo ineficaz que resultaría tal medida para corregir una conducta como la sancionada, y además se tiene que el sistema penitenciario salvadoreño no garantiza el mandato constitucional prescrito en el inciso tercero del artículo 27 de nuestra Constitución de la República; luego tenemos que el legislador en forma sabia redactó el artículo 77 Pn. en el cual estableció que en los casos de pena de prisión que no exceda de tres años y en defecto de las formas sustitutivas antes señaladas, el Tribunal podrá otorgar motivadamente la **suspensión condicional** de la ejecución de la pena, dejando en suspenso su cumplimiento por un período de prueba de dos a cinco años, atendiendo las circunstancias personales de la condenada, las del hecho y la duración de la pena”.*

¹⁹⁴ MEINI, Iván: Op. Cit. P. 151. Menciona la prevención general negativa entendida como coacción psicológica, la pena utilizada como amenaza, a diferencia de la prevención general positiva para la cual la pena reafirma la conciencia social de validez de la norma vulnerada por el delito y genera confianza.

¹⁹⁵ Tribunal de Sentencia La Unión, Ref. 258-2015, de fecha 14 de octubre de 2015, por el delito de Posesión y Tenencia de Drogas, se le condenó a tres años de prisión sin el beneficio de la Suspensión Condicional del Procedimiento.

a la peligrosidad criminal del sujeto, así como a la existencia de otros procesos penales en su contra.¹⁹⁶

En algunas ocasiones, la parte acusadora pide expresamente en la Vista Pública que se deniegue este beneficio, pero no presentan ningún elemento probatorio sobre antecedentes penales o sobre la peligrosidad del autor, para que el Juez tome esa decisión; por lo tanto, sin fundamento alguno lo más probable es que si se otorgue el beneficio.

Respecto a la Suspensión Condicional, es importante aclarar que, si bien es cierto existe diferencia en las denominaciones utilizadas en el Código Penal y en el Código de Justicia Militar¹⁹⁷ ya que en el primero se denomina Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena y en el segundo Remisión Condicional de la Pena, Art. 23 del Código de Justicia Militar,¹⁹⁸

Sin importar la denominación que se le dé en los diferentes cuerpos legales, la finalidad de tal beneficio penal es el mismo, es decir, que el imputado no esté privado de su libertad ambulatoria, y que el cumplimiento de las reglas de conducta impuestas se asimilen a la ejecución de la pena.

2.3.6 PERIODO DE PRUEBA

Es conveniente realizar un análisis a la regulación penal sobre el plazo de Suspensión Condicional de la Pena, en base a lo que establece el Art. 77 CP: *...el juez o tribunal podrá otorgar motivadamente la suspensión condicional de la ejecución de la pena por un periodo de prueba de dos a cinco años...*” En base a esa disposición, el periodo que el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria tendría bajo su vigilancia el proceso es de mínimo dos años, la crítica a realizar sería respecto a los procesos que son sancionados con un año de prisión o menos.

¹⁹⁶VAELLO ESQUERDO, Esperanza, Op. Cit. P. 430. La peligrosidad es un concepto jurídico-legal que se relaciona a las ciencias del comportamiento y la criminología, resultando una referencia esencial en la aplicación de medidas de seguridad, gestión penitenciaria y la prevención de los delitos.

¹⁹⁷ Código de Justicia Militar, Decreto No. 562 de fecha 05 de mayo de 1964, publicado en el D.O. No. 97 del 29 de mayo de 1964.

¹⁹⁸ Código de Justicia Militar, Art. 23.- *“Cuando un Oficial fuere condenado por delito militar a pena de reclusión que no exceda de tres años y concurrieren las condiciones establecidas en el artículo siguiente, el Tribunal competente, atendidas las circunstancias del hecho y las condiciones personales del reo, podrá ordenar la remisión condicional de dicha pena.”*

Es oportuno mencionar como ejemplo un caso práctico tramitado en el Tribunal de Sentencia de La Unión,¹⁹⁹ por el delito de Maltrato Infantil, se condenó a la imputada M.F. Contreras a la pena de un año de prisión, concediéndole el beneficio de la Suspensión de la Pena decretándole las medidas respectiva según el delito cometido por el plazo de control de esas medidas de dos años, tal como lo establece el Art. 77 C.P.

Haciendo una interpretación literal de la ley, esa disposición no da oportunidad al Juez de valorar si es aplicable un período inferior a dos años, según la pena impuesta. No obstante, el juez puede razonar lo contrario basándose en el principio de legalidad, el cual establece que las sanciones deben sujetarse a lo estrictamente prescrito por el ordenamiento jurídico.

Dicha decisión puede dar origen desde el ámbito del ius puniendi, que supone la existencia previa de una norma que describa de manera clara, precisa e inequívoca la conducta objeto de sanción.²⁰⁰ Significa que con el periodo de control de medidas se estaría concediendo un voto de confianza a la persona declarada culpable y no considerar al delincuente como un individuo contra cuya “especie de género humano, “ha de andar alerta la sociedad.”²⁰¹

La interrogante es si el juez puede aplicar un período menor a dos años contrario a lo que establece el Art. 77 CP en cumplimiento al tenor literal de la disposición penal, y dejar el plazo de verificación, según la pena impuesta en el caso concreto como en el ejemplo planteado, solamente por un año. A lo cual se considera que sí es posible ya que, si nos estamos refiriendo a suspensión de la ejecución de la “pena”, es la que se le impone en la sentencia, fuera de ese plazo, no hay más pena que cumplir.

El mismo análisis podría plantearse al plazo máximo de cinco años de periodo de prueba que establece el Art. 77 CP, plazo que excede a los tres años de prisión que es la pena máxima en la

¹⁹⁹ Tribunal de Sentencia de La Unión, Ref. 158-2-16, por el delito de Maltrato Infantil, 204 CP vista pública realizada el día 13 de julio de 2016. Como sabemos, este delito consiste en un exceso en el deber de corrección, aplicado generalmente a los padres y madres o responsables del cuidado del niño, niña o adolescente; al aplicar la pena de prisión, qué daño mayor podría realizarse al separar al progenitor de su hijo, las medidas o condiciones a cumplir por el sujeto activo serían de mayor efectividad.

²⁰⁰ MARTÍNEZ OSORIO, Martín Alexander, Op cit. P. 99. Está siempre presente el principio de legalidad como un marco dentro del cual el aplicador de justicia puede optar únicamente sin extralimitarse sino en consideración de todos los factores en relación a la función punitiva del Estado.

²⁰¹ DONNA, Edgardo Alberto. *La Peligrosidad en el El Derecho Penal*. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina. 1978. P. 16. En dicha cita menciona a Lombroso, al referirse al estado peligroso y la escuela positivista. La peligrosidad está relacionada muchas veces con la psicopatía y la aplicación de medidas de seguridad, pero también puede atribuirse a grupos delincuenciales que agrupan con el propósito de cometer hechos delictivos.

que puede aplicarse la suspensión condicional, debido a que, así como está regulado, por ejemplo, a una pena de tres años se puede mantener en control durante cinco años.

Desde ese punto de vista, considero que contraviene el principio de seguridad jurídica, el cual se traduce como la certidumbre del individuo de que su persona, bienes y derechos están a salvo de ataques violentos e indebidos y, en el peor de los casos, de efectuarse, se harán cesar con premura y los daños le serán resarcidos; la seguridad es, por tanto, punto de partida del Estado y puerto de arribo del derecho.²⁰²

El estado de certeza hacia el ciudadano, alude al orden, la firmeza y la confianza en el ordenamiento, no sólo en las relaciones jurídicas entre particulares sino especialmente en las relaciones entre el ciudadano y la administración y aún frente al legislador. Como lo afirma Ferrajoli: “*Exigencias elementales de certeza y de justicia hacen necesaria la reducción de la pena sustituyendo –la prisión- por penas menos segregativas*”²⁰³ antelo cual se debe tener presente que toda aplicación de sanción implica el respeto a la igualdad y dignidad de todo ser humano, y de sus derechos fundamentales siempre adoptadas por el poder político y democrático.²⁰⁴

Por lo tanto, un periodo de prueba que exceda el de la pena principal, en caso que se produzca un incumplimiento de las medidas, haría cumplir el resto de pena en prisión, o iniciaría de cero a cumplir el total de la prisión impuesta, no está claro ese aspecto y serían los tribunales los que tendrían que dirimir esa circunstancia, además no es conveniente por razones de economía procesal, por sobrecarga laboral de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria.

²⁰² DEL PIAZO, Carlo E.: *El Principio de Seguridad Jurídica en el mundo virtual*, Revista de Derecho, Vol. 6, Uruguay, 2007. P. 8. Este principio debe estar presente no solo en las relaciones entre particulares, sino principalmente entre la administración y los ciudadanos, lo contrario implicaría vivir en incertidumbre que las reglas pueden cambiar de un momento a otro.

²⁰³ FERRAJOLI, Luigi: *Garantismo Penal*. Serie Estudios Jurídicos No. 34. 1ª. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México. 2006. P. 29. Sugiere el autor la reducción cuantitativa de la duración de las penas, que significa ante todo la supresión de la cadena perpetua, y una considerable reducción del límite máximo de la reclusión.

²⁰⁴ MURILLO RODRÍGUEZ, Roy. *Sobre la judicialización de la pena: garantía ejecutiva, control jurisdiccional y Estado de Derecho, Cotidiano* - Revista de la Realidad Mexicana 28, n.º 180 (7 de agosto de 2013): P. 21. El acceso a la justicia con la imposición de una pena no se ve afectado ya que cobra relevancia garantizarlo al individuo en esa situación, por la vulnerabilidad de las personas presas cuando se les expone a un ambiente violento. Se debe garantizar una vía de acceso para el reclamo de los derechos y el sometimiento de la administración penitenciaria al principio de legalidad.

2.3.7 RESTRICCIONES LEGALES PARA LA APLICACIÓN DE LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA

Pareciera que en base al principio de igualdad regulado en el Art. 3 Cn. se encuentra la pauta para no efectuar discriminación de ningún tipo al momento de conceder beneficios como la Suspensión Condicional por restricciones establecidas en la ley, como el delito por el cual está siendo condenado el imputado. Ejemplo de ello es el Art. 71 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas (LRAD) que establece:

***Beneficios Excluidos:** Los imputados de cualquiera de los delitos a que se refiere esta Ley, no gozarán del beneficio de excarcelación ni de la suspensión condicional de la ejecución de la pena. Esa exclusión de beneficios podría considerarse que contraviene el derecho de igualdad que establece el Art. 3 Cn.*

No obstante las diferentes modalidades de delitos existentes, parece que se pretende dar a todos los delitos contenidos en la LRAD el tratamiento que merecen quienes trafican drogas en grandes cantidades cuando en realidad son consumidores que no demostraron tal condición, por lo que fue objeto de análisis de constitucionalidad.²⁰⁵

De dicho recurso podemos extraer las siguientes conclusiones: Que pueden darse determinados beneficios que sean concordantes con la resocialización, pero pueden restringirse atendiendo a otros fines que pueda cumplirla pena, y ello no atenta contra los fines propuestos. La inconstitucionalidad no fue declarada, existiendo un voto razonado del Magistrado Edward Sidney Blanco que consideró que dicha disposición era inconstitucional porque limita la facultad del Juez de decidir sobre la medida a adoptar.

En cuanto a la denegatoria de suspensión condicional, cuando se decide aplicar la pena de prisión, aunque la pena mínima sea de tres años, se puede por la particular gravedad de los delitos y su afectación a bienes jurídicos, son factores suficientes para afirmar que no es contradictorio con los fines del referido Art. 27 Cn. ni con el orden constitucional.²⁰⁶ Todo

²⁰⁵ Sentencia de Inconstitucionalidad, Ref. 11-2007 y acumuladas, de fecha 3 de octubre de 2011. Se refiere a la consideración respecto a la aplicación de sustitutivos de beneficios penitenciarios a imputados por delitos de drogas, el legislador debe respetar el marco trazado por la Constitución, y ello indica respetar principios connaturales al Estado de Derecho como la justicia.

²⁰⁶ La SC resolvió de igual forma lo relativo al inc. 2º. del Art. 71 LRARD que prohíbe la sustitución de la detención provisional. Al efecto, sostuvo: "...si el legislador advierte que los atentados más graves a los bienes jurídicos

enmarcado siempre en el principio de legalidad en cuanto a que la ley debe ser precisa en su lenguaje normativo de las consecuencias que impone cada artículo,²⁰⁷ el cual incide en la decisión del juez para la denegación de medidas alternas a la prisión.

La Asamblea Legislativa ante el traslado conferido, manifestó cuatro razones por las cuales consideró que tal exclusión resultaba justificada, siendo importante mencionarla ya que es la postura oficial adoptada por el Órgano encargado de crear leyes:

a) "Que es política del Estado Salvadoreño, cumplir los acuerdos y convenios multilaterales en materia de drogas, suscritos y ratificados; en consecuencia las políticas y actividades que defina están orientadas al cumplimiento de los compromisos derivados de los mismos"; en éste punto conviene rebatir que los tratados internacionales destacan el reconocimiento de los principios generales del derecho, como los son el de igualdad de todas las personas ante los tribunales y las cortes²⁰⁸ y el de legalidad.

b) "Que la drogadicción es un fenómeno que deteriora la salud física y mental de los habitantes de la República y, además, es un factor criminógeno que atenta contra las bases económicas, sociales, culturales y políticas de la sociedad; también debemos mencionar que existen otro tipo de drogas legales que también afectan a la persona como lo es el alcohol y el tabaco y que no están considerados como ilícitos.

c) "Que el combate y el control de las actividades ilícitas a las drogas es una forma de prevenir el problema de la drogadicción y para ello se emiten las disposiciones encaminadas a erradicar tal actividad, y tipificar como delitos variadas conductas que se relacionan con ellas y que atentan contra la salud de los habitantes de la República"; y

d) "Lo que se pretende con dicha normativa es que los imputados de los delitos a que hace relación la presente Ley, es que estos no puedan gozar de los beneficios de excarcelación ni

vida, libertad y propiedad implican un mayor riesgo de fuga, obstaculización de la investigación o "alarma social", como también que los delitos en que se presenta la realidad del crimen organizado, justifican establecer una regla en virtud de la cual no se sustituirá la medida cautelar de la detención provisional por otras medidas cautelares, ello se encuentra habilitado por las especiales características de estos delitos, por lo cual ello no violenta el Art. 3 Cn., y así debe ser declarado en la presente sentencia".

²⁰⁷ GANDULFO R. Eduardo, *¿Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica*, Revista Político Criminal, Vol. n.º 9. Chile. (diciembre de 2009): P. 10. El trabajo de los abogados se desenvuelve inserto en el contexto de la codificación, por lo que la labor de los jueces, los juristas y los litigantes, está definida por los cánones de la codificación en materia penal.

²⁰⁸ RIVERA BEIRAS, Iñaki, Op. Cit. P. 174. No obstante que en base al principio de igualdad debe ser aplicada la ley sin distinción alguna, muchas disposiciones tienden a excluir de la aplicación de derechos a cierto tipo de delincuentes, lo cual podría afectar principios fundamentales.

de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, como un modelo ejemplarizante para que dichos ilícitos no se sigan cometiendo".

En esas cuatro justificantes, la Asamblea Legislativa, no mencionó en ningún momento los fines de resocialización que plantea el Art. 27 inc. 2º y 3º de la Constitución, lo que se persigue son fines de carácter preventivo generales que vulnera el carácter humanista que establece el Art. 1Cn. En una simple intelección de la referida norma, se entiende que la prevención de delitos es el resultado de un óptimo tratamiento penitenciario.²⁰⁹

De ahí, que esta norma sea el enclave para afirmar que en materia de ejecución penal, prima la prevención especial, y es lo que le da sentido al sistema progresivo regulado en la LP²¹⁰ y lo estipulado por Convenios Internacionales. En contravención a lo planteado por la Asamblea Legislativa, considera la Sala de lo Constitucional, que éste argumento debe rechazarse en base a lo establecido en el Art. 36 de la Convención Única sobre Estupefacientes de la Organización de las Naciones Unidas,²¹¹ en el Art. 36 así como el Art. 22 del Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de Viena,²¹² estipulan que sólo los delitos graves, deberán ser sancionados especialmente con penas de prisión u otras penas de privación de libertad.

No se puede dejar de mencionar que el Art. 4 lit. c) de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas,²¹³ que establece de manera clara lo siguiente: "*...no obstante lo dispuesto en los incisos anteriores, en los casos apropiados*

²⁰⁹ MARTÍNEZ OSORIO, Martín Alexander. Op. Cit. P. 31. La resocialización del delincuente no es el único fin perseguible según la Constitución, sino también la prevención de delitos como otro de los fines que fundamentan la configuración legislativa de las sanciones penales.

²¹⁰ Esto se denota de lo establecido en el Art. 2 LP en cuanto que la ejecución de la pena deberá proporcionar al condenado, condiciones favorables a su desarrollo personal, que le permitan una armónica integración a la vida social al momento de recobrar su libertad.

²¹¹ Convención Única Sobre Estupefacientes de la ONU, emitida el 14/09/1950. Aprobada por D.L. No. 120 del 30 de octubre de 1997. Publicado en el D.O. No. 235, Tomo 337, de fecha 16/12/1997. Art. 36 No. 1 "*...no conformes a las disposiciones de esta Convención o cualesquiera otros actos que en opinión de la Parte puedan efectuarse en infracción de las disposiciones de la presente Convención, se consideren como delitos si se cometen intencionalmente y que los delitos graves sean castigados en forma adecuada, especialmente con penas de prisión u otras penas de privación de libertad*".

²¹² Convenio Sobre Sustancias Psicotrópicas de la ONU 1971. Fecha De Emisión: 14/09/1950, A.E. N° 906, del 7 de agosto de 1997, publicado en el D.O. No. 100, Tomo 339, del 2 de junio de 1998. Art. 22 lit b) "*No obstante, cuando las personas que hagan uso indebido de sustancias sicotrópicas hayan cometido esos delitos, las Partes podrán, en vez de declararlas culpables o de sancionarlas penalmente, o además de sancionarlas, someterlas a medidas de tratamiento, educación, post tratamiento, rehabilitación y readaptación social...*"

²¹³ Convención de las Naciones Unidas Contra El Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas Fecha De Emisión: 14/09/1950. Aprobada por A.E. N° 232, del 39 de marzo de 1993, publicada en el D.O. N° 107, Tomo 327, del 12 de junio de 1995.

de infracciones de carácter leve, las Partes podrán sustituir la declaración de culpabilidad o la condena por la aplicación de otras medidas tales como las de educación, rehabilitación o reinserción social, así como, cuando el delincuente sea un toxicómano, de tratamiento y post-tratamiento".

El endurecimiento de la ley relativa a las drogas, tiene su origen en la regulación internacional en materia de fiscalización de drogas, la cual inició en el año 1946 cuando las Naciones Unidas asumieron esas funciones en los albores de la Segunda Guerra Mundial.²¹⁴

La normativa internacional mencionada, abre la posibilidad, que la pena sea reemplazada por medida alterna a la prisión en casos como los descritos, de lo contrario, se estaría convirtiendo en una pena *adaptada al carácter y naturaleza del agente*,²¹⁵ porque se estaría aplicando el criterio legal y no de respeto de derechos humanos.

Actualmente la mayoría de Tribunales de Sentencia, están aplicando el reemplazo de la pena por jornadas de trabajo de utilidad pública, en el caso de delitos contenidos en la LRAD, pero no se está considerando que, en algunos casos, resultaría más beneficioso, por políticas de prevención especial la aplicación de reglas de conducta que exige la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ya que muchas veces un poseedor de droga expresa que la tiene para su propio consumo.

Esa alegación de que es un consumidor, expresada en la declaración en audiencia, no es suficiente para considerar que no existe afectación al bien jurídico protegido como es la salud pública, por razones de no haber aportado la prueba al respecto, no se logra establecer esa condición que lo haría factible a una absolucón, por lo tanto, el ordenarle que se someta a un tratamiento de rehabilitación por el consumo de drogas sería de mayor provecho para el imputado y para la sociedad, que enviarlo a realizar trabajos de utilidad pública.

²¹⁴ CHAWLA, Sandeep y United Nations Office on Drugs and Crime, *Un Siglo de Fiscalización Internacional de Drogas*, Boletín de estupefacientes (Nueva York: United Nations Publications, 2009), P. 82. <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=e000xww&AN=563464&lang=es&site=ehost-live>.

²¹⁵ DONNA, Edgardo Alberto. Op. Cit. P. 32. Aplicar los Derechos Humanos en las decisiones judiciales, muchas veces contradice las posiciones positivistas por considerarlas dogmas ideológicos, ya que se basan en que el derecho guía la labor judicial aún en los caos más controvertidos y que los jueces al resolver dichas situaciones fundan sus decisiones en algo que ya se encuentra latente en la práctica jurídica y no en criterios extrajurídicos.

Por lo tanto, el Juez puede aplicar la suspensión condicional de la ejecución de la pena, aun en los casos contemplados en la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, aplicando los Convenios Internacionales ya mencionados y en base también a lo resuelto en la jurisprudencia, asimismo denegarla cuando no se cumplan las prescripciones establecidas en el Art. 77 del Código Penal.

Es necesario considerar además que la misma LRAD, en el Art. 55,²¹⁶ establece la posibilidad de aplicar atenuantes especiales en casos de colaboración o sea con fundamento utilitario para lograr la obtención de testimonios necesarios para procesar a personas responsables de los hechos perseguidos por la ley²¹⁷. Volvemos a lo que son las variantes en cuanto a la culpabilidad, en la que el legislador deja abierta una puerta de análisis para considerar la menor rigurosidad siempre previendo el beneficio social.

En esos casos incluso si llega a alcanzar disminuir la penalidad a tres años y realizando una ponderación sobre la libertad personal del condenado, que no exista un alto pronóstico de reiteración delictiva y la protección de la seguridad colectiva,²¹⁸ para concluir sobre la procedencia o no de la aplicación del beneficio.

2.3.8 OBLIGACIONES INHERENTES A LA SUSPENSIÓN

Como resultado del beneficio de no cumplimiento de la pena en una cárcel, se plantea por el legislador, en el Art. 79 CP la imposición de ciertas condiciones que debe cumplir el condenado quien debe respetar lo determinado en la sentencia ya que será objeto de verificación por el

²¹⁶ Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, Decreto no. 728 de 5 de marzo de 1991, publicado en el D.O. no. 52 Tomo no. 310, de 15 de marzo de 1991. Art. 55.- *Podrá rebajarse la pena hasta la mitad del mínimo señalado en esta Ley en los casos siguientes:* "Si durante las diligencias extrajudiciales o dentro de la fase de instrucción del proceso, el imputado revelare la identidad de autores o cómplice y aportare datos suficientes para procesar a éstos; b) Si durante las diligencias extrajudiciales o dentro del proceso, hasta antes de la sentencia, diere información que haga posible la incautación o decomiso de drogas o de bienes que sean su producto.

²¹⁷ RUEDA GARCÍA, Luis. *Consideraciones Sobre los Delitos Relativos a las Drogas*. Revista Justicia de Paz, Publicación de la Corte Suprema de Justicia, No. 11, Vol. I. El Salvador, 2002. P. 218.

²¹⁸ MELENDEZ, Florentín, Op. Cit. P. 98. La prohibición de detenciones arbitrarias e ilegales, así como las medidas no privativas de la libertad en los procesos judiciales, están fundamentadas en la protección de la libertad y en el derecho internacional de los derechos humanos que la fundamentas específicamente como el Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas a cualquier forma de detención o prisión; las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad; Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores; Convención sobre los Derechos del Niño; Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas; y Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

Juzgado de Vigilancia respectivo. Estas condiciones sugeridas por tal disposición son las siguientes:

1-Comenzar y finalizar la escolaridad primaria, si no la tiene cumplida, aprender una profesión u oficio o seguir cursos de capacitación en el lugar o institución que determine el juez; esta medida es de poca o nula su aplicación²¹⁹ ya que es entendible que tratándose de adultos, difícilmente sería posible la incorporación de un condenado en una institución educativa que está destinada a la educación de niños y adolescentes, por lo que el juez, en aplicación del criterio de valoración de la sana crítica, debe ponderar que no obstante que la ley lo plantea como una posible medida a aplicar.

En esa escogitación de medidas, se debe analizar en algunos casos, que sería perjudicial y contradictorio el mezclar en alguna escuela pública a menores en formación académica con delincuentes, aunque se trate de un delito menos grave, lo que lógicamente provocaría un rechazo social por las consecuencias que puede implicar.

Como lo menciona ZAGREBELSKY, son valoraciones que forman parte de la motivación de las sentencias y la formación de la opinión del juez que permanecen al margen de cualquier indicación metodológica apriorística y abstracta.²²⁰ Muchas medidas impuestas pueden incluso no estar positivadas pero los jueces deben justificar su aplicación.

Dicho análisis sobre adopción de medidas alternas a la prisión es muy importante pues está encaminada a reemplazar la prisión, considerando que cada vez está más extendida la opinión de que la cárcel es un último recurso que resulta sumamente costoso y sólo debe usarse cuando la autoridad judicial considere evidente que una medida no privativa de la libertad no sería apropiada²²¹.

²¹⁹ Este dato está basado en el análisis de una muestra de sentencias dictadas en el Tribunal de Sentencia de La Unión en el que se aplicó la Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena en el periodo 2014 a 2016.

²²⁰ ZAGREBELSKKY, Gustavo. Op. Cit. P. 202. Considera según el autor que el Juez debe fundamentar las sentencias, independientemente el método de interpretación que decida. Es simplemente trasladar al lector o al oyente, ese razonamiento en base a las pruebas producidas, que lo llevan a tomar una u otra decisión.

²²¹ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Los Derechos Humanos y las Prisiones*. Manual de Capacitación en Derechos Humanos para Funcionarios de Prisiones. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Serie de Capacitación Profesional No. 11, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra 2004.P. 3. Desde el punto de vista práctico, los propósitos de la reclusión se interpretan como una combinación de varias razones, como disuadir de cometer nuevos delitos, para reformarla o rehabilitarla, porque la persona representa una amenaza para la seguridad pública.

Es importante incluir el factor educación dentro de la cárcel, ya que se considera una de los derechos fundamentales de las personas; pero al referirnos a las malas condiciones, que presentan las prisiones, la educación en prisión es una actividad poco exigente, tranquilizadora, la menos mala de todas las actividades posibles,²²² y por lo tanto destinadas ante todo a romper la monotonía cotidiana, ante tantas horas de ocio y pérdida de la noción de los horarios.

El propósito de inducir a través de la educación como medida obligatoria al delincuente, es muy buena, y es lo que principalmente debe aplicarse dentro de las prisiones, sin embargo, se entiende que no se aplique como condición para excarcelación mientras no existan centros educativos específicamente destinados a dicha finalidad y además que se encuentre cerca del domicilio del condenado. Al no existir centros especializados de educación para reos, el Ministerio de Educación podría implementar la educación a distancia, virtuales o educación en carreras técnicas.

2-Abstenerse de concurrir a determinados lugares; ésta medida si es de mayor aplicación, por ejemplo, abstenerse de llegar al domicilio de la víctima, para no propiciar que se susciten nuevos problemas, prohibir visitar bares o lupanares, pero está la dificultad para el DEPLA de controlar esta medida ya que por lo general si se realiza sería en horas no hábiles difíciles de dar seguimiento, pero resultan muy apropiadas para la finalidad de prevención de delitos.

3-Abstenerse del consumo de cualquier droga o del abuso de bebidas alcohólicas;²²³ esta medida podría imponerse en los casos que el imputado ha cometido el delito en estado de ebriedad,²²⁴ o a consecuencia del consumo de algún tipo de drogas, que según la Organización Mundial de la Salud, define como droga: *cualquier sustancia, terapéutica o no, que introducida en el organismo por cualquier mecanismo es capaz de actuar sobre el sistema nervioso central del consumidor provocando un cambio en su comportamiento, ya sea una alteración física o*

²²² DE MAEYER, Marc. *La Prisión. ¿Es una Buena Práctica Educativa?* Revista Científica Convergence. Vol. 42 No. 2-4. Bruselas. Mayo 2009. P. 18. Sugiere un enfoque educativo radicalmente diferente que sea a la vez global, multidisciplinario y no prioritariamente funcional. Trabajar sobre las motivaciones, las experiencias educativas formales anteriores y a menudo negativas.

²²³ El Art. 2 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, establece que se consideran drogas las sustancias especificadas como tales en los Convenios Internacionales ratificados por El Salvador, las que se mencionan en el Código de Salud y demás leyes del país; y en general, actúan sobre el sistema nervioso central.

²²⁴ El Art. 27 no. 4 literal "b" CP, prescribe que la grave perturbación de la conciencia, el juez o tribunal podrá imponer al autor alguna de las medidas de seguridad a que se refiere el código, siempre que el delito esté sancionado con pena de prisión.

*intelectual, una experimentación de nuevas sensaciones o una modificación de su estado psíquico.*²²⁵

El concepto de droga que proporciona la LRAD, en su Art. 2, no incluye el tabaco y el alcohol, por ser drogas legales, por lo que se trata de prohibir el consumo de droga ilícita incluyendo el alcohol, cuando la afectación por su consumo pueda hacer incurrir al adicto en nuevo delito, ya que de lo contrario no tendría ningún sentido hacer incurrir en gastos al Estado para verificar mediante exámenes toxicológicos practicados en el Instituto de Medicina Legal, que algunos juzgados de ejecución ordenan que se realicen de forma mensual, ya que es el medio idóneo de verificar el cumplimiento de tal medida.

Pero antes de prohibirle reincidir en el consumo de drogas o alcohol, es necesario verificar si el Estado está en condiciones de facilitar el proceso de desintoxicación de una persona adicta, cuando ésta no tiene los medios económicos necesarios para costearse el tratamiento, la terapia o lo que sea necesario, ya que de lo contrario, lo más seguro es que el condenado no cumpla con esta medida.

La legislación penal española, contempla la posibilidad que el condenado sea sometido a tratamiento de deshabitación, y puede condicionar la suspensión de la ejecución de la pena a que no abandone el tratamiento hasta su finalización.²²⁶ Los centros de Rehabilitación, están en la obligación de facilitar al Juez o Tribunal sentenciador, de una forma periódica, el comienzo, la evolución y cualquier incidente que pueda suscitarse hasta la finalización del tratamiento; *Y*

4-Cualquiera otra que fuese aconsejable conforme a las particulares circunstancias del caso.

En ésta medida caben las que están orientadas a prevenir el cumplimiento de ese delito, por ejemplo, en el delito de Contrabando se puede prohibir al imputado que reincida en la

²²⁵ RUEDA GARCÍA, Luis. *Consideraciones Sobre los Delitos Relativos a las Drogas*. Revista Justicia de Paz. No. 11 Año V Vol. 1. Corte Suprema de Justicia. El Salvador. P. 154. En El Salvador se ha optado por un criterio mixto en cuanto a la consideración de las distintas drogas anexos en los Convenios Internacionales, ratificados así como de las leyes de la República, como el Código de Salud, el Reglamento de Estupefacientes.

²²⁶ JAULAR BARRIENTOS, Dionisio. *Ayudantes de Instituciones Penitenciarias*. 1ª.edic. Vol. II. Editorial MAD, S.L. España. 2011. P. 333. Algo que sería muy beneficioso el contar con centros de deshabitación en caso de drogas, con los que hasta ahora no se cuenta, pero podrían concertar con instituciones privadas para lograr mayor efectividad.

²²⁶ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit. P. 8. Considera que la minimización de la prisión debe estar contenidas el texto constitucional para no dejar al arbitrio del legislador para no dejar el principio de supremacía constitucional.

introducción de mercadería sin cancelar los aranceles respectivos, en un delito de Amenazas o Violencia Intrafamiliar, prohibir amenazar o proferir insultos nuevamente a la víctima, etc. Siempre que tengan relación con el hecho que se ha juzgado para dar cumplimiento al fin preventivo que persigue la pena y sujetar al imputado al proceso y de esa forma restringir su libertad, aunque sea de manera parcial.

Con éstas medidas, se acredita la necesidad de atender las sugerencias de FERRAJOLI y avanzar hacia una “desprisonalización,”²²⁷ lo que equivale a racionalizar las medidas del castigo que priva de libertad a las personas.

Desde ese punto de vista, considera RIVERA BEIRAS, que el derecho penal tendrá una doble función preventiva: a) la prevención general de los delitos y, b) la prevención general de las penas arbitrarias o desproporcionadas, ya que el derecho penal busca la protección del débil ya sea el ofendido por el delito así como el débil ofendido o amenazado por la venganza²²⁸.

2.3.9 PARTICULARIDADES QUE PUEDEN PRESENTARSE EN LA EJECUCIÓN DE LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA

Existen problemas que pueden darse en la práctica procesal del otorgamiento del beneficio de la suspensión condicional, por lo que es necesario hacer mención de los mismos, así como de las probables soluciones que se dan a cada una de esas eventuales situaciones.

a) PERIODO DE PRUEBA SIMULTÁNEA CON LA PRISIÓN

Puede suscitarse un caso en el que se ha impuesto condenas en diferentes procesos por distintos tribunales, en uno se condena a la pena de prisión y en el otro se le concede la suspensión condicional de la ejecución de la pena. Esto puede suceder porque el juez desconocía que el imputado se encontraba a la orden de otro juez, en tal caso no es procedente autorizar el

²²⁸ RIVERA BEIRAS, Iñaki. Op. Cit. P. 203. Forma parte del derecho Penal el respeto a los derechos de los justiciable, respetar el debido proceso, por formar parte el derecho público, los jueces oficiosamente están en la responsabilidad de velar por las garantías constitucionales, la presunción de inocencia y la proporcionalidad en la aplicación de las penas de prisión.

cumplimiento del período de prueba de forma simultánea con la pena de prisión cuando el imputado está dentro del sistema carcelario.

En dicho caso no existe en la legislación claridad para resolver tal problemática, si es el Juez que dictó la sentencia quien debe resolver al respecto o el de Vigilancia Penitenciaria, ya que éste último se apega a controlar lo resuelto en la sentencia.

La Ley Penitenciaria le otorga facultades al juez de Vigilancia, siendo procedente avocarnos a la jurisprudencia, y tenemos que en el caso Ref. 042-CS-03-2²²⁹ se resolvió que ya en esos casos no tiene ningún fundamento la suspensión condicional de ejecución penal, volviéndose necesario la ejecución de la pena.

Por lo tanto, en base a las facultades que concede la Ley Penitenciaria en el Art. 37 No. 1 y 2, correspondería al Juez de Vigilancia Penitenciaria ordenar la ejecución de la pena de prisión posterior al cumplimiento de la primera pena impuesta para evitar la impunidad.

b) CUANDO NO SE HA OTORGADO EL BENEFICIO DE SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA, AUNQUE ESTA SEA DE TRES AÑOS DE PRISIÓN.

Para la concesión de beneficios que sustituyen la prisión el legislador lo ha dejado a criterio del juzgador, o sea que puede concederlo o denegarlo, siempre y cuando fundamente su decisión, por lo que si no se ha recurrido en apelación de dicha sentencia, queda firme, optando el imputado, ya sea por sí o por medio de su abogado de solicitar al Juez de Vigilancia se lo conceda en la fase de ejecución de la pena.²³⁰

En esos casos resulta improcedente que el Juez de Vigilancia conceda tal beneficio, en vista que la ley confiere esa facultad únicamente al juez que dictó la sentencia condenatoria, por lo que solamente le correspondería esperar a cumplir la media pena o las tres cuartas partes para solicitar su libertad condicional.

²²⁹ Juzgado de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena de Cojutepeque, resolución dictada el 9/XI/2010, ref. 042-CS-03-2. Se resuelve sobre la facultad atribuida al Juez de Vigilancia Penitenciaria, de revocar la suspensión condicional.

²³⁰ Juzgado Segundo de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena de San Miguel, resolución dictada el 16/II/2011, ref. 228-A/09. Las peticiones pueden ser formuladas ante el Juez de Vigilancia, pero la facultad que tiene es de revocar la medida por incumplimiento del imputado, no lo contrario, de revocar la pena de prisión para conceder el beneficio.

c) INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES INHERENTES A LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA.

El periodo de prueba presenta condiciones que el imputado debe cumplir si pretende recibir del beneficio de la suspensión. Si se trata de la prohibición de incurrir en nuevo delito, se debe tener en cuenta que existen tres momentos en los cuales puede ser objeto de una segunda sentencia condenatoria.

Esos momentos son en primer lugar, la de su comisión anterior al delito que motivó la suspensión; otra, la de su posterior comisión al mismo, pero previo al pronunciamiento del auto de suspensión y finalmente la de la comisión durante el periodo de prueba. Obviamente, esta última condición ha recibido el apoyo unánime de la doctrina,²³¹ que en tal caso, no existiría duda que es procedente dejar sin efecto la suspensión acordada.

El Tribunal Supremo español ha establecido que el delito cometido con mucha anterioridad y por el que fue condenado el reo en plazo de suspensión, no puede determinar la revocación de los beneficios de la condena condicional,²³² pues lo que se trata de propiciar es la estimulación del buen comportamiento del penado a partir del otorgamiento de la suspensión.

En estos casos la pena se vuelve mucho más legítima pues implica la aceptación del condenado, ya que acepta las condiciones impuestas en la sentencia,²³³ tampoco se verá afectado con las consecuencias negativas de la prisión en la esfera personal, social, afectiva, laboral, etc. del sometido a dicha pena.

Igualmente, en la legislación salvadoreña, el ciudadano que se le aplica la suspensión condicional, está obligado a futuro dentro del plazo de prueba, no fuera de dicho plazo. El Departamento de Prueba y Libertad Asistida (DEPLA) es el encargado de verificar el cumplimiento de las condiciones que le fueron impuestas al condenado en la sentencia, y

²³¹ MAQUEDA ABREU, María Luisa. Op cit. P.158. Lo que se persigue es evitar la reincidencia, que el inculpado entienda que se le está brindando una oportunidad de enmendar su conducta, si ha proferido amenazas a su vecino, que se abstenga de continuar realizándolas, si no cumplió con el pago de la cuota alimenticia de su hijo o hija que busque un empleo y que cumpla con su responsabilidad. Lo que significa que las medidas impuestas de no incurrir en nuevo ilícito que deben ser controladas por el periodo mínimo de dos años.

²³² MAQUEDA ABREU, María Luisa. Op cit. P. 159. Claro que ese delito que genera la suspensión ya está juzgado y sería el cometimiento de un nuevo delito dentro del plazo de la suspensión el que sería considerado para apartarlo del beneficio.

²³³ RIVERA BEIRAS, Op. Cit. P. 206. Se refiere en éste apartado a la moción del movimiento abolicionista penal, la cual es una corriente de la criminología moderna o crítica, que como su nombre lo indica, propone la abolición no sólo de la cárcel, sino de la totalidad del sistema de la justicia penal.

cuando existe un informe emitido por dicho departamento, de la inobservancia de alguna de esas condiciones.

El Juez de Vigilancia en cumplimiento de los Arts. 81 CP, 37 No. 10 y 46 de la LP está en la facultad de revocar la suspensión condicional y ordenar el cumplimiento del resto de la pena en prisión. La Jurisprudencia consultada²³⁴ referente a la prohibición de ingerir bebidas embriagantes, lo cual no fue cumplido por el imputado, circunstancia constatada por medio de los peritajes en sangre realizados por el Instituto de Medicina Legal. En tal caso se revocó el beneficio de la Suspensión condicional de la pena.

d) CUANDO SE ESTÉ EN PRESENCIA DE UN CONCURSO DE DELITO

En el caso de concurso real de delitos, en los que corresponde imponer pena que corresponde por cada delito, qué decisión debería tomar el juez cuando la sumatoria de las penas no excedan los tres años de prisión, por ejemplo, que se imponga por uno de los delitos, pena inferior a un año y por el otro pena inferior a dos años. La solución restrictiva sería que no se puede decretar la suspensión por tratarse de dos delitos no podrían ser facultativamente suspendidas.

Analógicamente se puede aplicar la regla silogística: dos proposiciones afirmativas no pueden engendrar conclusión negativa, podría también argüirse que de la adición de dos situaciones posibles no debe deducirse otra imposible: y podría agregarse el aforismo dogmático de *favorabilidad ampliada* considerando la duda en favor del reo.²³⁵ En conclusión parece razonable admitir como aplicable, la solución más beneficiosa para el reo, que sería otorgar el beneficio no obstante que se le acusa por dos hechos, siendo que la literalidad del texto legal que regula la figura no se opone a esa circunstancia.

²³⁴ Juzgado Segundo de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena de San Miguel, resolución dictada el 10/II/2011, ref. 227-A/10. Lógicamente que una persona alcohólica a la que se le prohíbe el ingerir bebidas embriagantes y no se le orienta para que acuda a grupos de ayuda, como AA, va a fallar en esa obligación y deberá ser enviado a prisión, por lo que se debería evitar imponer este tipo de medidas.

²³⁵ MAQUEDA ABREU, María Luisa. Op. Cit. P. 121. Podría considerarse una extensión al principio contenido en el art. 7 C PP que en caso de duda del Juez se aplica lo más favorable al imputado así al decidir optar por una pena menos dañosa, pero que cumpla con el principio de proporcionalidad. Esos límites son las garantías penales sustanciales, desde los principios de estricta legalidad o taxatividad de los hechos punibles, a los de lesividad, materialidad y culpabilidad, así como las garantías procesales a reducir al máximo los márgenes de arbitrio del poder judicial.

e) CUANDO SE ESTÁ ANTE UN IMPUTADO QUE RESIDE EN EL EXTRANJERO.

Existe un alto índice de migración entre los países centroamericanos, eso provoca que se tengan que tomar decisiones judiciales en cuanto a las personas de diferente nacionalidad y domicilio extranjero. El Código Penal, en el Art. 46 numeral 3° plantea como pena accesoria la expulsión del territorio nacional para los extranjeros. Por lo que se debe considerar, por la naturaleza del delito si como única condición se impone la expulsión del territorio nacional o se mantiene en suspenso mientras concluye el periodo de prueba. A pesar de ser extranjero el otorgamiento de medidas sustitutivas no debe ser denegado por solamente por esa circunstancia, ya que se estaría incurriendo en un tipo de discriminación por la nacionalidad lo cual afectaría el derecho de igualdad que establece el art. 2 Cn.

2.4 TRABAJO DE UTILIDAD PÚBLICA. DEFINICIÓN.

El trabajo como pena fue originariamente considerado con un fin utilitario,²³⁶ para contribuir a los altos costos que origina el sostenimiento de las prisiones, actualmente no representa esa finalidad de contribución para el Estado, sino como parte del fin resocializador que se pretende.

JORGE KENT define este tipo de trabajo como *“Una obligación que es impuesta a quien ha resultado acreedor de un castigo, para lo cual se toma en cuenta la falta de peligrosidad, la escasa gravedad del delito, la insolvencia económica para poder cumplir el pago de multa, de trabajar a favor de la comunidad.”*²³⁷ Aunque no todos los elementos de esta definición coinciden con la forma en que se aplica en la legislación salvadoreña, por ejemplo, no se aplica como consecuencia del impago de una multa, ya que su finalidad principalmente es como reemplazo a la pena de prisión.

CUELLO CALÓN nos plantea los diversos sentidos que ha tenido el trabajo penal en su evolución, siendo éstos: a) Imposición de un sufrimiento como agravación del dolor causado al

²³⁶ CUELLO CALÓN, Eugenio. Op. Cit. P. 416. La pena, no solo significa algo, sino que también produce algo físico, un efecto de aseguramiento a través de la prevención especial que supone el lapso efectivo de la pena privativa de libertad, la pena no pretende significar nada sino ser efectiva, dirigiéndose no contra la persona del infractor, sino contra el individuo peligroso.

²³⁷ KENT, Jorge. *Sustitutivos de la Prisión, Penas sin Libertad y Penas en Libertad*. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1987. P. 89. En ese concepto, Kent, menciona además la multa, como parte también de la pena de trabajo de utilidad pública, no obstante, debemos tener presente que en la legislación salvadoreña, son medidas diferentes que no se deben combinar en una misma sentencia para la misma persona, o se impone el trabajo o la multa.

reo por la privación de libertad; b) Utilizamiento económico de su esfuerzo; c) Reforma del penado y su reincorporación a la vida social.²³⁸

El fin planteado de agravar el sufrimiento del reo, pudo haberse producido en épocas recientes de aplicación de la prisión, en los que se suponía que la cárcel era un lugar de expiación de sus delitos y que por eso debían trabajar duramente. Pero actualmente se considera una necesidad para disminuir el ocio que representa el encierro.

En la actualidad, por las condiciones de hacinamiento de las cárceles, el esfuerzo de proveer trabajo dentro de las prisiones no resulta suficiente ya que su acceso no es posible para todos por los escasos recursos y falta de apoyo de parte de las entidades respectivas, lo cual no incide en contrarrestar la influencia nociva de la vida monótona, el ocio y atenuar el sufrimiento causado por la reclusión.

El reemplazo de penas es contrario a las políticas criminológicas que centran su accionar casi exclusivamente en el endurecimiento de la justicia penal introduciendo nuevos delitos, elevando las penas establecidas en los códigos penales, y reformando los códigos procesales para ampliar las prisiones preventivas y limitar las excarcelaciones.²³⁹

Significa que el trabajo al que nos referimos en este tema es el que se otorga al penado como un reemplazo a esa vida en prisión y que no implica sustraer al condenado de su habitualidad, sino adecuar según modo de vida las jornadas de trabajo para compensar al Estado esa afectación de la que fue objeto por el delito cometido.

Si se analiza la importancia de aplicar medidas que sustituyan la pena de prisión, recurrimos al análisis de lo que se persigue al enviar a un ciudadano a cumplir una pena en la cárcel, cuando éste no representa mayor peligrosidad en su conducta, si hablamos de los fines de la pena, pensamos en los cambios positivos que se esperan de él al cumplir su pena, principalmente el fin de prevención especial.

²³⁸ CUELLO CALÓN, Eugenio. Op. Cit. P. 417. Implica normalizar valores de los internos en aspectos diversos que van desde la mejora de la autodisciplina a la estructuración del tiempo cotidiano. Es común que el trabajo penitenciario se circunscriba a medidas paralelas formativas e informativas sobre el mundo del empleo y experiencias laborales en el entorno social, una actividad dirigida a la mejora conductual del preso.

²³⁹ CARRANZA, Elías. *Situación Penitenciaria en América Latina y el Caribe, ¿Qué hacer?* Anuario de Derechos Humanos 2012. Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente. (ILANUD). Costa Rica. 2012. P. 59.

Los instrumentos internacionales insisten en que la detención o el encarcelamiento sólo deben imponerse cuando no haya más alternativas,²⁴⁰ aplicable en la fase procesal y de ejecución de las penas. En todos los demás casos se recomiendan las medidas no privativas de la libertad el cual se basa en el principio de mínima intervención.

Al contrario de la realización de trabajo de utilidad pública, con la prisión lo que sucede son consecuencias negativas, debido a que, entre otras cosas el recluso se olvida de la iniciativa individual, de la gestión del presupuesto, de los horarios, de las relaciones humanas, la diferencia entre ocio y trabajo, de las relaciones entre hombres y mujeres, de la realidad cotidiana del oficio de ser padre...y al mismo tiempo aprendiendo cosas que jamás tendría que haber aprendido²⁴¹ ya que el fin reeducativo para todos los reclusos no se cumple.

Por lo tanto, si no se cumplen los fines de reinserción de las penas, se convierte en una pena retributiva, y ante esta concepción de la pena se han alzado varias críticas desde las posiciones prevencionistas, entre ellas, que una pena retributiva constituye una introducción de elementos moralizantes en el derecho, careciendo el Estado de potestad para perseguir la justicia.

Ante esas conclusiones podemos afirmar que una pena que no persigue la producción de efectos positivos resulta irracional, y por lo tanto, ilegítima en un Estado de Derecho.²⁴² Sería algunas de las justificaciones para poner en práctica la aplicación del Reemplazo de la pena de prisión por el de Trabajo de Utilidad Pública.

Este medio alternativo a la pena de prisión aparece regulado en el Art. 45 CP que plantea el catálogo de penas principales y en el numeral 5 aparece: “*La pena de prestación de trabajo de utilidad pública, cuya duración será de cuatro a ciento cincuenta jornadas semanales.*” Lo que

²⁴⁰ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas Para los Derechos Humanos, *Los Derechos Humanos y las Prisiones*. Serie de Capacitación Profesional No. 11, P. 221. Establece que debe recomendarse y alentarse el uso de medidas no privativas de libertad que se deben aplicar sin discriminación de ningún tipo.

²⁴¹ PACIELLO, Patricia: *La Prisión, ¿Es Una Buena Practica Educativa?*, Revista Científica *Convergence* Vol. 42, n.º 2-4 Venezuela, (mayo de 2009): P. 18. La permanencia en prisión constituye oportunidades para asistir a cursos de alfabetización, de formación profesional o trabajar sobre los comportamientos, comprender el pasado y hacer un bosquejo de las pistas para el futuro, aunque lo más seguro es que en la prisión se olvide lo que se ha aprendido previamente.

²⁴² SZCZARANSKI VARGAS, Federico León: *El rol de la retribución en una teoría de la pena como institución regulativa*, Revista Científica No. 21, No. 1 Chile (enero de 2015): P. 201. La regulación chilena ordena al juez tomar en consideración la finalidad de resocializar al condenado a efectos de determinar la pena concreta a aplicar, indicando que la pena de libertad vigilada intensiva sólo puede tener lugar si aquella parece eficaz para la reinserción social del delincuente.

significa que es el máximo de jornadas de trabajo que se pueden imponer al momento de hacer la conversión de los tres años de prisión.

Esas jornadas se subdividen en periodos entre ocho y dieciséis horas de trabajo a la semana, como lo establece el Art. 55 del Código Penal, que serían prácticamente dos días laborables semanalmente en cumplimiento de la pena, para evitar afectar la actividad laboral particular que desempeña la persona sometida a una condena de este tipo.

El número de delitos que contemplan el trabajo de utilidad pública como pena principal es escaso, como ejemplo el Art. 201 CP que regula el Incumplimiento de los Deberes de Asistencia Económica que fue objeto de reforma²⁴³ y que sobre la sanción establece: “*será sancionada de uno a tres años de prisión o su equivalente en trabajo de utilidad pública*”. En ese caso el legislador le da al juez la opción aplicar directamente ya sea uno, dos o tres años de trabajo de utilidad pública no como condición de reemplazo.

En esa misma reforma del año 2015 se incorporó el Art. 201-A CP que tipifica el Incumplimiento del Pago de la Pensión Compensatoria sancionado con pena de noventa a ciento cincuenta días multa. Esa pena resulta no proporcional pues en muchos casos le resultará de mayor beneficio al imputado pagar la multa impuesta por el delito que la misma pensión compensatoria.

Esa disposición 201-A CP en el inciso segundo “agrava” el alzamiento de bienes para eludir pagar la pensión compensatoria con pena de prisión de uno a tres años o su equivalente en trabajo de utilidad pública, por lo que obviamente el Juez se debe decantar por elegir la pena que menos afecta el derecho a la libertad personal.

Esas reformas tienden incluir el reemplazo de la pena en el mismo delito, lo cual es innecesario pues en la parte general del Código Penal ya se contempla las diversas formas de reemplazo de la pena y se debe dejar a criterio del Juez el decidir por las opciones que el legislador plantea, no cerrarle las alternativas convenientes según el caso concreto.

²⁴³ Decreto Legislativo No. 220, de 10 de diciembre de 2015, publicado en el Diario Oficial No. 237, Tomo 409, de 23 de diciembre de 2015. La pena con la que este delito estaba sancionada previo a la reforma era arresto de fines de semana, habría que considerar las razones de política criminal que fueron consideradas para cambiarlo a la pena de prisión y trabajo de utilidad pública, a la vez. Claro que los jueces para afectar en menor medida la libertad del procesado de una vez se le va a sancionar a trabajo de Utilidad Pública.

Lo anterior se afirma porque cuando se le dan dos opciones como en los delitos antes mencionados pareciera que no se puede aplicar la suspensión condicional, que posiblemente sería más efectivo en cuanto a que se condiciona a la reparación civil para recibir ese beneficio.

La competencia de éste control, de conformidad a lo establecido en el artículo 56 Ley Penitenciaria,²⁴⁴ recae en el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria el que deberá asignarle a los condenados la entidad pública o privada en la que cumplirá las jornadas de trabajo que realizará de acuerdo a su aptitud, profesión u oficio, edad, estado de salud, de tal manera que no denigre su dignidad el cumplimiento de la misma; así como también establecerle el horario y modificar su forma de cumplimiento de esta pena proporcionado por el Departamento de Prueba y Libertad Asistida.

Estos lugares donde se puede designar para el cumplimiento del trabajo de utilidad pública pueden ser establecimientos públicos o privados de utilidad social y en los que el condenado estará bajo el control de quienes dirijan o gestionen tales dependencias que pueden ser hospitales, escuelas, alcaldías, los mismos juzgados, etc.²⁴⁵

Esta pena cuenta con la limitación, si podría considerarse una limitante, que se debe tener en consideración que no adquiera el carácter de infamante para el que la tiene que cumplir, no lesione su propia estima, no perturbe su actividad laboral normal y sea adecuada a su capacidad.

La factibilidad de aplicación del Trabajo de Utilidad Pública, está sujeta a los tipos de convenios que pueda efectuar el Juez de Vigilancia Penitenciaria con diferentes instituciones ya sean públicos o privadas y la disposición de éstos para colaborar con la Administración de Justicia, lo cual es fundamental para el éxito en la aplicación de este tipo de pena que involucra a la comunidad en la ejecución y que ésta colabore en el proceso de reinserción y no solamente corresponda al Estado esta finalidad.²⁴⁶

²⁴⁴ Ley Penitenciaria, art. 56: “Corresponde al Juez de Vigilancia Penitenciaria... a través del DEPLA: 1) Asignar al condenado a la entidad pública o privada de utilidad social, o programa comunitario estatal o municipal debidamente acreditado... 2) Regular los días y horarios en los que deberán cumplirse el trabajo...”

²⁴⁵ Juzgado Segundo de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena de San Miguel, resolución dictada el 9/II/2011, ref. 342-A/10. El fin es realizar una labor en beneficio de la comunidad, también aprovechando las habilidades y capacidades que cada sujeto presente.

²⁴⁶ MARTÍNEZ OSORIO, Martín Alexander, op. Cit. P. 261. La potestad de ejercer la jurisdicción, no implica necesariamente que el juez o jueza deban involucrarse plenamente en toda la actividad jurisdiccional sin ceder o prescindiendo de la colaboración que la sociedad le pueda brindar para en caso de la asignación del trabajo de utilidad pública,

Como un ejemplo de lugares designados para el cumplimiento de dicha pena, se puede plantear la experiencia en el Tribunal de Sentencia de La Unión donde se ha admitido que personas realicen el cumplimiento del reemplazo de la pena de prisión, por trabajo de utilidad pública, quienes ejercen labores propias del ordenanza del tribunal a quienes al realizarse la entrevista expresaron que son agricultores o pescadores, por lo que se consideraron que ese trabajo estaba apropiado a sus capacidades.²⁴⁷

Todo lo anterior resulta en que dicha pena, aunque es restrictiva de derechos, tiene claros efectos positivos no solamente para la persona en quien se aplica ya que no entra a prisión, sino que además colabora con la sociedad, realizando una actividad eminente productiva como también a la institución que se beneficia de su labor.

Hay que considerar que para su aplicación, se requiere en primer lugar el consentimiento del penado el que puede ser expresado en la vista pública o ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria, pues de acuerdo a la Constitución no puede existir trabajo forzado²⁴⁸ y en segundo lugar, debe estar consciente que la actividad que va a desempeñar no conlleva gratificación monetaria alguna.

Resulta lógico que el imputado confiera su consentimiento para realizar el trabajo en el lugar que se le destine, aun con el conocimiento que no recibirá retribución monetaria, ya que existe la conciencia por su parte que la opción contraria sería el internamiento en un centro penitenciario durante la totalidad de la pena en prisión, lo cual sucedería también en caso de incumplimiento injustificado de las jornadas de trabajo que le fueren impuestas.

2.5 MULTA

²⁴⁷ Entrevistas de campo realizadas en el Tribunal de Sentencia de La Unión a tres personas que realizan el trabajo de Utilidad Pública en el mes de septiembre de 2016. Como sugerencia al DEPLA en estos trabajos es que se les debe realizar es que se ejerza un control más riguroso de asistencia a dicho trabajo porque sus labores no es un “favor” a la institución pública sino que es una compensación en cumplimiento de una pena.

²⁴⁸ Constitución de la República, Art. 9: “Nadie puede ser obligado a realizar trabajos o prestar servicios personales sin justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo en los casos de calamidad pública y en los demás señalados por la ley.” En esos “demás casos” que menciona la Constitución se puede enmarcar el trabajo de utilidad pública, que a pesar de no ser remunerado es una compensación al Estado por la afectación al bien jurídico afectado y que compensa el hecho que no irá a prisión no obstante haber sido declarado culpable.

La Multa está catalogada como una pena principal contenida en el numeral segundo del Art. 45 CP y respecto a su cuantificación el Art. 51 CP establece: “*Con la pena de multa se obliga al condenado a pagar al Estado una suma de dinero. La multa se cuantificará en días multa...*”

Corresponde al Juez de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena controlar el incumplimiento de la pena de multa, Art. 52 CP. una vez que la sentencia sea declarada firme. Sin embargo, es evidente que el legislador permitió cierta flexibilidad para el cumplimiento de este tipo de pena dependiendo el caso concreto. Entre las facultades que se le confiere al Juez ejecutor de la sentencia, en el caso de la multa se pueden mencionar:

- a) El pago de la multa puede efectuar de una sola vez, cancelando la totalidad de lo impuesto en la sentencia;
- b) Puede permitir que los pagos se realicen de manera fraccionada, mediante cuotas ya sea semanales o mensuales;
- c) Puede ordenar el pago mediante la ejecución de los bienes del imputado;
- d) Puede reducir el monto del día multa fijado en la sentencia;
- e) Puede aplazar para un plazo racional el pago de la multa;
- f) En caso de incapacidad de pago, se puede reemplazar por trabajo de utilidad pública.

Es notorio que el legislador consideró el hecho de la situación económica de la mayoría de personas que son procesadas penalmente son de escasos recursos y facultó tanto al Juez de la causa como al de Vigilancia Penitenciaria para que efectúen modificaciones, si es necesario en la forma de pago e incluso la cuantía de lo impuesto, algo que no es posible en cualquier otro tipo de pena²⁴⁹.

2.5.1 Requisitos de Aplicación

²⁴⁹ TAPIA PARREÑO, Jaime. *La Determinación de la Pena y la Elaboración de la Sentencia en la Jurisdicción Penal Juvenil*. Consejo Nacional de la Judicatura, Proyecto de Fortalecimiento de la Capacitación Inicial y Continua. El Salvador. A diferencia de otro tipo de penas, en la Multa el Juez de Vigilancia puede realizar la modificación atendiendo las condiciones particulares de cada imputado, además dependiendo de la conducta realizada, atendiendo las magnitudes relacionadas con la lesión inferida al bien jurídico o, en su caso a la entidad el peligro alcanzado para determinar la cuantía punitiva en relación al menoscabo del bien jurídico o la entidad del riesgo.

El juez o jueza al momento de decidir sobre si aplica o no beneficios, debe considerar, el grado de efectividad de las leyes, principalmente las penales que no logran las expectativas para lo que fueron creadas, lo cual para algunos autores, han mantenido el punto de vista de que la capacidad del derecho para moldear la sociedad está severamente limitada, debido a que con frecuencia las leyes son inefectivas, y parecen destinadas desde su nacimiento a ser ineficaces.²⁵⁰

Sin embargo, es obligación de todo juzgador, llevar a la práctica los conocimientos sociológicos, tendientes a una adecuación más realista de la ley. Se considera que legitima la aplicación de la ley penal cuando ésta representa lo que es útil para la sociedad, definir como reprimible lo que es nocivo, determinando así negativamente lo que es útil, ya que el crimen es algo que daña a la misma sociedad, provoca un daño social, una perturbación, una incomodidad para el conjunto de la sociedad.²⁵¹

Lo anterior no significa que se debe omitir cualquier práctica de beneficios para las personas condenadas con penas menores, siempre y cuando exista base jurídica, en éste punto podríamos expresar que los requisitos de aplicación de las medidas alternas a la prisión son comunes para todos los tipos de medidas, pero el principal requisito para otorgar medidas diferentes a la prisión es cuando imponga una pena que no exceda los tres años.

También la naturaleza del bien jurídico protegido por el delito es necesario traerlo a consideración, ya que, si se trata de delitos como las Amenazas, Desobediencia en Caso de Violencia Intrafamiliar, Maltrato Infantil, perfectamente, puede decretarse la Suspensión Condicional, imponiendo al condenado reglas de conductas que pueden semejarse a las medidas de protección que se aplican en procesos de familia.

²⁵⁰ COTERRELL, Roger, *Introducción a la Sociología del Derecho*. 1ª. Edic., Editorial Ariel. S.A. Barcelona, España, 1991. P. 58. No basta el conocimiento de las leyes y el saber doctrinario, sino que ese conocimiento tiene que complementarse con otras áreas, entre ellas, no cabe dudas que se destaca la administración, la sociología y la psicología. Un juez sin una formación integral podría generar más tensiones de las que trata de resolver. Es deber de los jueces recordar que el Derecho no es un valor metafísico sino un instrumento para satisfacer necesidades y valores sociales. Todos estamos de acuerdo, teórica y conceptualmente, con el cambio; pero este se demora porque lo detiene una inercia social impresionante. Se trata de un problema de enfoque en lo que se refiere a los recursos humanos y la flexibilización de la estructura del juzgado.

²⁵¹ SORIANO, Ramón, *Sociología del Derecho*. 1ª. Edic. Editorial Ariel, Barcelona España, 1997. P. 106. En este contexto, resulta de vital importancia para el logro de los objetivos de justicia, mantener los equilibrios de intereses y expectativas entre los diversos actores de las reformas judiciales, pues se enfrentan interrogantes tales como: ¿quién tendrá en cuenta los intereses de los usuarios del sistema de justicia?, Le corresponde solamente al propio Poder Judicial cumplir ese rol? Por otro lado, ¿es el Poder Ejecutivo, el llamado a definir los alcances y la afectación de la falta de tutela judicial?

Podría considerarse el fin utilitario de la pena sin la sustitución forzada de los valores del sujeto, ni como pretensión de manipulación de su personalidad, sino como un intento de ampliar las posibilidades de la participación en la vida social, ofreciendo alternativas al comportamiento criminal leve.

En cuanto a la personalidad del sujeto activo, se nos presenta la noción de peligrosidad que significa que el individuo debe ser considerado por la sociedad según sus virtualidades y no de sus actos; no por las infracciones efectivas de una ley, sino por las consecuencias de comportamiento que aquellas representan;²⁵² es cuando el poder judicial necesita del auxilio de otras instituciones para efectuar ese control.

Por ejemplo, en delitos relativos a la materia de familia, a los cuales está obligado el condenado a cumplir las medidas que se le establezcan como podría ser abstenerse de cometer cualquier tipo de violencia sea física o psicológica en perjuicio de la víctima, de lo contrario le sería revocada la medida alterna.

La aplicación de esas medidas puede resultar efectiva y de mayor beneficio para los derechos de las víctimas que enviar al victimario a la cárcel, ya que lo que pretenden es evitar que se reincida en la vulneración de sus derechos individuales o sociales.

Por lo general el proceso penal está enfocado en el victimario, que enfrentan al Estado en un juicio en el que se busca determinar su culpabilidad y el castigo que merece,²⁵³ consecuentemente, en la mayoría de los casos, las víctimas son testigos pasivos a los que no se

²⁵² SORIANO, Ramón, Op. Cit. P. 107. Considera que la justicia, como organización, conserva la antigua estructura piramidal que se puede observar en su Organización primaria (Juzgados, fiscalías, defensorías). Esa estructura se refleja, además, en la misma organización de esas unidades, en relación existente entre el juez y su personal. Una de las dificultades que presenta la administración de justicia es la desproporción de carga laboral en los distintos juzgados, sin importar la densidad de la población, y en todos los fueros con cantidad de causas, los tipos de procesos son básicamente similares; el tema es siempre la administración.

²⁵³ HERNÁNDEZ ÁLVARES, Lácides. *Delito y Tratamiento Penitenciario en el Contexto de los Derechos Humanos*. 1ª. Edic. Ediciones UNAULA. Colombia 2013. P. 163. El centrar el objetivo en obtener un castigo, generalmente desmerita la obtención de una reparación civil, principalmente cuando se trata de intereses difusos como la salud pública, el problema básico que presentan es que nadie tiene la obligación de reparar el daño al interés colectivo. Un ejemplo sería que un gobierno autoriza la construcción de una presa que amenaza con causar un daño grave e irremediable al medio natural. Mucha gente puede disfrutar del área amenazada por la presa propuesta, pero pocos o ninguno tienen en juego algún interés financiero directo. Además, no es probable que estos pocos tengan suficiente interés para soportar el alto costo de un proceso muy complicado.

les involucra de una manera más activa con finalidad reparadora, siendo el objetivo primordial de la parte técnica acusadora el poner al imputado tras las rejas.

En muchos casos, la búsqueda de la responsabilidad civil se ve disminuida y muchas veces hasta nula, ya que las pruebas incorporadas al juicio son principalmente para establecer la participación delictiva y en ocasiones el juez se ve en la necesidad de absolver en responsabilidad civil porque se descuida aportar elementos al respecto, recayendo en afectación a los derechos de las víctimas quienes por lo general son las personas de escasos recursos económicos, son los colectivos carentes de poder en la sociedad.²⁵⁴

Es por esa razón que la justicia penal debe ser complementada con la justicia restaurativa que enfatiza la reparación de los daños causados por la conducta criminal, los ofensores tienen la obligación de reparar el daño causado por sus acciones, a lo que estamos algo distantes en la legislación salvadoreña de poner en práctica ese tipo de justicia cuya atención también debería recaer su objetivo principalmente en la reparación a la víctima.

En ese orden de ideas, al aplicar una figura de que sustituya la pena de prisión, no exime al culpable de responder a la afectación civil incurrida, todo lo contrario, es una exigencia según el Art. 77 No. 2º Pn.²⁵⁵ Por lo que el aplicar la suspensión condicional se favorece a la víctima ya que el imputado se ve en la presión de pagar para no ir a prisión.

Sería prudente considerar como precedente, el Proyecto de Ley para la ejecución de resoluciones que impongan sanciones pecuniarias, que como en la Unión Europea, se aprobó la pena de multa impuesta como sanción penal. También se incluye en las sanciones pecuniarias las cantidades que figuren en las correspondientes resoluciones y que se refieran a las costas judiciales o gastos

²⁵⁴ LARRAURI PIJOAN, Elena. *Fundamentos de Política Criminal. Ciencias Penales*. Publicación del Consejo Nacional de la Judicatura. El Salvador. 2001. P. 70. Un enfoque que se ha tornado a lo largo del tiempo y que aún prevalece en muchos países es simplemente no poner ningún remedio privado y, en cambio, seguir dependiendo de la maquinaria gubernamental para proteger los intereses públicos y de los grupos, podríamos mencionar una ONG por ejemplo. Sin embargo, no siempre se puede depender solamente del Estado para ejercer los derechos difusos. Es muy necesario, pero reconocidamente difícil, movilizar la energía privada para superar las debilidades de la maquinaria gubernamental, ya que implica costos que cualquier grupo podría cubrir.

²⁵⁵ Art. 77 No. 2º. CP: “*Que el beneficiario haya cancelado las obligaciones civiles provenientes del hecho determinadas en la sentencia, garantice satisfactoriamente su cumplimiento o demuestre su absoluta imposibilidad de pagar*”. La disposición indica como condición que se debe haber cancelado la responsabilidad civil para gozar del beneficio de la suspensión condicional, dependerá de la capacidad económica del justiciable y de la cantidad a aportar como indemnización a la víctima que podrá hacer efectivo el beneficio.

administrativos originados en el procedimiento, algo que no se está aplicando en las sentencias en materia penal en base a lo establecido en el Art. 181 de la Constitución que establece que la justicia es gratuita.

Una iniciativa muy importante a considerar sería la aplicada en Puerto Rico, cada imputado que se le condena, se le impone el pago de cien Dólares que son destinados a un fondo de asistencia a víctimas,²⁵⁶ quienes son independientes de la Fiscalía y que con ese fondo común asisten a las víctimas cuando lo necesitan.

Esa consideración es necesaria, instar a una compensación en beneficio de las víctimas, siempre que ésta no pueda ser parte civil en el procedimiento y el órgano jurisdiccional actúe en el ejercicio de su competencia penal; y a una cantidad destinada a un fondo público o a una organización de apoyo a las víctimas,²⁵⁷ lo cual en El Salvador sería factible ya que es necesaria la indemnización a las víctimas afectadas por un delito.

²⁵⁶ Los propósitos de éstos fondos para la asistencia a víctimas del crimen de Puerto Rico, busca responder a las necesidades físicas y emocionales de las víctimas, asistir a las víctimas primarias y secundarias para estabilizar sus vidas después de una victimización, asistir a las víctimas y orientarlas para que entiendan y participen del sistema de justicia criminal y proveer a las víctimas de oportunidades para que se sientan a salvo y seguras. <http://www.justicia.pr.gov/wp-content/uploads/2018/01/Presentaci%C3%B3n-Propuestas-de-Fondos-VOCA.pdf>.

²⁵⁷ ASTARLOA, Esteban, y otros. *Procesal Penal*, Actualidad Jurídica (1578-956X), n.º 20 (junio de 2008): p. 186. Aunque el gobierno normalmente paga los sueldos de los jueces y del personal que trabaja en el tribunal, ofrece los edificios y otras instalaciones necesarias para los procedimientos, las partes levantan sobre sí una gran proporción de los costos necesarios para resolver una disputa, incluyendo los honorarios de abogados y algunos costos del tribunal.

CAPÍTULO III

CRITERIOS UTILIZADOS PARA APLICAR EL REEMPLAZO O LA SUSPENSIÓN DE LA PENA.

3.1 CRITERIOS EN LOS QUE SE BASA EL JUZGADOR AL DICTAR SU FALLO.

Corresponde en éste capítulo indagar acerca de los criterios en que los jueces se basan para aplicar cualquier tipo de sustitutivos a la pena de prisión de los contemplados en el Código Penal, cuando fuere procedente su aplicación en base al principio de legalidad.

Se debe considerar por el juzgador que al dictar una condena está limitando varios derechos, principalmente la libertad ambulatoria cuando se trata del internamiento en un centro penal, por esa razón, la decisión no se debe adoptar a la ligera ya que tiene implicaciones para las partes, para la institucionalidad del país y para la sociedad.

El adoptar medidas que sustituyan la prisión podría considerarse también como un derecho fundamental asignado a la pena, que es el de la resocialización, que generalmente no se consigue con la privación de libertad ya que no se puede pretender que el tratamiento penitenciario logre su objetivo si no se trata al interno con la dignidad que merece todo ser humano.

En el tratamiento penitenciario se debe cumplir lo más importante que es la preparación para la vida en libertad que viene tras la liberación, que esté preparado para hacer algo diferente del delito²⁵⁸, para lo cual se pretende como actividades de tratamiento el mantener ocupado el tiempo libre, evitando que las cárceles se conviertan en escuelas del crimen.

Es obvio que la pena privativa de Libertad, tanto como la Institución Penitenciaria, el Modelo Penitenciario, está en una crisis que es integral²⁵⁹, y tiene como origen común: la crisis de la

²⁵⁸ POSADA SEGURA, Juan David. *Tratamiento Penitenciario: Dificultades y Posibilidades*. 1ª. Edic. Ediciones UNAULA. Colombia. 2013. P. 76. La ejecución de la pena debe orientarse a la reintegración social del condenado, es decir, a la prevención especial positiva, evitando que la ejecución penal produzca efectos contraproducentes para la socialización del condenado.

²⁵⁹ Curso MOOC de Derecho Penitenciario. Material de Apoyo, Consejo Nacional de la Judicatura. El Salvador. 2016. Pg. 4 . Es considerada una crisis integral porque implica el irrespeto a la persona humana, porque la provisionalidad de la detención provisional cada vez es considerada más como una pena anticipada cuando ésta pasa de los dos años de prisión que establece el Art. 8 Cn. y se reforma dicha disposición para ampliar el plazo de dos a tres años en caso de interposición de recursos, por lo que la detención provisional puede transcurrir por el plazo legal de treinta y seis meses.

afectación a la dignidad humana. Es el irrespeto a ese principio que incide en la falla o falta de instauración de programas relacionados a la reinserción del condenado en la sociedad.

Como conocedor de la realidad que se vive en los centros penitenciarios, el Juez debe estar consciente que el fin de prevención general o particular difícilmente se va a cumplir y que por lo tanto, como mero aplicador de la ley le queda considerar al condenado a quien se le está excluyendo de la sociedad y recluyendo en recintos con condiciones inhumanas para la supervivencia.

3.2 SUSPENSIÓN CONDICIONAL, TRABAJO DE UTILIDAD PÚBLICA O MULTA

No obstante que hay otras formas de reemplazo como la multa, ésta es de escasa o mínima aplicación entre los juzgadores, la razón de ello puede estar relacionada con la capacidad económica de los imputados ante la dificultad de cancelar la responsabilidad civil, además de la multa o también considerando la resolución de la Sala de lo Constitucional²⁶⁰ que declara que la pena de multa aplicable en la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas contradice el principio de legalidad del Art. 15 Cn.

Esa inconstitucionalidad se refiere a la aplicación de la multa en conjunto con la pena de prisión, como está sancionado en la mayoría de los tipos penales contenidos en la Ley Reguladora de las Actividades relativas a las drogas, pero no cuando es impuesta en sí misma como reemplazo de pena de prisión.

Relacionado al tema de la multa, el Art. 76 C Pn. prohibía la sustitución de la multa por la prisión cuando existiese incapacidad económica del reo para pagarla, lo que fue analizado en proceso de inconstitucionalidad que declara que efectivamente contraviene el principio de proporcionalidad y finalidad resocializadora que ha de inspirar el sistema general de penas²⁶¹.

²⁶⁰ Sentencia de Inconstitucionalidad 45- 2010 dictada el día 11 de octubre de 2013, que declara inconstitucional en lo relativo a la consecuencia jurídico-penal de multa contemplada en el art. 31 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, por la inobservancia del principio de legalidad contemplado en el Art. 15 Cn., y en lo relativo al mandato de certeza y taxatividad de las disposiciones penales. En palabras sencillas, se prohíbe el uso de preceptos indeterminados en el sentido que una ley criminal imprecisa para proteger al ciudadano de la arbitrariedad y una autolimitación del ius puniendi estatal dentro del marco de un Estado de Derecho.

²⁶¹ Sentencia n procesos acumulados 27-2006/30-2006/31-2006/38-2006/39-2006/ 41-2006/42-2006/49-2006/54-2006/56-2006/61-2006 de la SC dictada el día 9 de octubre de 2007, publicada en el D.O. No. 196, Tomo No. 377, del 22 de octubre de 2007. Se refiere a procesos iniciados por tribunales de sentencia en lo relativo a inaplicabilidad de disposiciones Código Penal y la LRARD, por contravenir al principio de proporcionalidad y la finalidad resocializadora que ha de inspirar al sistema general de penas, en la medida que no permite la sustitución

El problema resulta cuando dicta una pena de tres años de prisión que sustitutiva va a aplicar. Los criterios para tales decisiones deben estar basados en esos principios que ha destacado la Sala de lo Constitucional como lo es el de Proporcionalidad y el fin resocializador de la pena.

Los jueces deberán analizar las condiciones personales de cada imputado, por ejemplo, su edad, condición física, ya que, a un adulto mayor con dificultades en su movilización o una persona discapacitada, no sería conveniente enviarla a realizar trabajo de utilidad pública, así como a alguien que adolezca de alguna enfermedad incapacitante, en tales casos lo prudente sería aplicar la figura de la suspensión condicional.

No es que se persiga que todos los condenados queden en libertad o se les apliquen penas mínimas indistintamente de los delitos que hayan cometido, hay hechos que deben merecer penas drásticas, delincuentes que merecen ser encarcelados por la peligrosidad que representan, pero se hace referencia a los delitos que la ley permite otro tipo de penas que no sea la prisión.

A pesar de la restricción de derechos, se enmarca dentro del diseño constitucional, que le concede al derecho penal el deber de legitimarse como un sistema de protección efectiva de los ciudadanos, lo que le atribuye la misión de prevención respecto de las conductas que considere reprochables, siendo éstos los presupuestos de un estado social y democrático de derecho²⁶².

En esa orientación, una pena será legítima, solo en la medida en que con ella se alcance un efecto social, pues una pena con finalidad retributiva, que únicamente persiga la expiación del autor, iría contra los fundamentos de constitucionales de reinserción que se pretende obtener.

Existen delitos de reciente reforma en los cuales ya va incluida la opción para el Juez de aplicar la prisión o el trabajo de utilidad pública²⁶³, siendo éstos los Art. 201 CP., Incumplimiento de

de la pena pecuniaria de multa, en los casos de incapacidad económica del reo para pagarla. Además, declaró inconstitucional, en lo relativo a la consecuencia jurídico-penal de multa, el art. 34 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, por inobservancia del principio constitucional de legalidad penal,

²⁶² CHANG KCOMT, Romy. *Función constitucional asignada a la pena: bases para un plan de política criminal*, no. 72. Perú. Biblioteca EBSCOhost. (diciembre de 2013): P. 507. Al igual que en El Salvador, la Constitución peruana en el artículo 139, numeral 22, establece como principio y derecho de la función jurisdiccional que “el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, es decir, otorga a la pena una función preventiva especial positiva, lo que se transforma en compromisos concretos en el sistema penitenciario peruano.

²⁶³ Reforma del código penal Decreto no. 220 de fecha 10 de diciembre de 2015, publicado en el D.O no. 237 Tomo No. 409 del 23 de diciembre de 2015. En dicho decreto se reformaron las disposiciones penales relacionadas a las

los Deberes de Asistencia Económica; Art. 201-A CP., Incumplimiento del Pago de la Pensión Compensatoria; Art. 338-A CP., Desobediencia en caso de Medidas Cautelares o de Protección, que están contenidos en el Título VII, capítulo III del Código Penal, relativo a los atentados contra los derechos familiares.

Esos tipos penales presentan una característica en común y es que están sancionados con pena de uno a tres años de prisión o su equivalente en trabajo de utilidad pública, lo cual puede interpretarse como que no es posible aplicar la suspensión condicional de la ejecución de la pena ya que el legislador de una vez está prescribiendo o una o la otra pena.

En éste tipo de delitos ya mencionados, la decisión va a quedar a criterio de cada juzgador la aplicación de suspensión, el trabajo de utilidad pública o la aplicación de la pena de prisión, en la medida en que exista determinación de la sanción en cada caso concreto, con un enfoque en el individuo que busca ser resocializado, debiendo primar la prevención especial.

En el Tribunal de Sentencia de La Unión, se encuentra casos que ya están resueltos del delito de Desobediencia en caso de medidas cautelares o de protección, Art. 338-A CP.²⁶⁴ que antes se denominaba Desobediencia en Caso de Violencia Intrafamiliar, y se aplicó el Trabajo de Utilidad Pública como forma de reemplazo a la pena de prisión y no como pena directa, el fundamento puede estar en que si sucede que el condenado incumple con las jornadas de trabajo de utilidad pública, queda la opción de hacerlo cumplir el tiempo restante en prisión.

En caso contrario, si se decide aplicar el Trabajo de Utilidad Pública como pena principal, no habrá posibilidad para el Juez de Vigilancia Penitenciaria de mandar al culpable a prisión ya que no podría modificar la sentencia al equivalente en años de prisión, algo que no fue considerado por el legislador, por lo tanto, el Juez al tener las dos opciones de pena, puede optar por el reemplazo si lo considera de mayor conveniencia.

Circunstancias como esa son con las que el juez se encuentra minutos antes de dar su fallo y que en muchas ocasiones no son aspectos que las partes han tratado en sus alegaciones ya sea iniciales o finales. Incluso hay aspectos que se omite pronunciar por los abogados como es lo

relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges entre sí y entre ellos y sus hijos y se impone como pena la prisión o el trabajo de utilidad pública.

²⁶⁴ Proceso Penal 71/ 2017, iniciado en Juzgado de Paz de Nueva Esparta por el delito de Desobediencia en caso de Medidas Cautelares o de Protección, caso en el cual se aplicó la suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena, por ser el imputado un adulto mayor, además de condenársele a la responsabilidad civil.

relativo a los objetos que se encuentran en calidad de secuestro a la orden del tribunal, y que el juez no puede dejar de pronunciar en su decisión final.

El fallo decisorio sobre la culpabilidad o inocencia del acusado, al final de una audiencia, representa el culmen de toda la actividad procesal, del mucho o poco esfuerzo realizado por las partes para probar su hipótesis y tratar de convencer al juez que su tesis sea considerada como válida. En caso de decidir sobre una condena, deberá decidir sobre el cuántun de la pena, qué beneficios puede aplicar si lo considera pertinente.

Para la consideración de la pena a imponer es oportuno analizar lo que FOCAULT menciona sobre las interrogantes que en 1958 se les hacía a los psiquiatras concernientes a la administración de la pena, a su necesidad, su utilidad, su eficacia: "¿Presenta el inculgado un estado de peligro? ¿Es accesible a la sanción penal? ¿Es curable o readaptable?"²⁶⁵ No son preguntas en términos de responsabilidad sino para determinar si el condenado "merece" ser puesto en semi libertad o libertad condicional o cualquier sustitutivo a la prisión.

3.3 INDEPENDENCIA EN LA DECISIÓN DE LA MEDIDA A APLICAR

Los jueces en el ejercicio de su función jurisdiccional *son independientes y están sometidos exclusivamente a la Constitución y a las leyes*, según reza el Art. 172 ord. 3º. de la Constitución, que literalmente dice: "Los magistrados y jueces, en lo referente al ejercicio de la función jurisdiccional son independientes y están sometidos exclusivamente a la Constitución y a las leyes".

Así también los Arts. 2 y 3 del Estatuto del Juez Iberoamericano,²⁶⁶ se refieren a la obligación de los otros poderes del Estado y, en general, todas las autoridades, instituciones y organismos nacionales o internacionales, así como los diferentes grupos y organizaciones sociales, económicos y políticos deben respetar y hacer efectiva la independencia de la judicatura.

²⁶⁵ FOCAULT Michael. *Vigilar y Castigar, Nacimiento de la Prisión*. 1ª. Reimpresión. Siglo Veintiuno Editores, Argentina. 2003. P. 28. Dice que la sentencia que condena o absuelve no es simplemente un juicio de culpabilidad, una decisión legal que sanciona; lleva en sí una apreciación de normalidad y una prescripción técnica para una normalización posible. El juez de nuestros días —magistrado o jurado— hace algo muy distinto que "juzgar".

²⁶⁶ EL ESTATUTO DEL JUEZ IBEROAMERICANO se acordó en la VI Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada en Santa Cruz de Tenerife, Canarias, España, en mayo de 2001. Otorga al principio de Independencia como una garantía para el justiciable.

No obstante que se ha tratado en este trabajo el tema de la independencia judicial como un elemento ético a cumplir por el juez, se considera necesario desarrollar un apartado para efecto de determinar la incidencia en el juzgador al momento de dictar el fallo ya que la Ley suprema, eleva a la categoría de principio constitucional exigible en favor de los justiciables ante cualquier otro principio que pueda exigírsele al juzgador.

La independencia del juez garantiza que los casos se van a resolver basados en la normativa vigente y no producto de injerencias ya sean internas o externas que permeen sus decisiones. Entre las funciones primordiales del juez están que la adopción de la decisión debe producirse luego de finalizado el juicio dentro de ciertos límites temporales, en cumplimiento del debido proceso.

Por otra parte, es al juez al que corresponde, elegir la norma que aplicará pero en base a los hechos acusados debiendo existir congruencia entre acusación y sentencia, lo cual deriva del principio *iuranovit curia*²⁶⁷. Este aforismo latino implica, que el juez conoce el derecho debiendo adecuar los hechos al derecho ya que es hasta en la sentencia que da la calificación definitiva del delito.²⁶⁸

Tal principio obliga al juez a conocer el derecho materia del juicio, y se entiende como el deber que tiene de procurarse, por sí mismo, los conocimientos necesarios para resolver cada litigio con la solución prevista por el sistema jurídico, cumpliendo de esa manera el principio ético de mantenerse en constante capacitación.

Como lo expone el Dr. LUIS VIGO, las decisiones del juez se reflejan sobre todo en la justificación de sus decisiones la cual cumple las siguientes funciones:²⁶⁹ *Función validante*: una

²⁶⁷ En este sentido se ha dicho que “en todo tipo de procesos el juez es libre para decidir la norma jurídica que, a su juicio, proporciona la solución al litigio planteado, sin que las partes del proceso posean capacidad alguna para incidir en esta decisión, debido a que el juez conoce el Derecho; EZQUIAGA GANUZAS, F. J., *Iura novit curia y aplicación judicial del Derecho*, Lex Nova, Valladolid, 2000, P. 24.

²⁶⁸ Resolución Interlocutoria de la Sala de lo Civil, 17-AP-2007, fecha de Resolución: 04/02/2008. En dicha resolución se declara la ineptitud de la demanda interpuesta ante la Cámara Segundo de lo Laboral y revoca la sentencia impugnada, por considerarse incongruente. Aunque no es relativo a la materia penal, es aplicable la definición sobre el principio *iura novit curia* que obliga al juez a conocer el derecho materia del juicio y que se entiende como el deber que tiene el juez de procurarse, por sí mismo, los conocimientos necesarios para resolver cada litigio con la solución prevista por el sistema jurídico.

²⁶⁹ VIGO, Rodolfo Luis. *Razonamiento Justificadorio Judicial*. Revista Peruana de Derecho Procesal Penal, No. 6, 2003. P. 499. Este autor plantea todas estas funciones para exponer la gran importancia que tiene la labor de justificar del juez, principalmente en las sentencias, ya que está enviando un mensaje no solo a las partes sino también a la sociedad.

decisión judicial debe contener fundamentos de derecho, esa norma aplicada a cada caso, es la consecuencia de la validez de la misma, a partir de su justificación.

El autor mencionado también hace alusión a la *Función controladora*, a través de la sentencia y las razones que intentan avalarla y que tiene carácter institucional; la *función legitimadora* de las facultades del juez por las actitudes formales y procedimentales por las que justifica sus decisiones.

Además de las ya mencionadas, Vigo agrega la *función concretizadora*: significa la proyección de la ley en los casos concretos, eso implica la tarea individualizadora judicial; al referirse a la *Función didáctica*, expresa que se produce a través de la explicación y proyección operativa a sus destinatarios, lo cual favorece el funcionamiento de las leyes; *Función científica*: en el momento de la descripción del derecho vigente, con su modo de operatividad, y las fuentes del derecho.

No menos importante resulta la *función estabilizadora*: con las decisiones se sienta un precedente que puede ser invocado a futuro. *Función pacificadora*: con la argumentación se cumple una función persuasiva a todos los interesados en el proceso. *Función moralizadora*: se aplica la autoridad racionalmente, no de manera arbitraria, ante la gran responsabilidad que conlleva para superar el conflicto que significa disponer de la libertad de otra persona.

En consecuencia, las partes se limitan a probar los hechos, y no los fundamentos de derecho aplicables, debiendo la actuación del juez estar en resguardo de los derechos fundamentales, así como los derechos de las minorías y frente a los abusos e inacciones de los poderes políticos, lo que lo convierte en un juez de la Constitución que se encarga de afianzar la justicia.

La independencia judicial está interrelacionada a la seguridad jurídica y que a la vez tiene un enlace indiscutible con el valor justicia, como lo ha establecido la SC que existen diversas manifestaciones de la seguridad jurídica una de ellas es la *interdicción de la arbitrariedad del poder público*, específicamente de los funcionarios que existen en su interior.²⁷⁰ El principio de

²⁷⁰ Sentencia de 26-VII-2000, Amp. 642-99, considerando IV) Dicha sentencia, plantea que La Constitución de El Salvador, con carácter novedoso en el año de 1983, introdujo la seguridad jurídica como categoría jurídica en el artículo 2. Esta, no obstante, su autonomía y sustantividad propia, regularmente tiene un carácter genérico en cuya virtud se resguardan los demás derechos, ya sean previstos o no en la Constitución. Sus efectos se discurren sobre el ordenamiento jurídico de manera directa y en especial sobre el poder público, siendo por ello que funciona como

la seguridad jurídica debe ser aplicado en todas las materias del derecho ya que otorga estabilidad ante los derechos adquiridos que no deberán ser permeados fácilmente.

Los funcionarios se encuentran obligados a respetar los límites que la ley prevé dentro de las facultades que se les confiere, al momento de realizar una actividad en el ejercicio de sus funciones, el juez está obligado a respetar la ley y sobre todo la Constitución que son los que legitiman su actuar.

Por tanto, obviar el cumplimiento de una norma o desviar su significado ocasiona de manera directa violación a la Constitución y, con propiedad, a la seguridad jurídica, la que se entiende como la certeza que el individuo posee de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares y autoridades competentes, ambos establecidos previamente.²⁷¹

Como consecuencia de una errónea aplicación de ley el Juez puede verse envuelto en conflictos penales como es en el delito de Prevaricato, cuando dicta resoluciones ostensiblemente contrarias a la ley excepto cuando interpreta textos no explícitos, hechos con el propósito de hacer justa aplicación de ellos, también cuando la ley no es clara, cuando permite varias interpretaciones, no se podría considerar delito al aplicarla según su interpretación.²⁷²

Se debe tener siempre presente que no se pueden amparar arbitrariedades alegando independencia judicial, ya que el Estado podría ser sancionado internacionalmente como lo afirma VERDROSS,²⁷³ que los tribunales son independientes de otros órganos del Estado, pero no del Estado mismo, en consecuencia, si se da un caso de inobservancia de una regla

garantía o coraza de protección de los gobernados y como instrumento de viabilidad jurídica institucional en la interacción estatal.

Este proceso se interpuso por el Ministro de Salud en contra de actos dictados por la Cámara Primera de lo Laboral de San Salvador en proceso ordinario individual de trabajo donde se condenó a pagar cierta cantidad de dinero por presunto despido de hecho. Aunque no se trata de la materia penal, sienta precedente sobre el principio de seguridad jurídica que atañe a todo el ordenamiento jurídico.

²⁷¹ Definición que proporciona la Sentencia de 26-VII-2000, Amp. 642-99. La misma sentencia, menciona al autor Sánchez Viamonte, acerca de *"la seguridad jurídica crea el clima que permite al hombre vivir como hombre, sin temor a la arbitrariedad y a la opresión, en el pleno y libre ejercicio de los derechos y prerrogativas inherentes a su calidad y condición de tal"*.

²⁷² Sentencia de Casación Penal 96 C 2013 de fecha 30 de junio de dos mil quince. Confirma el sobreseimiento definitivo dictado por juez de Instrucción en caso de delito de prevaricato.

²⁷³ VERDROSS, Alfred, Derecho Internacional Público, Edit. Aguilar, 1ª. Edic. Madrid, 1957. P. 281. Manifiesta que, si no aplican o aplican mal un tratado internacional debidamente ratificado, o si infringen una costumbre internacional que no ha sido reconocido en el orden interno, se estaría ante un acto ilícito internacional.

internacional por parte de un tribunal, se produce la responsabilidad internacional de la colectividad de la cual el tribunal es órgano.

Frente a la comunidad internacional el Estado es considerado siempre como una unidad y por lo tanto, cualquiera de sus órganos puede comprometer su responsabilidad internacional si mediante su conducta viola una obligación internacional²⁷⁴.

Ese tipo de responsabilidad de los funcionarios judiciales, debe estar claramente regulada, tenemos como ejemplo la legislación argentina, que ha establecido que, cuando la responsabilidad de los magistrados no nazca de delito, surgirá la responsabilidad civil por el incumplimiento o mal cumplimiento de las obligaciones a su cargo en el ejercicio de la función judicial,²⁷⁵ ya sea que hayan infringido la ley por ignorancia o negligencia inexcusable en la aplicación de algún precepto claro y preciso que no pueda ofrecer dudas ni dificultades de interpretación.

La legislación de El Salvador en lo relativo a la responsabilidad de los jueces y magistrados en materia penal concede el beneficio de la declaratoria que ha lugar a formación de causa Art. 236 Cn. y en materia administrativa corresponde a la Corte Suprema de Justicia en pleno la decisión de aplicación del régimen disciplinario contenido en la Ley de la Carrera Judicial.²⁷⁶ Siendo dicha ley que contempla el tipo de sanción a imponer desde una amonestación hasta la remoción del cargo.

Este punto específico del control de los jueces se incorpora por estar estrechamente vinculado a las facultades conferidas a todo juzgador en el marco de la ley principalmente en las decisiones

²⁷⁴ GATTINONI DE MUJÍA, María, *La Responsabilidad y sus Dimensiones*. Tomo II, Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma. Buenos Aires, 1994. P. 375.

²⁷⁵ Art. 110 de la Constitución Nacional de Argentina, Ley N° 24.430 sancionada en 1853 con las reformas de los años 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994. Sancionada: diciembre 15 de 1994. Promulgada: enero 3 de 1995. Sobre la responsabilidad civil judicial establece: Para desempeñar tan importante tarea, este poder debe tener la garantía de una absoluta independencia de los demás poderes y de la sociedad misma. Por tales motivos, la Constitución Nacional como las Constituciones Provinciales establecen una serie de institutos tendientes a garantizar dicha independencia, como la inamovilidad de los jueces en sus cargos mientras dure su buena conducta y hasta que a través de un proceso particularmente establecido para los mismos, como lo es el “Jure de Enjuiciamiento” a través del Concejo de la Magistratura y el “Juicio Político”, puedan ser removidos por las causales expresa y taxativamente establecidas constitucionalmente.

²⁷⁶ Ley de la Carrera Judicial. Decreto Legislativo no. 536, fecha de emisión 12 de julio de 1990, publicada en el D.O. No. 182 del 24 de julio de 1990. Es el Departamento de Investigación Judicial de la Corte Suprema de Justicia, que se encarga de realizar la instrucción de los procesos disciplinarios contra los jueces y juezas del país, pero la decisión final sobre la exoneración o sobre la decisión a aplicar le corresponde a la Corte Suprema de Justicia.

que tome en el desempeño del cargo principalmente en cuanto a la restricción del derecho a la libertad de cada individuo. Ya que es un poder de decisión que se le otorga que debe ser ejercido con el mayor cuidado posible en respeto de todas las garantías constitucionales.

En relación a la independencia judicial se debe considerar que existen factores externos que de manera indirecta pueden influir en esa independencia del juez, como son los medios de comunicación que en un sistema democrático coadyuvan a la transparencia de las decisiones judiciales pero que también en el ejercicio de la labor periodística tratan de formar una opinión pública tendenciosa de culpabilidad, lo que afecta la presunción de inocencia.

En relación a los seguimientos periodísticos de un proceso judicial, que crean juicios paralelos, ya que inciden en la opinión pública, en muchas ocasiones existen mayores avances en las investigaciones periodísticas que en las judiciales. Esas circunstancias pueden provocar una distorsión de la relación entre el sistema judicial con la sociedad a la que llevan a formar una opinión sobre temas que desconocen así también podría verse afectado el derecho a la presunción de inocencia en su faceta extra procesal²⁷⁷.

Es en dicha faceta extra procesal que se refiere a la extensión del derecho a la presunción de inocencia entre particulares, específicamente en el tratamiento informativo periodístico, en el que los medios de comunicación tendrían la obligación de tratar a cualquier ciudadano como no autor de un ilícito, deberían tener prohibido atribuir a una persona la comisión o participación de un delito hasta que no haya sentencia condenatoria, tal como lo considera el autor Jordi FERRER BELTRÁN.²⁷⁸

Dicho autor considera que cuando un medio informativo pública sobre la imputación de una persona en un delito, no solamente se afecta el derecho fundamental al honor, sino que también se afecta la aplicabilidad de la presunción de inocencia en estos casos, aunque sería difícil la implementación de éste tipo de prohibiciones a los medios de comunicación en base a tales presupuestos exigibles a la administración de justicia.

²⁷⁷ La Sentencia 111/199 de Tribunal Constitucional español que reconoce las distintas facetas del derecho a la presunción de inocencia, como es la procesal, extra procesal.

²⁷⁸ FERRER BELTRÁN, Jordi. Op. Cit. P. 170. Considera la noticia que atribuya a un sujeto la comisión de un delito, no solo se afecta el derecho al honor y a la imagen sino también puede considerarse afecta su presunción de inocencia.

El Art. 3. del Estatuto del Juez Iberoamericano, en relación a la *Independencia judicial y medios de comunicación*,²⁷⁹ reconoce que no se puede suplantar las funciones jurisdiccionales con la utilización de los medios de comunicación, ya que si se excede al ejercicio legítimo del derecho a la libertad de información, se puede considerar lesiva para la independencia judicial.

3.4 INFLUENCIA DE LA ORALIDAD EN LA APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS DE BENEFICIOS PENITENCIARIOS.

La oralidad de todo proceso penal, es el principio y fundamento que rige el sistema jurídico salvadoreño. Por ello, la Constitución de la República, en el Art. 11 establece que previo a cualquier decisión de privar de sus derechos a una persona, debe ser previamente “oída”; así también el Art. 12 Cn. establece el derecho al “juicio público” y en desarrollo de ese mandato constitucional el art. 1 CPP ordena que la sentencia debe ser dictada en juicio oral y público²⁸⁰.

El respeto a la oralidad es la base de aplicación para la garantía constitucional de la defensa en juicio sólo que requiere que se oiga al imputado y se le permita producir la prueba que juzgue procedente a su descargo en la forma y oportunidad que dispongan las respectivas leyes procesales.²⁸¹

Muchas legislaciones han abandonado la secretividad del sistema escrito, para dar cabida a una forma de juzgar más y por lo tanto de mayor transparencia que permita la contradicción de las partes y la inmediación del juez. En relación a ello, otras legislaciones, como la venezolana, estatuye la oralidad de los juicios, específicamente en el Art. 237 de la Constitución de ese país.²⁸²

²⁷⁹ En el Art. 3 del Estatuto del Juez Iberoamericano, reconoce: “*La utilización de los medios de comunicación social con el objeto de suplantar funciones jurisdiccionales, imponer o influir el contenido de las resoluciones judiciales, en condiciones que excedan el legítimo derecho a la libertad de expresión e información, se considera lesiva para la independencia judicial*”.

²⁸⁰ El CPP en su Art. 1 que está relacionado con el Art. 12 Cn. en lo que se refiere al juicio oral regula: *Ninguna persona podrá ser condenada a una pena ni sometida a una medida de seguridad sino mediante una sentencia firma, dictada en juicio oral y público, llevado a cabo conforme a los principios establecidos en la Constitución de la República, en éste Código y demás leyes...*”

²⁸¹ CARRIO, Alejandro D. *Garantías Constitucionales en el Proceso Penal*. 3ª. edición. Editorial Hammulabi. Buenos Aires, Argentina. 1944. P. 42. Expone criterios de la Corte Suprema de Argentina, que se ha rehusado a ordenar recibir declaración indagatoria a una persona.

²⁸² Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Adoptada el 15 de diciembre de 1999 por la Asamblea Constituyente, en el Art. 257.- *El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales.*

Se debe evitar una práctica ejercida algunas veces por acuerdo de partes técnicas de “sugerir” o ejercer algún tipo de presión al imputado que confiese el hecho a cambio de la disminución de la pena en la aplicación de un procedimiento abreviado ya que uno de los requisitos para la admisión del mismo es la confesión, no la admisión de hechos, sino una confesión con todos los requisitos.²⁸³ Admitiendo el acusado a confesar a cambio de la obtención de beneficios ya que se le aplicaría una pena menor al mínimo y por lo tanto puede alcanzar la aplicación de medidas alternas a la prisión.

Esa práctica podría estar afectando el derecho del imputado a no auto incriminarse, estaría en cierta medida atribuyéndose la carga de la prueba, cuando ésta le corresponde a la parte acusadora y por lo tanto, estaría renunciando a la presunción de inocencia. El juez debe ser acucioso a considerar el contenido de esa confesión y tenerla automáticamente como válida cuando no cumple los requisitos de relatar con detalle los hechos tal como están planteados en la acusación.

Es preciso dejar claro por parte del juez al imputado antes de la confesión que tiene derecho a negarse a declarar, así como todos los demás derechos que debe conocer, lo cual debe constar en acta, para que la confesión que se obtenga sea válida; ya que muchas veces sirve para fundamentar una condena sin importar el grado de desconocimiento que el imputado pueda haber tenido acerca de que le asistía algún derecho de negarse a suministrar pruebas en su contra²⁸⁴.

En el pronunciamiento del fallo judicial que decide dictar sentencia condenatoria, el juzgador debe tomar la determinación, muchas veces en la soledad de su despacho o de improviso luego de las conclusiones de las partes, si aplica un beneficio de suspender condicionalmente la pena, si la reemplaza por trabajo de utilidad pública o si aplica una multa, siendo ésta última de mínima o nula aplicación.

²⁸³ El Art. 417 No. 2 CPP Establece: “Desde el inicio del procedimiento hasta la fase de incidentes en la vista pública, se podrá proponer la aplicación del procedimiento abreviado...2) Que el imputado confiese el hecho objeto de la imputación y consienta la aplicación de este procedimiento.

²⁸⁴ CARRIO, Alejandro D. op. cit. P. 282. Afirma que es preocupante que no sea exigible que se le brinde al imputado la posibilidad de “oponerse” al acto, sin que exista obligación ninguna de *comunicarle* que él goza de ese derecho.

El problema, por lo tanto es que no se cumple a cabalidad los principios de la oralidad para que las partes, principalmente el acusado para que opine sobre qué pena se va a imponer. Existen delitos que evidentemente, en base al principio de legalidad, no se puede aplicar una pena más grave,²⁸⁵ pero hay otros en los cuales es el juez que decide imponer una pena no mayor de tres años y por lo tanto, ninguna de las partes le ha solicitado el reemplazo de pena.

Es en esos casos mencionados que la discrecionalidad del juez que determina cual medida aplicar; por lo que, en el desarrollo de una audiencia de vista pública, la oralidad no abarca hasta esa fase en la cual se deba tomar una decisión importante. A diferencia de otras legislaciones como la anglo americana que se concede una audiencia para la imposición de sentencia luego del fallo condenatorio del jurado, en la cual se escucha a los agentes que controlan la libertad del procesado.

En nuestra legislación, parece que se le resta mérito a la decisión sobre qué medida diferente de la prisión aplicará el Juez, ya que independientemente de la medida a adoptar, no resulta tan gravoso para el imputado en vista que no estará en prisión, pero debería considerarse todos los aspectos que se ven involucrados para que el fin de la pena sea más acorde con el propósito para el que se impone.

Esas decisiones que consten en la sentencia, también deben hacer valer los derechos e intereses de los involucrados y a la tutela efectiva de los mismos;²⁸⁶ ya que en cuanto a la toma de decisiones, el sistema procesal marca las formas, métodos y mecanismos que de manera especial le sirven para apreciar la prueba así como el comportamiento del Juez en el estrado que es en esos momentos quien preside y dirige los debates²⁸⁷.

²⁸⁵ En el caso de los delitos menos graves cuya pena no excede de los tres años, las partes ya están previendo y solicitan la aplicación de la sustitución que requieren.

²⁸⁶ SOSA GÓMEZ, Cecilia. *El Poder del Juez en el Proceso Oral*. III Encuentro Latinoamericano de Postgrados en Derecho Procesal Universidad Central de Venezuela. 2008. La oralidad en los procesos genera transparencia, ya que el juzgador debe estar atento a los alegatos de las partes, a las pruebas incorporadas al proceso, incluso al lenguaje no verbalizado o demeanor, así como se formulan las peticiones de forma oral, así deben ser resueltas por los jueces y exteriorizar la fundamentación, aunque sea de forma resumida porque las partes tienen derecho a conocer por qué se accede o no a sus pretensiones.

²⁸⁷ El Art. 378 CPP establece que el juez que presida dirigirá la audiencia, hará las advertencias legales, recibirá los juramentos y declaraciones, moderará la discusión impidiendo intervenciones impertinentes o que no conduzcan al esclarecimiento de la verdad, sin coartar por ello el ejercicio de la acusación y la amplitud de la defensa.

De esa misma manera, en forma oral se debe incorporar la prueba la cual deberá ser analizada en base al método de valoración de la sana crítica, en el sentido de hacer referencia al resultado producido por la aportación de evidencias con relación a la “*confirmación o falsación de una determinada hipótesis acerca de los hechos*”²⁸⁸. Ya que el juez no puede basar su resolución en sus creencias o íntima convicción como sí lo puede hacer el jurado.

En consonancia con el tema de la oralidad, se debe aclarar además que todo el desarrollo procesal no es eminentemente oral sus actuaciones, ya de todas las resoluciones que se pronuncien se debe dejar constancia en un expediente que muchas veces alcanza volúmenes exorbitantes, y muchas de esas transcripciones no serán de utilidad para su incorporación en la vista pública, por eso podemos afirmar que el tipo de proceso no es eminentemente oral.

La tradición en El Salvador es mientras más voluminosas las sentencias, mejor fundamentadas están, no obstante la tendencia es que sean breves, que el enfoque de la decisión sea directo, sin rodeos inútiles²⁸⁹, que sea fácilmente comprensible para el mayor número de lectores, para lo cual se necesita no emplear términos o vocablos confusos ni tecnicismos o formalismos que generen dudas en el lector.

En la redacción de la sentencia se debe considerar la finalidad de persuadir al lector que la decisión que se tomó es la correcta. En las resoluciones judiciales deberán quedar claros los criterios con los que se interpreta y se aplica la ley, pero el lenguaje técnico y confuso nos impide llegar a nuestros interlocutores. Algo bien importante es el trato con respeto a las partes, aplicando lo que decía Quijote a Sancho: “*No trates mal con palabras, pues le basta al desdichado la pena del suplicio, sin la añadidura de las malas razones*”²⁹⁰.

²⁸⁸ FERRER BELTRÁN, Jordi, “*Está Probado qué P,*” Ensayos sobre Interpretación y Aplicación del Derecho. Ara Editores. Lima, Perú 2010. Pg. 129. probatoria, es decir, como el resultado obtenido de la valoración conjunta de todos los elementos probatorios, de todos los medios de prueba, aportados al expediente.

²⁸⁹ VARONA MÉNDEZ, Aleida. *Redacción de Documentos Judiciales*, Presentación académica del Curso Introductorio al Sistema Acusatorio. Septiembre de 2016. San Juan Puerto Rico. Se hace énfasis en hacer una edición de las sentencias para que cada vez sean más escuetas, sencillas, breves. Recordemos que en el sistema Anglosajón los jueces en primera instancia no fundamentan sus decisiones, pero si en apelación, pero siempre son breves y concisas.

²⁹⁰ DE CERVANTES, Miguel, *Don Quijote de la Mancha*. Editorial Vicens Vives, Barcelona, 2004. Pág. 128. Esa frase resulta muy apropiada al juez que sentencia, porque a veces se quiere extender en su fundamentación en aspectos o circunstancias personales, que puede dejar entrever la imparcialidad del juez al tomar la decisión, debe recordar que no es un justiciero o verdugo, sino que es un aplicador de la ley.

Puede suceder que en una suspensión condicional se le impongan reglas de conducta que el imputado tiene que cumplir, para ello debe explicársele cuál es la finalidad de esas reglas, es donde se debe aplicar la característica de la adecuación, porque el lenguaje debe adaptarse al destinatario quien debe conocer cómo las va a cumplir, ya que será retomado por el juez de vigilancia penitenciaria y los funcionarios del DEPLA.

3.5 LA VISIÓN DEL JUEZ POLÍTICO EN EL SISTEMA PENITENCIARIO

El término Juez Político se refiere a un juez (a) creativo jurisprudencialmente y autónomo políticamente, no sólo de las instituciones político representativas, sino también del propio sistema normativo, refiriéndonos al tipo de norma que contradice principios constitucionales.²⁹¹ Es en los Estados Unidos de América en donde se ha difundido la definición política del papel judicial de este juez(a), donde ya tiene tradición y es más vivo el debate sobre sus características y sus límites, porque en ese país las y los jueces han tenido un papel importante en la construcción de la democracia constitucional siendo uno de sus componentes esenciales la neutralidad²⁹².

Un juez político al contrario de un juez operador y un juez delegado, se caracteriza por su creatividad jurisprudencial la cual es amplia y sólo está limitada por la constitución, la imparcialidad y la independencia judicial; es autónomo de toda institución representativa de la comunidad política, sean estos los partidos políticos, la Asamblea Legislativa o el Ejecutivo, su actuar no puede estar orientado a satisfacer intereses partidarios.

En sintonía con lo anterior, los juzgadores no deben hacer manifestaciones político partidista que claramente identifique su ideología política, que exalte o promueva a algún partido ni dentro de tribunal ni en su vida privada, de modo que pueda inferirse que sus funciones pudieran ser afectadas por sus creencias políticas²⁹³.

²⁹¹ COTERREL, Roger. *Introducción a la Sociología del Derecho*. Editorial Ariel, S A. Barcelona 1991. P. 56. Afirma que el uso deliberado del derecho para fomentar o aumentar el cambio no es fenómeno moderno, las épocas de mayor cambio social y movilidad presentan una gran utilización de leyes y sentencias.

²⁹² En una teleconferencia con jueces eslovenos, publicada en la Revista Americana, de Panamá, por KENNEDY Anthony, Juez del Tribunal Supremo de Estados Unidos. *La Ética Judicial y el Imperio del Derecho*. Agosto de 2004. P. 1.

²⁹³ Los Principios de Bangalore, ONU, Nueva York, 2013, en art. 1.3 en relación a la independencia regula que el Juez no solo estará libre de conexiones inapropiadas con los poderes ejecutivo y legislativo y de influencias de esos

Así tampoco el actuar jurisdiccional del juez político en ninguna forma es influenciado, ni condicionado por elementos o agentes internos o externos. Es respetuoso de los principios que rigen la ética, incluso en su desenvolvimiento en la vida privada, tal como lo ha determinado el Tribunal Supremo de Puerto Rico,²⁹⁴ que consideró que los cánones de ética deben regir tanto en el ejercicio de sus funciones judiciales como en sus vidas privadas, ya que sus actuaciones tienen trascendencia pública.

Define al juez político su actuación en la construcción de la democracia a través de sus resoluciones con visión de construir una sociedad más justa dentro del marco de un Estado de Derecho Social y Constitucional. Lógicamente es un juez (a) respetuoso de los derechos fundamentales y garantías constitucionales, aunque eso le genere oposición de las otras instituciones políticas y de esa manera contribuye al prestigio institucional y a la independencia judicial.

En su desempeño judicial, su actividad está vinculada a las necesidades sociales de justicia y seguridad jurídica, por lo que se espera de este tipo de Juez que resuelva conforme a los principios del proceso adversativo y no con los resabios de un proceso inquisitivo, que se basa en el papel activo del juez como investigador que al mismo tiempo obtiene, forma y valora unilateralmente las pruebas²⁹⁵.

Se han verificado diagnósticos sobre los sistemas de administración de justicia en América Latina,²⁹⁶ y se ha concluido que entre los múltiples problemas con los que se cuenta están los relacionados con la independencia del poder judicial, resultando de relevancia mencionar los siguientes:

poderes, sino que también deberá tener apariencia de ser libre de las anteriores a los ojos de observadores razonables.

²⁹⁴ Referente a los Cánones de Ética Judicial el Tribunal Supremo de Puerto Rico en resolución In re González Acevedo, 165 D.P.R. 81, 92 (2005), estableció que son normas mínimas que regulan la conducta de los miembros de la judicatura.

²⁹⁵ FERRAJOLI, hace alusión a éste tipo de juez debe estar separado de la parte acusatoria y que no debe haber una relación triangular entre el juez *súper partes* y las dos partes en el procedimiento. Op. Cit. P. 45.

²⁹⁶ EGUIGUREN PRAELI, Francisco José. *¿Qué Hacer con el Sistema Judicial?* 1ª. Edición. Edit. Carlos Valenzuela, Lima, octubre de 1999. P. 11.

a) Pérdida de confianza por parte de la opinión pública ya que la percepción que se tiene es que es corrupto.²⁹⁷ Esta percepción corresponde a varios países de América Latina como en Perú, donde la Reforma Judicial apareció como una necesidad urgente e imprescindible ante la severa crisis y el agudo cuestionamiento que afectan al sistema judicial.²⁹⁸

b) Los procedimientos legales y normas sustantivas obsoletas; esto se produce cuando no se considera que hay que invertir en justicia lo necesario para obtener los niveles de celeridad, accesibilidad y productividad que espera una determinada sociedad en un determinado momento dentro del margen de recursos disponibles²⁹⁹.

c) Trámites lentos; es uno de los desafíos que enfrenta la administración de justicia, mejorar la capacidad de respuesta del sistema de justicia ante una demanda creciente y cada vez más diversa así como aumentar la eficacia y eficiencia global del sistema de justicia.³⁰⁰ Esto resulta de una planificación ritual e ineficaz, así como de prácticas rutinarias y de baja calidad, poca autonomía para la gestión creativa e innovadora y preocupación por cumplir con los procedimientos, antes que compromiso con los resultados.

d) Escasez de recursos; esto puede estar relacionado también con el planeación y distribución del presupuesto que se debe orientar más a la administración de justicia que al área puramente administrativa. El presupuesto judicial adecuado es el que permite alcanzar las metas deseables para la sociedad. Según lo dispone la Constitución, a El Salvador le corresponde el seis por ciento del Presupuesto General de la Nación, pero gran parte de ese presupuesto no se invierte

²⁹⁷ Según estudio divulgado el 1 de junio de 2015 en Washington, por la World Justice Project, cuya representante es Victoria Santamarina. El Salvador ocupa el puesto número 81 en el mundo en cuanto al ámbito de la justicia penal, por lo que revela una justicia deficiente.

²⁹⁸ EGUIGUREN PRAELI, Francisco José. *¿Qué hacer con el Sistema Judicial?* Agenda Perú. 1ª. Edición. Lima, Perú, octubre de 1999. Pg. 21. Considera que el nivel de autonomía, eficiencia y prestigio social es un importante “termómetro” para medir el grado de desarrollo y solidez de las instituciones democráticas alcanzadas en una sociedad.

²⁹⁹ CHAYER, Héctor Mario. Presentación realizada en el VII SEMINARIO DE GESTIÓN JUDICIAL - INVERSIÓN EN JUSTICIA, CEJA –Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro – FORES, Foro de Estudios sobre la Administración de Justicia. Bariloche, Argentina, octubre 2009.

³⁰⁰ CEJA- JSCA. Conferencia Regional “Gestión por Resultados en la Administración de Justicia” 24 y 25 de noviembre 2008. www.cejamericas.org.

directamente en los tribunales³⁰¹, sino en departamentos administrativos, encontrándose algunos juzgados con limitaciones en cuanto a personal asignado y también en equipo.

e) Ausencia de sistemas modernos para la administración de tribunales; entre otras deficiencias en los despachos judiciales es que no se cuenta con el servicio de internet, y si lo tienen es deficiente. f) Debilidad de los mecanismos de responsabilidad de los funcionarios judiciales; referido a la aplicación del régimen disciplinario que desde hace muchos años ha mostrado mora en la tramitación de los expedientes.

En relación al tema, el plan de Reforma de justicia de Argentina,³⁰² planteaba la propuesta en base a la economía judicial de ese país que les señala la necesidad de que los jueces deben ejercer su función en el marco de un adecuado sistema de premios y castigos, en donde los incentivos permitan a estos desplegar su máxima capacidad.

Sin embargo, al aplicarse ese tipo de incentivos puede suscitar marginaciones e injusticias en cuanto a aquellos cuya carga laboral en determinada zona del país no pueda competir donde si existe más demanda de servicios en la administración de justicia y no sea causa atribuible al juzgador, por lo que primero debería producirse una reingeniería en la designación de las sedes judiciales.

g) Barreras de acceso a la justicia se deben considerar todos los factores que impiden que una persona pueda acceder a la justicia en un determinado ámbito social, considerando factores como la migración. El Salvador es un país que recibe inmigrantes de países como Honduras y Nicaragua y en algunos casos sin documentación o domicilio permanente, por lo que ese no debe ser un factor que impida la aplicación de medidas que sustituyan la pena de prisión.³⁰³

³⁰¹ Corte Suprema de Justicia, Dirección Financiera Institucional, Departamento de Presupuesto, Ejercicio Financiero Fiscal 2015. El balance de desarrollo presupuestario determina que en el rubro de administración de justicia en tribunales y centros judiciales integrados, se invirtió el 55.6%.

³⁰² PALMA, Luis María, *Una Propuesta para la Justicia del Siglo XXI*. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo PNUD, Programa Regional de Justicia. Argentina. 1994. P. 2. En El Salvador, las evaluaciones semestrales de los jueces pueden ser calificadas como satisfactorias, satisfactorias con méritos, y excelentes, pero muchas veces no implica que se va a reconocer ese mérito, lo cual puede resultar desmotivador, no obstante, el compromiso con la administración de justicia está presente y no cesa a pesar que esos méritos no se reflejen en la carrera de cada juzgador.

³⁰³ El Resumen Ejecutivo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y la OEA del 7 de septiembre de 2007. En relación con los alcances del derecho a acceder a la justicia está dado por los obstáculos económicos o

h) Procedimientos escritos muy engorrosos, aunque el sistema de oralidad de los procesos opera en materia penal, existen resabios de consignar todo por escrito, lo cual viene a afectar las notificaciones que se deben hacer al concluir las actas de audiencias, por ejemplo hacer constar del compromiso de comparecer a las citas que realizará el juzgado de Vigilancia Penitenciaria respectivo luego de impuestas las medidas porque de no hacerlo de esa forma dificultaría la localización del imputado.

Esa práctica en los tribunales de pretender copiar de forma íntegra todas las alegaciones de las partes, tratándose de un juicio oral como lo establece el C. Pr. C. M.³⁰⁴ se incurre en un exceso de escritura en cada proceso, que trae como consecuencia una progresiva congestión de los despachos judiciales para lo cual la solución podría ser el mantenimiento en buen estado de los sistemas de grabación, siendo el soporte material el que podría ser utilizado en caso de recursos.

La percepción de esa deficiencia deviene negativamente en la conclusión que el sistema judicial incumple funciones relevantes, principalmente a no permitir que los derechos fundamentales de las personas se desconozcan, haciendo prevalecer los principios constitucionales a los que se debe.³⁰⁵ Sin embargo muchas veces con su actitud omisiva en la defensa de ciertos derechos, ha permitido que la dimensión política del sistema judicial no haya sido relevante a la luz de la historia y la imagen que proyecta sea de desconfianza entre los justiciables.³⁰⁶

Esta omisión por parte de los jueces podría ser evidente de diversas maneras, una de ellas en la falta de pronunciamiento en situaciones que les atañen directamente, como se sabe, existen

financieros en el acceso a los tribunales, y por el alcance de la obligación positiva del Estado de remover esos obstáculos para garantizar un efectivo derecho a ser oído por un tribunal.

³⁰⁴ Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Legislativo No. 712 publicado en el Diario Oficial No. 224 de fecha 27 de noviembre de 2008; en el Art. 8 establece el principio de la Oralidad, también aplicable al Proceso Penal. “...las actuaciones se realizarán de forma predominantemente oral, sin perjuicio de la documentación, de los actos procesales que deban hacerse constar por escrito y de las aportaciones documentales que en este código se establecen”. No obstante que la tendencia de la tramitación de todo tipo de proceso es de manera oral, la costumbre arraigada de los procesos escritos ha influido que persista la práctica de hacer constar todos los detalles de lo acaecido en el acta aunque el desarrollo conste en un soporte de grabación.

³⁰⁵ SCHVARSTEIN, Leonardo. *Repensar la Reforma Judicial en América Latina*. Foro Nacional "Estrategias para el mejoramiento de la administración de justicia en Honduras", (Noviembre de 1994) menciona el diagnóstico realizado por el Banco Interamericano De Desarrollo. Elementos para la modernización del Estado. Elaboración grupal coordinada por Néstor Humberto Martínez (1994).

³⁰⁶ BINDER, Alberto y OBANDO, Jorge. *De las "Repúblicas Aéreas" al Estado de Derecho*. 1ª. edición. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires. 2004. P. 298. Consideran que para el gobierno y la oposición la debilidad judicial es una herramienta favorable a sus designios, se busca que los ciudadanos tengan que apelar a la protección gubernamental para tratar de preservar sus derechos e intereses.

diversas asociaciones de jueces³⁰⁷ cuya finalidad de constitución de las mismas no es precisamente para fines sociales, sino para velar por los derechos y dignidad de los agremiados y del demos judicial, pero esos objetivos no se ven reflejados en su actuar ante la sociedad.

Para los autores BINDER y OBANDO las funciones políticas del sistema judicial debieran correr parejas con las funciones de la ley en una sociedad, pero resulta que muchas veces la norma se vuelve autónoma respecto del poder judicial que cumple funciones más rutinarias vinculadas a otro nivel de legislación, lo cual impide la construcción del imperio de la ley³⁰⁸.

Ese imperio de la ley se debe ver reflejado esencialmente el respeto a los Derechos Humanos de cada país, a la aplicación de las leyes secundarias que desarrollan esos derechos, por ejemplo velar por el cumplimiento de los fines para los que fue creada la Ley Penitenciaria³⁰⁹, que es con el objetivo de cumplir lo establecido en el Art. 27 inc. 3º. de la Constitución, proporcionando al condenado condiciones favorables a su desarrollo personal, que le permitan una armónica integración a la vida social al momento de recobrar su libertad, (Art. 2 L.P.).

En la aplicación de la ley, el juez debe ser meticuloso, pues muchas leyes se aprueban con un objetivo, no siempre necesariamente sincero, pero en la práctica se constata que la finalidad es otra.³¹⁰ A nivel de la historia de la jurisprudencia internacional se puede mencionar una decisión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el año 1905³¹¹ que declaró en sentencia la inconstitucionalidad de una ley que prohibía el empleo de trabajadores en la fabricación de pan durante más de un cierto número de horas diarias o semanales. Se consideró que con dicha restricción lo que realmente se pretendía era afectar la libertad de contratación.

³⁰⁷ Entre las asociaciones de jueces más conocidas y legalmente constituidas se encuentran la Asociación de Jueces y Magistrados de El Salvador, AMJUES; Asociación de Mujeres Juezas, AMJES; Asociación de Jueces de Paz de El Salvador, AJUPES, entre otras.

³⁰⁸ BINDER y OBANDO, op. Cit. P. 301. Consideran que el sistema judicial de la región jamás generó tensiones dentro del sistema político que lo empuje a respetar la ley por su constitución sumisa e ineficaz.

³⁰⁹ Ley Penitenciaria, Decreto No. 1027 de 24 de abril de 1997, publicada en el D.O. No. 85, tomo No. 335, del 13 de mayo de 1997.

³¹⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. Cit. P. 204. Lo que la ley intentaba tenía un carácter social: proteger la salud de los trabajadores, pero el tribunal estimó que el intento real era otro: la protección del trabajador, frente a los intereses del contratante por lo que la declaró inconstitucional por violar la libertad de contratación.

³¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América, *Lochner vs. People of State of New York* (1905). El fundamento de dicha sentencia era que con la prohibición contenida en la ley sobre las horas de trabajo de los trabajadores considerando que se afectaba la libertad de contratación. Aunque pareciera que se favoreció los intereses capitalistas, lo que se plantea en la visión trascendente del tribunal más allá del tenor literal de la ley.

Zagrebelsky también plantea otros ejemplos al considerar “mirar detrás” de la “mera letra” de la ley, plantea que es política a través de la interpretación, por ejemplo una ley que se propone tutelar la maternidad y, por el contrario, tiene el efecto de incrementar los abortos; una ley que se propone proteger el medioambiente y que, por el contrario, por las cargas excesivas que contempla, incrementa la urbanización abusiva, y así pueden plantearse un trasfondo que con la interpretación “políticamente” neutral se convierte en un activismo de la jurisprudencia³¹².

En consonancia con las cualidades de un juez político, es de formularse la interrogante, sobre qué hace la administración de justicia para hacer cumplir la finalidad de esas leyes y de toda la normativa internacional relacionada a los derechos de los reclusos, o es que ¿podemos afirmar que no existen jueces políticos en El Salvador?

Es una crítica y un auto examen que se debe plantear en ésta investigación, si la actuación del juez está acorde con las exigencias de una sociedad que exige de sus juzgadores una completa independencia de los demás poderes del Estado y si además se hace un esfuerzo extra por aportar a construir un verdadero Estado de Derecho.

3.6 PLANTEAMIENTOS O PROPUESTAS DE LA REPRESENTACIÓN FISCAL SOBRE LAS SANCIONES A IMPONER.

La principal competencia de la representación fiscal en un proceso penal es el ejercicio de la acción ante los tribunales de la República, lo cual está establecido en la Constitución en el Art. 193, asimismo en la Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República³¹³ Art. 2, se refiere a las atribuciones de dicha institución, en cuanto al ejercicio exclusivo de la acción penal.³¹⁴

Por lo general, el sistema penal a través del ejercicio de la acción penal, interviene represivamente de un modo “natural” o mecánico, cuando muchas veces la adopción de criterios

³¹² ZABREBELSKY, Gustavo. Op. cit. P. 205. Considera el autor que en ciertos casos es necesario este tipo de interpretación para evitar que se reduzca a hipocresía, que las leyes deben estar determinadas en relación con los efectos naturales y legales del lenguaje adoptado, y se debe determinar si disiente o no de la Constitución a partir de los efectos reales que se producen en el momento de su puesta en práctica, y no a partir de sus intenciones proclamadas.

³¹³ Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República, D. L. no. 1037 de 27 de abril de 2006, publicada en el D.O. No. 95 de 25 de mayo de 2006.

³¹⁴ La LOFGR Establece las competencias en el Art. 2.- *Son competencias de la Fiscalía General de la República: defender los intereses del Estado y de la sociedad; dirigir la investigación de los hechos punibles y los que determinen la participación punible; promover y ejercer en forma exclusiva la acción penal pública, de conformidad con la ley; y desempeñar todas las demás atribuciones que el ordenamiento jurídico les asigne a ella y/o a su titular.*

de oportunidad para la persecución penal, podría aplicarse con una mayor amplitud que solamente a los delitos de bagatela, lo cual, aunque parezca lo contrario, puede permitir que las víctimas, se reapropien del conflicto³¹⁵.

Lo anterior significa que cuando hay casos en los cuales la Fiscalía se abstiene de sostener la acusación de un imputado, el juez no tiene otra alternativa que absolverlo, no obstante que la víctima se haga representar por querellante, ya que éste último no puede actuar de manera independiente a menos que se produzca previamente la conversión de la acción penal.

Es procedente mencionar un caso en el cual la querrela solicita que se condene por Homicidio Tentado y la Fiscalía pide que se absuelva, la causa es que dicha víctima tuvo la calidad de imputado en otro proceso y por los mismos hechos, en el cual fue condenado,³¹⁶ por lo que no podía existir dualidad en planteamientos, solo por ser diferentes procesos debiendo la representación fiscal sostener una sola teoría en cuanto a la persona a quien orienta la culpabilidad.

En consecuencia a lo antes planteado, cuando en una vista pública la FGR pida el reemplazo de la pena de prisión, por trabajo de utilidad pública o la suspensión condicional de la ejecución de la pena, el Juez no deberá, aunque lo considere pertinente, dictar una pena más grave que la solicitada por el principio de congruencia entre lo acusado y lo resuelto y por la misma titularidad de la acción penal conferida a la Fiscalía.

MIGUEL FENECH define el principio de congruencia como *“la conformidad que debe existir entre el contenido de la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso en que aquella se dicta.”*³¹⁷ Es en base a este principio que el juzgador debe ser exhaustivo en la obligación de decidir sobre todas las peticiones y lo que las partes aleguen.

³¹⁵ MENDAÑA, Ricardo J y SALGADO, Alicia Arias. *El Ministerio Público y la Atención Primaria de la Conflictividad Penal*. Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana. Ecuador, 2008. P. 25. Los autores consideran que se puede moderar los factores de deslegitimación del sistema penal, como es la selectividad de los autores y la marginación de las víctimas que aparecen amalgamadas en el proceso de criminalización.

³¹⁶ Proceso Penal 270 – 2016, hecho sucedido en la jurisdicción de El Sauce, tramitado en el Juzgado de Instrucción de Santa Rosa de Lima, Lo relevante del caso es la contradicción de planteamientos entre querrela y la Fiscalía, los primeros piden se condene y el Ministerio Público que se absuelva. El caso fue absuelto y confirmado en apelación, pero la Cámara no se pronunció en lo referente a la acción penal sino a la valoración de prueba para absolver.

³¹⁷ FENECH, Miguel. *Derecho Procesal Penal*, 3ª. Edición. Edit. Labor. Barcelona y Madrid, 1960. Citado por Anet Serret Lara. *Los Problemas del Objeto del Proceso a la Luz del Principio de Correlación Imputación – Sentencia en el Proceso Penal Cubano*. P. 14.

Asimismo, el principio de congruencia establece un límite al poder de decisión jurisdiccional ya que le prohíbe referirse a cuestiones no planteadas ni sujetas a debate, no debiendo la sentencia transgredir los límites que fija la acusación en cuanto los hechos objeto del proceso, sin posibilidad de ampliarlos, extenderlos o desviarlos a otros³¹⁸.

Si el Juez lo considera pertinente, tendría que resolver previamente un cambio de calificación jurídica haciendo las advertencias previas de ese cambio, para no afectar el derecho de defensa y puedan preparar los alegatos acorde al nuevo delito, ya que si bien es cierto la calificación jurídica en todo el desarrollo procesal es provisional, debe estar acorde a la teoría fiscal.

En lo referente a la publicidad de lo relacionado al proceso, el Ministerio Público no tiene la obligación de rendir cuentas al público de su actividad persecutoria ya que cuando expresa sus reclamos y algún tipo de disconformidad sobre ésta actividad del Estado, es sobre los jueces que recae la opinión pública, esto es, que identifica en la persona del Juez al responsable de perseguir la delincuencia³¹⁹.

En la práctica judicial, la representación fiscal de manera muy excepcional puede solicitar la suspensión de la pena, ya que generalmente se considera como un triunfo el lograr la pena de cárcel, pero si se le permite externar opinión sobre la medida a imponer, está la de trabajo de utilidad pública sobre la de multa o suspensión condicional de ejecución de la pena.

3.7 SOLICITUDES FORMULADAS POR LOS DEFENSORES EN LAS CONCLUSIONES DE LA VISTA PÚBLICA.

Se inicia este tema expresando la obligatoriedad del ejercicio del derecho de defensa desde el inicio de la imputación, la cual puede ser privada o pública, según sea la capacidad económica del inculpado. También las Universidades con sus unidades de asistencia legal proporcionan servicios de defensoría, esto en razón que no se trata de un derecho renunciable a menos que se

³¹⁸ SERRET LARA, Anet. *Los Problemas Del Objeto Del Proceso a La Luz Del Principio De Correlación Imputación - Sentencia En El Proceso Penal Cuban, THE PROBLEMS OF THE OBJECT OF THE PROSECUTE AND THE PRINCIPLE OF CORRELATION-ALLOCATION IN THE CUBAN PROCEDURAL LAW.* 33, n.º 95 (julio de 2012): P.15. La correlación entre acusación y sentencia debe darse en relación con lo que constituye el objeto del proceso, que son los hechos que han sido base de la acusación, es decir la calificación y el petitum de pena.

³¹⁹ COPPOLA, Patricia. *Proyecto de Seguimiento de los Procesos de Reforma Judicial en América Latina.* INECIP Córdoba, Argentina. 2001. Muchas veces la percepción negativa hacia el juez se genera por ciertas decisiones que no resultan populares, en aquellos casos que se espera lo contrario a lo resuelto. Ahí es donde funcionan la independencia y no ejercer presión en los juzgadores contrario a la convicción obtenida mediante las pruebas.

trate de un imputado de profesión Abogado que quiera ejercer su propia defensa, tal como lo establece el Art. 98 inc. 3º. CPP.

La función principal que se le atribuye al defensor es de velar por el cumplimiento de los derechos establecidos tanto en la Constitución de la República, los tratados internacionales, y las demás leyes relacionadas, por lo que el abogado debe ser un amplio conocedor de toda esa normativa³²⁰.

Salta a la vista, pues, la relevancia de la misión encomendada al defensor como coadyuvante en el ejercicio del derecho de defensa que nace con la imputación, al efecto de garantizar la contradicción e igualdad de las partes procesales y, de este modo, reestructurar la dialéctica del juicio.³²¹ Generalmente las peticiones van tendentes a solicitar la absolución de su representado, no obstante cuando existe prueba directa y están conscientes que el fallo será condenatorio, se buscará una pena mínima si es que previamente no se ha consensuado la aplicación de un procedimiento abreviado para lograr una pena inferior al mínimo previsto.

3.8 EL DERECHO A LA ÚLTIMA PALABRA CONCEDIDA A LA VÍCTIMA Y AL IMPUTADO Y SU INCIDENCIA EN LA TOMA DE DECISIONES DEL JUEZ.

3.8.1 ÚLTIMA PALABRA A LAS VÍCTIMAS

Entre los derechos de las víctimas en la fase de dictar sentencia y en el de su ejecución, están el de ser oída previamente ante cualquier solicitud favorable al imputado, así como en la fase ejecutiva de la pena antes de conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena³²². Mucho se ha expresado sobre el abandono al que han estado sometidas las víctimas en el proceso penal y hasta cierta insensibilidad e indiferencia del mismo sistema.

Dependiendo del tipo de delito que se esté investigando, los testimonios de las víctimas son relevantes para el fin de obtener la verdad en el proceso, principalmente en los que no se cometen

³²⁰ Sobre la función del Abogado, el art. 95 C. Pn. está sintetizando dichas funciones que son mínimas ya que por la naturaleza del proceso el abogado debe manejar las técnicas de oralidad, las reglas del interrogatorio de testigos, en lo cual algunos presentan muchas deficiencias.

³²¹ LÓPEZ YAGÜES, Verónica. *El Derecho de Defensa del Imputado, Derecho a la Asistencia y Defensa Letrada. Su Ejercicio en Situaciones de Privación de Libertad*, Fuente Académica Premie, Alicante, España, enero de 2002, P.106.

³²² El Art. 106 Nos. 4 y 6 del CPP establecen esos derechos de ser oída antes de la sentencia y en la fase de ejecución de la pena.

a la vista de otras personas, como lo son los delitos contra la libertad o indemnidad sexual.³²³ Muchas veces estas víctimas al concederles la palabra expresan que ya no quieren nada contra sus agresores, sin embargo este tipo de peticiones resulta irrelevante por tratarse de delitos de acción pública.

El Art. 25 de la CADH establece la obligación de los estados de proveer a los ciudadanos sometidos a su jurisdicción una debida protección judicial³²⁴ ante la violación de sus derechos reconocidos en la Convención, la Constitución y las leyes internas

Por lo tanto, es preciso que el proceso penal se oriente en primer lugar hacia las víctimas, que les reconozca el verdadero protagonismo que tienen en el proceso criminal, que sea un sujeto pasivo pero que tenga como objetivo fundamental, sin descuidar al delincuente, sus derechos y garantías, escuchar, comprender y atender sus necesidades.³²⁵

Lo que sucede en la práctica es que las víctimas no emiten opinión alguna o no se les concede audiencia en el momento de decidir la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni del reemplazo por trabajo de utilidad pública. Esto puede suceder porque son términos jurídicos que probablemente no sean de la completa comprensión del ciudadano común e implicaría la realización de una breve audiencia adicional previo al otorgamiento de ese beneficio.

Pero no se puede negar que el derecho está ahí establecido y no se debe omitir arbitrariamente por considerarse una atribución del juzgador. Lo cierto es que esa decisión de suspender la ejecución de la pena puede ser interpretada por la víctima como un equivalente a impunidad, que a su caso se le resta importancia y que la afectación a sus derechos es inexistente. Puede la

³²³ MAÑALICH R. Juan Pablo, *La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno*. Revista Ius Et Praxis, Año 20, No. 2, Chile. 2014 P. 26. El criterio formal sobre el cual descansa la diferenciación que hace suya el esquema dualista está constituido por la edad de quien en cada caso puede fungir como víctima del delito en cuestión.

³²⁴ El Art. 25 de la CADH expresa: "1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso electivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales". La Corte IDH ha *derivado* este derecho de la obligación "a cargo de todo Estado Parte en la Convención de respetar los derechos y libertades garantizados en ella y (de) garantizar su pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción (Art. 1.1)" (Opinión Consultiva OC-9, del 6/X/87).

³²⁵ SAMPEDRO-ARRUBLA, Julio Andrés, *Los Derechos Humanos De Las Víctimas: Apuntes Para La Reformulación Del Sistema Penal, VICTIM'S HUMAN RIGHTS: BRIEFINGS FOR THE REFORMULATION OF THE CRIMINAL JUSTICE SYSTEM.*, N° 13 (noviembre de 2008): P. 355.

víctima por lo tanto, salir con confusión de la audiencia o interpretar que se concedió el perdón al imputado.

Existe la creencia que es la representación fiscal que representa para todos los efectos a la víctima, pero al igual que el inculpado, las víctimas por sí misma también puede ejercer sus derechos en la medida que lo regule la ley. De ahí la importancia de concederle audiencia a previamente a que el Juez tome esa decisión de conceder beneficios al ciudadano procesado.

Al respecto del derecho de audiencia, el Art. 391 inciso último CPP regula en qué momento se le concederá la palabra a la víctima en la vista pública,³²⁶ se entiende que en ese momento, en el caso que está presente, pues las audiencias pueden realizarse sin su comparecencia, puede expresar lo que sea su voluntad en relación al caso, las pruebas incorporadas, o los alegatos de las partes.

Debemos recordar que existe en la mayoría de víctimas cierta indiferencia a pronunciarse en esos momentos y no hacen uso de su derecho o se limitan a decir que piden justicia en su caso. Pero se debe verificar el cumplimiento de ese derecho establecido en el Art. 106 numeral 6 CPP de ser escuchada antes de conceder el beneficio de suspensión condicional de la ejecución de la pena.

En la práctica no se lleva a cabo de esa manera, pareciera que el legislador en esa disposición se está refiriendo a la fase de ejecución de la pena y no en la fase plenaria, pero en todo caso el derecho existe y se debe dar cumplimiento. En algunos casos por temor de las víctimas pueden abstenerse de expresar su opinión en presencia del imputado ya sea que exista o no algún tipo de temor por su seguridad con motivo de su intervención en el proceso.³²⁷

3.8.2 EL DERECHO A LA ÚLTIMA PALABRA A LOS IMPUTADOS

Ya sea en el ejercicio de las funciones de la judicatura o como parte técnica del proceso, es necesario hacerse la interrogante sobre la utilidad que presta la última palabra que se concede al

³²⁶ El Art. 391 inc. final CPP regula el cierre del debate en la vista pública de la siguiente manera: *Por último, si está presente la víctima se le concederá la palabra. Finalmente, el juez preguntará al imputado si tiene algo más que manifestar. Inmediatamente después declarará cerrado el debate.*

³²⁷ DIAZ CASTILLO, Marco Tulio. *La Protección de las Víctimas*. Revista Justicia de Paz No. 13, Año V- Vol. III. Corte Suprema de Justicia. El Salvador. 2002. P. 207.

imputado,³²⁸ ésta última intervención, no tiene calidad de declaración, lo cual significa que no puede haber conainterrogatorio, sin embargo algunos defensores aconsejan a sus clientes que en esa parte declaren sobre los hechos, aunque no es muy conveniente pues es evidente que se busca que no haya ninguna contradicción a ese dicho, tampoco se puede considerar como prueba, por lo que ¿Qué sentido tiene esa palabra final del imputado?.

Para el autor Claus ROXIN, “*última palabra*” es, por un lado, la concreción del derecho a ser oído conforme a la ley, pero, por otro, va más allá de esta garantía mínima del derecho constitucional, en favor del acusado, reside en que el acusado tiene que poder expresarse concluyentemente sobre toda la materia del proceso y en que los jueces deben retirarse a la sala de deliberaciones con la impresión reciente y última de su persona y de su visión de lo sucedido.³²⁹

En ésta intervención algunos procesados se limitan a recalcar sobre su inocencia y que quieren recuperar su libertad. No obstante que a este momento de la audiencia, ya la prueba está vertida y es el momento que el Juez cierra los debates. FONTANET aconseja que se debe prestar atención a la conducta no verbalizada o demeanor³³⁰ ya que todos los movimientos o impulsos pueden proyectar o estar asociados a una persona que está diciendo la verdad.

ROXIN subraya el carácter de defensa personalísima, el cual es puesto en práctica el ejercer este derecho, ya que aunque el defensor haya alegado lo pertinente sobre su teoría, el acusado siempre debe ser preguntado “si el mismo tiene todavía algo que aducir en su defensa”, no sólo un trámite esencial del procedimiento”³³¹.

³²⁸ El Art. 391 CPP inc. Final establece: Por último, si está presente la víctima se le concederá la palabra. Finalmente, el juez preguntará al imputado si tiene algo más que manifestar. Inmediatamente después declarará cerrado el debate.

³²⁹ ROXIN, Claus *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. 7ª. Edic. Editorial Marcial Pons, Buenos Aires, Argentina.1970. pg. Desde el punto de vista de este autor, cobra relevancia lo dicho por el imputado, por algo el procedimiento está establecido de esa manera, aunque generalmente lo que se afirma es que esas expresiones no son prueba, por lo tanto, resultan irrelevantes, pero Roxin plantea que sí, los jueces deben retirarse a deliberar meditando esa intervención del acusado.

³³⁰ FONTANET MALDONADO, Julio E. *principios y Técnicas de la Práctica Forense*. 3ª. Edición, Jurídica Editores, San Juan Puerto Rico. 2010. P. 20. Explica que hay ciertas conductas y comportamiento dentro del proceso judicial que pueden asociarse con honestidad y hay otras, asociadas con la deshonestidad o que al menos causa desconfianza.

³³¹ FAVAROTTO, Ricardo S. *El Derecho a la Última Palabra*. Artículo publicado en Revista Jurídica. Red de Jueces Penales de Buenos Aires. Argentina. 2016. El problema resulta de conciliar esa última palabra con todo lo que se ha escuchado previamente, las pruebas principalmente, que es en lo que se debe basar la resolución, puede

Esa última palabra implica también la exteriorización de la garantía convencional y constitucional de ser oído, es decir, una manera más de ejercitar la defensa material y, a la vez, de efectivizar el principio de contradicción porque luego que luego que los abogados han expuesto todos sus argumentos jurídicos, en favor y en su contra, el imputado en pocas palabras puede contra argumentar a su favor lo que considere pertinente.

Algunas veces el silencio de las partes materiales puede ser interpretado como el otorgar la razón a lo que la contraparte ha afirmado previamente, y siendo que el procesado es la persona en mayor desventaja desde el punto de vista de la función punitiva del Estado, de ahí la importancia de la última palabra concedida al imputado.

Esa última palabra puede en cierta medida influir en el intelecto del Juez y aunque no resuelve por su íntima convicción, como lo haría un tribunal de conciencia, quedarán grabadas en la mente del juzgador esa intervención final y puede ser que su pronunciamiento incida para la aplicación de algún beneficio que sustituya la pena de prisión.

El derecho a esa intervención es una manifestación clara de la consagración del que la doctrina entiende como " principio de contradicción"³³² y de su complemento, el principio de igualdad de armas procesales; una igualdad que, a su vez se manifiesta en la igualdad entre partes en cuanto a la proposición de la prueba.

Ese derecho de igualdad, se extiende hacia el desarrollo y valoración de la prueba cuando se le ofrece a la defensa tanto técnica como material, la oportunidad de valerse de los mismos medios de prueba- y, practicados en idénticas condiciones-de los que se sirva la acusación, ese pronunciamiento final puede ser en ese sentido, breve pero significativo.

3.9 MEDIDAS SUSTITUTIVAS A LA PENA DE PRISIÓN CONSIDERACIONES COMO ALTERNATIVA AL HACINAMIENTO PENITENCIARIO.

El hacinamiento penitenciario en El Salvador, es un problema evidente que se ha agravado con el incremento del auge delincencial y consecuentemente el alto índice de condenas a penas de

sembrar una duda en el pensamiento del juez, pero esa duda se debe basa en otras evidencias, en la valoración individual y en conjunto del elenco probatorio, pero siempre haciendo uso del derecho de defensa material.

³³² LÓPEZ YAGÜES, Verónica. op. cit. P.189. hace referencia la autora a la norma procesal española que supera la protección del Convenio de Roma, en lo que respecta a la anticipación de la facultad de ejercitar plenamente la defensa y que se hace coincidir con el surgimiento de la imputación.

prisión. En lo que respecta a la restricción de derechos se puede afirmar que tenemos un sistema que pretende que la detención sea la regla general y la libertad sea aplicada de manera excepcional.

Contrariamente a lo que establecen los tratados internacionales como la CADH³³³ que supedita la condición de los procesados a medidas distintas a la detención, generalmente es esa medida extrema la que más se aplica, para asegurar el apersonamiento del imputado al proceso, sin embargo debido a la carga laboral de cada tribunal, se tiene que existe un gran número de reos sin sentencia en diferentes centros penales.

Por ejemplo, en el año 2014, había 1362 procesados en detención provisional en la fase plenaria y solamente 222 personas con medidas sustitutivas a la detención. En cuanto a las sentencias dictadas en ese período, el 39% fueron condenatorias y el 32 % fueron absolutorias.³³⁴

Eso indica el alto grado de aplicación que tiene la medida cautelar de la detención y que un buen porcentaje de esos detenidos continuarán estándolo por motivos de su condena, todos esos factores inciden en la sobrepoblación penitenciaria hasta llegar al hacinamiento.

Cuando nos referimos al hacinamiento, es porque ya se han pasado por las diferentes etapas hasta llegar a la fase de sobrepoblación crítica. En una primera fase del problema se puede considerar la *sobrepoblación penitenciaria*, que se produce porque hay más personas presas que la capacidad establecida para una prisión.

La *densidad penitenciaria*: Es la relación numérica entre la capacidad de una prisión o de un sistema penitenciario y el número de personas alojadas en él, que resulta de la fórmula: número de personas alojadas/número de cupos disponibles x 100; hay *sobrepoblación crítica o hacinamiento* cuando la situación en que la *densidad penitenciaria* es igual a 120 o más.³³⁵

³³³ CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (PACTO DE SAN JOSE, OEA 1969) Fecha de emisión: 14/09/1950. Publicada en el Diario Oficial No. 82 el día: 05/05/1995. El Art. 7.5 establece sobre la detención provisional: Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

³³⁴ Datos proporcionados por el Departamento de Disminución de Reos sin Sentencia de la Corte Suprema de Justicia. Primer trimestre de 2014.

³³⁵ CARRANZA, Elías. *Situación Penitenciaria en América Latina y el Caribe ¿Qué Hacer?* ILANUD. Anuario de Derechos Humanos, Costa Rica. 2012. P. 33.

La Dirección General de Centros Penales reportaba al día 28 de noviembre de 2016 la cantidad de 24,660 personas condenadas y 11,695 procesados, lo que hace un total de 36,355 internos,³³⁶ cantidades que son presentadas en los delitos condenados registrados dentro del Sistema de Información Penitenciaria (SIPE) lo que significa que no incluye las personas que se encuentran guardando detención provisional o incluso condenadas en las bartolinas policiales.

Las consecuencias de ese hacinamiento, es que se pueden producir motines y homicidios dentro de los recintos carcelarios al no cumplir con lo establecido en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos donde se establece que “las celdas o cuartos destinados al aislamiento nocturno no deberán ser ocupados más que por un solo recluso”.³³⁷

Esto es imposible en el sistema carcelario del país ya que se poseen alojamientos colectivos para un gran número de personas. Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, CIDH ha dicho que “el Estado es garante de los derechos de los detenidos, y debe ofrecer a éstos condiciones de vida compatibles con su dignidad”.³³⁸

En lo que se refiere a personas privadas de la libertad, el propio Art. 5.2 y 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece que serán tratadas con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano y forma parte del núcleo inderogable y duro de derechos humanos.

³³⁶ Dato proporcionado por el portal de Transparencia de la Dirección General de Centros Penales, consulta realizada el día 7 de diciembre de 2016. http://www.dgcp.gob.sv/images/stories/Estadistica%20Penitenciaria/2016/Noviembre/Estadistica_General_28-11-16.pdf. Son cantidades que cada día crecen, recordemos que antes no se hacían “redadas” de hasta cien personas o más que forman expedientes voluminosos cuyo trámite es complejo, así como las audiencias lo cual implica que el plazo de la detención se prolonga, recayendo en una saturación en exceso de privados de libertad en todo tipo de centro penal.

³³⁷ REGLAS MINIMAS PARA EL TRATAMIENTO DE LOS RECLUSOS. Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

³³⁸ Corte IDH. *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 106; que se refiere en lo principal a que el señor Alfredo López Álvarez fue declarado absuelto el 13 de enero de 2013 y permaneció detenido hasta el 26 de agosto de 2013. *Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay*, Sentencia de 2 de septiembre de 2004, Serie C No. 112, párr. 159. El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la muerte y lesiones de niños internos en el Instituto de Reeducción del Menor “Coronel Panchito López”, así como a las deficientes condiciones de dicho centro.

Es necesario asegurar una gestión humanitaria de los sistemas penitenciarios para lo cual es preciso que las políticas y la legislación nacionales respeten las diversas normas internacionales adoptadas para garantizar la protección de los derechos humanos de los reclusos y que el tratamiento dispensado a ellos esté dirigido a garantizar, con carácter prioritario, su reinserción social.³³⁹

ILANUD ha verificado que en América Latina y el Caribe, el crecimiento acelerado de las tasas de encierro se debe a estos dos factores: i) Porque hay más delito. Se considera las tasas penitenciarias como indicadores de criminalidad; y ii) Porque hay políticas que promueven un mayor uso de la justicia penal y la prisión.³⁴⁰

Esta respuesta recoge el resultado de investigaciones que verifican que no siempre existe correlación entre el aumento de las tasas penitenciarias y las tasas de criminalidad, habiéndose observado casos en los que aumenta la población penitenciaria paralelamente a tasas de criminalidad planas o inclusive descendentes.

Este análisis es oportuno porque el juez en su conocimiento del ámbito social en que se desenvuelve deberá orientar sus decisiones no hacia contribuir con el incremento de la población penitenciaria, sino a aplicar las figuras que ya están reguladas en la legislación.

Se debe tener conciencia que la prisión es realmente una pena física, ya que recae sobre el cuerpo de las personas, encerrándolas o haciéndolas trabajar con la finalidad de privar al individuo de una libertad que es considerada a la vez como un derecho y un bien³⁴¹.

Es innegable que el riesgo para los internos penitenciarios es alto por la violencia intracarcelaria persistente, por la falta de espacio y de personal penitenciario lo cual incide las altas tasas de homicidios que ocurren al interior de las prisiones. Ser condenado a prisión o ser sometido a

³³⁹ UNODC, *Medidas Privativas y no Privativas de la Libertad. El Sistema Penitenciario*. Nueva York, 2010. P. 2. El módulo abarca todas las cuestiones relacionadas con la administración del sistema penitenciario y el tratamiento de los reclusos. Se centra principalmente en los reclusos ya condenados y en la gestión de las instituciones penitenciarias que los albergan, en el marco de un sistema penitenciario formal.

³⁴⁰ CARRANZA, Elías. *Situación Penitenciaria en América Latina y el Caribe ¿Qué Hacer?* ILANUD. Costa Rica, 2013. P. 37.

³⁴¹ FOCAULT, Michael. Op. Cit. P. 12. Este autor es bastante humanista en cuanto a la concepción de las prisiones, y la afectación que provoca en las personas, por lo que critica todo trato inhumano que se produzca en las prisiones. El hecho de estar limitado en la libertad cumpliendo con una condena lo considera suficiente para no añadir o evitar las consecuencias negativas del encierro.

prisión preventiva en la actualidad en un sistema penitenciario en América Latina es, ser sometido a una pena de muerte aleatoria, algo así como ser condenado a prisión “con la accesoria de que quizá también lo maten³⁴²”.

Las penas alternativas a la prisión también se pueden aplicar cuando una persona que haya cumplido parte de su pena en prisión se le autorice para cumplir el resto bajo la modalidad de libertad condicional en la comunidad,³⁴³ por lo que siempre que sea posible se considerará la posibilidad de la aplicación en base al principio de mínima intervención.

En relación a las restricciones que se pueden establecer a la aplicación de la libertad condicional, se debe tener presente que el factor de reincidencia y habitualidad que estaba considerado en el numeral cuarto del Art. 85 C Pn. fue declarado inconstitucional por afectar el principio de culpabilidad en su manifestación de derecho penal de acto³⁴⁴.

Otro fundamento de la Sala de lo Constitucional es que contradice el principio *ne bis in ídem* sustantivo, ya que para restringir el beneficio se está trayendo nuevamente como justificación un hecho anterior que ya fue juzgado, así como obstaculiza la finalidad resocializadora de la pena de prisión establecida en el Art. 27 inc. 3º. Cn; cuando se obliga al cumplimiento íntegro del encarcelamiento sin tomar en cuenta la conducta penitenciaria del condenado.

La libertad condicional, así como las medidas alternas a la prisión, son esos medios que el sistema de justicia penal establece desde la fase anterior al juicio hasta la fase posterior a la sentencia, con el fin de evitar la aplicación innecesaria de la pena de prisión.

3.10 LA IMPOSICIÓN DE PENAS ACCESORIAS

³⁴² CARRANZA, Elías. Op. Cit. P. 44. En una investigación realizada en 1988 en Costa Rica, país cuyo sistema penitenciario era en ese entonces considerado comparativamente de muy baja violencia y ejemplar en la región, se determinó que, comparando las tasas de víctimas de homicidio por cada cien mil habitantes registradas dentro del sistema penitenciario con la totalidad del país para el período 1979-1988, en promedio, dentro del sistema penitenciario las muertes ocurrían en una proporción veintitrés veces mayor que a nivel de la sociedad en general (23:1).

³⁴³ El Art. 85 C. Pn. otorga esta facultad al Juez de Vigilancia Penitenciaria el otorgar la libertad condicional en los delitos sancionados con pena de prisión.

³⁴⁴ Sentencia de la Sala de lo Constitucional acumuladas 63-2010, 69-2010, 77-2010, 93-2010, 11-2010, 27-2011, del día veintinueve de abril de dos mil trece, publicada en el D.O. No. 92, Tomo 399, del 22 de mayo de 2013. Que declara inconstitucional de un modo general y obligatorio el número 4 del art. 85 Cn.

Al declarar la responsabilidad penal, no solamente se restringe la libertad ambulatoria, sino también otros derechos que todo ciudadano opta,³⁴⁵ como consecuencia las penas accesorias cuyo cumplimiento será simultáneo con el cumplimiento de la pena principal, Art. 46 inc. final CP.³⁴⁶ Siempre relacionado al precepto constitucional del Art. 75 inciso 2º. Cn. que establece que pierden los derechos de ciudadano, los condenados por delito. Esta disposición orienta más al momento en el cual pueden ser ejecutadas que debe ser de forma simultánea, no en tiempos diferentes.

La base constitucional se encuentra en el Art. 75 No. 2º. Cn. y su base legal el Art. 46 CP. Sin embargo se puede formular la interrogante si es mandatorio en todos los casos aplicar penas accesorias como la inhabilitación absoluta³⁴⁷ o, contrario sensu, si puede quedar a criterio el Juez la aplicación o no en conjunto de ambos tipos de penas.

Se ha mencionado el precepto por el que se entiende que la declaratoria de culpabilidad, lleva aparejada la pena principal y la accesoria,³⁴⁸ por lo tanto, al constar en la sentencia las penas accesorias, para hacerse efectivas, se deben librar los oficios respectivos al Tribunal Supremo Electoral y en caso de ser un empleado público, a la institución pública donde labora el imputado para hacer efectivo el cumplimiento de la pena de inhabilitación especial.

Lo anterior es entendible para el caso en el cual la persona queda privada de libertad por tiempo considerable que además de la pena de prisión también se le impongan penas accesorias; pero considerando los casos en los cuales se da una forma sustitutiva a la prisión, se podría hacer la supresión de las penas accesorias ya que la persona se mantiene en libertad ambulatoria y podría conservar su empleo en la institución en la cual se encontrare laborando.

³⁴⁵ El Art. 172 Cn. establece los derechos políticos del ciudadano: 1º. A ejercer el sufragio; 2º. Asociarse para constituir partidos políticos de acuerdo con la ley e ingresar a los ya constituidos; 3º. Optar a cargos públicos cumpliendo con los requisitos que determina la Constitución y las leyes secundarias.

³⁴⁶ Art. 46 CP establece los tipos de penas accesorias siendo la inhabilitación absoluta y especial, la expulsión del territorio nacional para los extranjeros, privación del derecho a conducir, la pena de terapia en los delitos relativos a la libertad sexual.

³⁴⁷ Art. 58 CP comprende cinco restricciones que conlleva este tipo de pena, como lo es la pérdida de los derechos de ciudadano, la pérdida del cargo público, y la incapacidad para obtener toda clase de cargos o empleos públicos.

³⁴⁸ Código Penal de El Salvador comentado, Tomo I. Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial, P. 282. Sobre la consideración del tipo penal, considera que el último párrafo del precepto contiene una regla de ejecución que comporta el discurrir paralelo de las penas principales y de las accesorias, lo que significa también que el devenir de las primeras será determinante de las segundas.

La omisión de aplicación de penas accesorias se puede fundamentar en el hecho de no afectar su situación económica en perjuicio familiar, aclarando que, si se trata de un delito que no está relacionado con el desempeño de su cargo, como podría ser un peculado, cohecho, y toda clase de delitos en el ejercicio de su cargo, se puede omitir en ese tipo de condena en pena accesoria.

3.11 ANÁLISIS DE LA POSIBILIDAD DE APLICACIÓN DE MEDIDAS ALTERNATIVAS A LA PENA DE PRISIÓN PARA PENAS MAYORES DE TRES AÑOS.

Partiendo de la definición básica de la figura de la suspensión de la ejecución de la pena, que es considerada como el beneficio en virtud del cual se concede al penado la posibilidad legal de no ingresar en prisión, estableciéndose a cambio un periodo de prueba sometido a una o varias condiciones, de suerte que si la prueba se supera, la pena se entiende definitivamente cumplida.³⁴⁹

Dichas condiciones impuestas están sujetas a control, por lo que de no verificarse, se procede a su cumplimiento según el régimen general, por lo que no puede considerarse que se trate de un incumplimiento de sentencia, sino que de la pena en un sistema carcelario.

La regulación del Código Penal es explícita al establecer que la aplicación de medidas alternativas a la pena de prisión será para penas de tres años o menos. Arts. 74 inc. 2º y 77 CP; por lo tanto, como está la ley actual no se podría aplicar estos beneficios a penas mayores de tres años.

Sin embargo, considerando todas las circunstancias existentes en torno a la crisis del sistema penitenciario, podría considerarse una reforma hasta para penas que excedan los tres años pero por las condiciones personales del autor por ejemplo que sea un condenado primario, que no sea integrante de pandillas, que no represente peligrosidad por el tipo de delito en que incurrió o por algún tipo de psicopatía, que no implica con su libertad riesgo para la sociedad, podría ser considerado candidato al beneficio del reemplazo de la pena.

³⁴⁹ BARQUÍN SANZ, Jesús. *Aplicación Práctica de la Suspensión y la Sustitución de las Penas Privativas de Libertad Una Aproximación Estadística*. Revista de Derecho Penal y Criminología, 3ª. Época, No. 10. Granada, España. 2013. P. 425.

Otro factor a considerar es el delito que cometió, el tipo de bien jurídico afectado que podría ser contra el patrimonio, contra bienes difusos como la salud pública, específicamente el delito de Posesión y Tenencia de Drogas, e incluso el delito de Contrabando de Mercaderías cuando es cancelada la multa que establece el art. 16 inc. 2º. de la Ley Especial para Sancionar Infracciones Aduaneras,³⁵⁰ la pena a imponer en ese caso podría ser de dos años de prisión; otro análisis que podría realizarse previamente es que no sea un delito continuado y no sea cometido con la concurrencia de agravantes que describe el Art. 30 CP.

También sería posible el ponderar un tipo de penas mixto como se aplica en la Ley Penal Juvenil³⁵¹, que se impone por ejemplo una pena de tres años de internamiento y dos de libertad asistida, según sea la sanción por el hecho cometido.

En el caso de adultos podría considerarse la combinación de los distintos tipos de penas por ejemplo un año de trabajo de utilidad pública y dos de suspensión condicional de la ejecución de la pena o viceversa, o también dos años de prisión y uno de suspensión condicional, que serían proporcionales al hecho cometido, se combinaría lo que es el control del imputado con el aporte que éste haga a la comunidad.

Actualmente como está regulado en el Código Penal, esa modalidad de imposición de penas no es posible, al menos no existe aún jurisprudencia al respecto, tampoco si se trata de combinar la suspensión con trabajo de utilidad pública, ya que se deben elegir de manera independiente para cada caso, según el tipo de hecho y la personalidad del imputado.

La aplicación de penas mixtas entre prisión y posterior trabajo de utilidad pública u otras medidas, sería excepcional ya que podría confundirse con una libertad condicional la cual no la concede el juez que sentencia sino el de Vigilancia Penitenciaria. Las penas mixtas serían

³⁵⁰ Ley Especial para Sancionar Infracciones Aduaneras, Decreto Legislativo No. 551, Fecha de emisión 20/09/2001, Fecha de Publicación en el D.O.: 29/10/2001, Número de Diario Oficial: 204, El Art. 16 inc. 2º. Establece: *No obstante, si alguno de los imputados en cualquier estado del proceso, aun antes de la vista pública respectiva, paga al fisco los derechos e impuestos evadidos más una multa equivalente al 300% del valor en aduanas de las mercancías, la pena impuesta será atenuada en una tercera parte de la pena mínima establecida para el delito de contrabando. El beneficio que establece este inciso no será aplicable en caso de reincidencia en la comisión de este delito.*

³⁵¹ LEY PENAL JUVENIL, Fecha de emisión: 27/04/1994, D. L. No. 863, publicado en el D.O. No. 106 de 08 de junio de 1994. Por tratarse de adolescentes, el régimen de penas es diferente, atendiendo la menor afectación en el desarrollo psicológico de los infractores, pero si es una forma que funciona y es menos agresiva contra los derechos de los adultos podría considerarse también su aplicación.

establecidas en la misma sentencia sin necesidad de informes posteriores del Consejo Criminológico³⁵².

Esto se deberá considerar con la finalidad de contribuir a la no saturación de los centros penales, al fin de resocialización del imputado, y cuando el imputado aporte más a la sociedad estando en libertad que en detención.

Un sustento normativo para éste tipo de sanciones son las Reglas de Tokio, que consisten en reglas mínimas sobre las medidas no privativas de la libertad que pretenden humanizar el derecho punitivo del estado, buscar hacer más efectiva la idea de readaptación social, menos uso de la pena privativa de libertad, sin que eso signifique dejar en impunidad la conducta ilícita. Esa es la propuesta, solo falta que realidad social, política social y cultural de los Estados apuesten por ella.

En el punto 8.2 de la regla de Tokio se indica que las autoridades pueden tomar las siguientes medidas: Sanciones verbales, tales como la amonestación, la reprensión y la advertencia, la libertad condicional, penas privativas de derechos o inhabilitaciones, sanciones económicas de diverso tipo, la incautación o confiscación, la restitución a la víctima, régimen de vigilancia, trabajo a favor de la comunidad, obligación de acudir a terapias o ciertos servicios, arresto domiciliario. Etc.

Para la aplicación de estas medidas, se necesita un plan integral que incluya el Estado y la Sociedad, alentando al sector privado y sociedad en general que apoye en la aplicación de medidas no privativas de libertad, para obtener de estas medidas mínimas una realidad en beneficio de todos.

³⁵² Ley No. 20.603 que modifica la Ley No. 18.216. Congreso Nacional Chileno, aprobada en Santiago, el 5 de junio de 2012. Es importante considerar que este tipo de penas mixtas también es aplicada en la legislación penitenciaria chilena en el que el catálogo de medidas está conformado por la suspensión condicional de la pena de amonestación, la libertad con requerimiento de tratamiento para el alcohol y droga; la libertad con monitoreo electrónico que procede cuando la pena privativa de libertad es inferior a tres meses, y durante los cuatro meses antes de la liberación automática y condicional.

CAPÍTULO IV

ATRIBUCIONES DE LAS INSTITUCIONES ENCARGADAS DE LA EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS SUSTITUTIVAS DE LA PENA DE PRISIÓN.

La etapa de ejecución de la pena es el culmen y la fase más extensa de todo el proceso en cuanto al control del mismo se refiere, dependiendo de la cuantía de la pena que se haya impuesto, proceso en el cual han intervenido un gran número de funcionarios y empleados de los tres órganos del Estado, Legislativo, Ejecutivo y Judicial, con la finalidad de determinar la culpabilidad o inocencia de la persona.

Lógicamente, si se llegó a fase ejecutiva, significa que se destruyó el principio de presunción de inocencia para lo cual debieron haberse cumplido todas las garantías del debido proceso que contempla también la interposición de los recursos que franquea la ley hasta la casación penal en algunos casos, que una vez resuelta y declarándose firme la sentencia, pasa al conocimiento de los juzgados de Vigilancia Penitenciaria.

La forma en la cual se vigilaba la ejecución de las sentencias en materia penal, previo a la creación de la Ley Penitenciaria era diferente, así en el Código Procesal Penal de 1973³⁵³ en el Art. 618, establecía que correspondía a los jueces que dictaban la sentencia en primera Instancia, la ejecución de las mismas así como para resolver todas las cuestiones e incidentes que se susciten en la ejecución.

Fue un gran logro en materia de reforma judicial, cambiar esa forma de control en la fase de ejecución, ya que era evidente que la incidencia jurisdiccional era en grado mínimo pues los juzgadores estaban dedicados a la tramitación de los procesos principalmente que se trataba de la aplicación de procedimiento escrito de tipo inquisitivo, con mínima influencia de la Fiscalía General de la República, por lo que la ejecución de la pena quedaba a las instituciones de carácter administrativo.

³⁵³ Código Procesal Penal. En el Título V Capítulo I, referente a la Ejecución Penal, era la única legislación aplicable a la fase de ejecución de las sentencias, siendo necesaria la creación de la Ley Penitenciaria como una competencia especializada aunque su denominación no lo refiera de esa forma, dedicarse al control de la ejecución de las penas y medidas de seguridad.

4.1 LEGALIDAD DE LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS

Por medio de esta garantía ejecutiva, que está regulada en el Art. 4 LP, se asegura la ejecución de las penas y medidas de seguridad con arreglo a las normas constitucionales y legales, de ahí que la aplicación de la Ley Penitenciaria regula el campo de restricción de libertades, que no está limitado a regular la ejecución de la pena, sino además el marco de convivencia donde se cumple, y todas las restricciones que implica para el buen funcionamiento de los centros penitenciarios o del control de las medidas que reemplazan la prisión.

El Art. 4 LP establece que no podrá ejecutarse pena alguna en forma distinta de la prescrita por la ley y su reglamento que establece el marco de la ejecución de la pena, en concordancia con la Constitución y la Sentencia. El principio de legalidad en la ejecución comprende y desarrolla también la facultad de hacer ejecutar lo juzgado establecido en el Art. 172 Cn. en el ámbito penitenciario³⁵⁴.

Esa función es desempeñada por los Juzgados de Vigilancia y Ejecución de la pena y que también comprende el principio de judicialización especializada en la ejecución de las penas y medidas de seguridad, por lo que se puede afirmar que no es suficiente la declaración de culpabilidad o de inocencia, tras un proceso, porque la satisfacción a la que tiende el proceso es cuando la pena se consuma y se concluye la labor del juez cuando se logra su finalidad, la mediante el cumplimiento de la pena.³⁵⁵

La legalidad de la ejecución está en estrecha relación con la legalidad del delito, entendida ésta como la garantía criminal atribuida al Estado en relación al derecho de castigar las conductas calificadas como delito (*nullun crimen sine lege*)³⁵⁶. En consecuencia, si por decreto legislativo se decide excluir un tipo penal por el que previamente había sido condenada una persona, en

³⁵⁴ Art. 4 LP. Aparece el sustento legal del principio de legalidad penitenciaria, en el que se incluyen las sentencias judiciales como parámetro para el cumplimiento de una pena.

³⁵⁵ NAVARRO VILLANUEVA, Carmen. Op cit. P. 108. La pena impuesta deberá ser ejecutada de acuerdo con las formalidades exigidas por la ley, es la llamada garantía o principio de legalidad de la ejecución. En otras palabras, de nada serviría someter a una persona a un proceso penal si, posteriormente, no pudiera hacerse efectiva la sanción que fue impuesta en el mismo.

³⁵⁶ Exposición de motivos de la Ley Penitenciaria, capítulo II, sobre los principios de Legalidad y Control Judicial establece que es la base de cualquier sistema penitenciario en un Estado Democrático de Derecho, así como de todo proceso de readaptación o resocialización que se pretenda impulsar con alguna oportunidad de éxito.

aplicación al principio de retroactividad, sería procedente poner en libertad al condenado aunque no se hubiere cumplido en su totalidad la pena impuesta.

La pena como sanción a la conducta descrita como delito, igualmente debe ser considerada como una garantía penal por medio de la cual se establece que el rango de pena impuesta debe estar enmarcado dentro del mínimo y el máximo establecido para cada tipo penal (nullum poena sine lege) o sea que no será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración.

Generalmente es la prisión como pena más severa de la cual se ha abusado por los países latinoamericanos lo que conlleva a acrecentar los fenómenos de prisionalización, estigmatización y etiquetamiento,³⁵⁷ con la consecuente afectación a los derechos Humanos al no cumplir con la finalidad para la que está dispuesta la pena de prisión.

Con la finalidad de evitar contribuir con la sobrepoblación carcelaria es que legislativamente hay que prever las necesarias y suficientes medidas sustitutivas, así como los casos generales de aplicación, de lo contrario, habrá limitaciones e imperará la prisión, tanto de manera preventiva que conforma un gran número de presos sin condena, como sanción definitiva.

El principio de legalidad también comprende las garantías penitenciarias o ejecutivas, mediante las cuales, se excluye la admisión de conductas arbitrarias en un ámbito especialmente sensible en el que se ponen en juego los derechos fundamentales de las personas, en ese momento privadas jurídicamente de libertad.³⁵⁸ Dicho principio se extiende al sistema penitenciario, exige el cumplimiento de la ley ya que la previa condena y aplicación posterior de la pena únicamente encuentra legitimidad y fundamento en el ordenamiento jurídico.

La jurisprudencia constitucional en relación a este principio ha considerado que rige a los tribunales jurisdiccionales, por lo que toda actuación de éstos ha de presentarse necesariamente

³⁵⁷ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. Panorama de las Alternativas a la Prisión en América Latina. Ediciones DEPALMA, Buenos Aires, 1992. P. 15. Afirma el autor que la violencia en las prisiones de la región, es una señal de alarma que nos indica la necesidad de cambio. Menciona que la crisis en el sistema penal la generala inflación legislativa, códigos más represivos que preventivos, la justicia es lenta, cara, desigual e inconsistente lo que refleja mayor crueldad en la prisión.

³⁵⁸ MATA MARTÍN, Ricardo M. op. cit. P. 122. La ejecución de las penas es una extensión del principio de legalidad hacia el sistema penitenciario, la previa condena y la aplicación posterior de la pena encuentra legitimidad y fundamento en el ordenamiento jurídico.

como ejercicio de un poder o competencia atribuidos previamente por la ley, la que los construye y delimita.³⁵⁹

4.2 NATURALEZA JURÍDICA DELAFASE DE EJECUCIÓN DE LAS PENAS.

El Art. 247 del Reglamento General de la Ley Penitenciaria³⁶⁰ establece que se entenderá por régimen, al conjunto de normas reguladoras de la convivencia y el orden dentro de los Centros Penitenciarios cualquiera que fuere su función. A nivel de tratados internacionales se pretende obtener un trato más humano tomando las corrientes de resocialización porque de lo contrario estaríamos regresando a la época de las penas infamantes como resultado del incumplimiento de las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos.

La naturaleza jurídica del Régimen Penitenciario, se determinan en parte por las funciones de carácter administrativas que son desarrolladas por la Dirección General de Centros Penales, y a los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria les corresponde ejercer la función jurisdiccional, por lo que es importante realizar una reseña de la evolución jurídica que ha presentado dicho sistema y representa un contrapeso entre la decisión judicial y su aplicación por parte de la administración penitenciaria, persiguiendo un efectivo control judicial de todos los derechos y garantías de las personas detenidas.³⁶¹

A partir de la Constitución Política de 1950³⁶² es que se hace alusión a la organización de los Centros Penitenciarios pero no se decretó una ley secundaria que desarrollara el mandato constitucional, fue hasta 1973 que se crea la Ley del Régimen de Centros Penales y de

³⁵⁹ Resolución de HC 130-2007 de fecha 10/08/2009. Significa que los tribunales jurisdiccionales deben someterse en todo momento a lo que la ley establezca. Este sometimiento implica que deben actuar de conformidad a todo el ordenamiento jurídico. En virtud de lo anterior, el principio en cuestión se ve vulnerado cuando la Administración o los tribunales realizan actos que no tienen fundamento legal o cuando no actúan conforme a lo que la ley de la materia establece.

³⁶⁰ Reglamento General de la Ley Penitenciaria, Decreto Ejecutivo No. 95 de fecha 14 de noviembre de 2000, publicado en el D.O. No. 215, Tomo No. 349, del 16 de noviembre de 2000.

³⁶¹ Exposición de motivos de la Ley Penitenciaria, capítulo II, sobre los principios de Legalidad y Control Judicial, expone que es vital dentro de la ejecución de la pena, en razón del total desvinculamiento que de hecho se da entre el condenado y el sistema judicial.

³⁶² El Art. 168 de la Constitución Política de 1950 establecía que el Estado organizará los centros penitenciarios, con objeto de corregir a los delincuentes, educarlos y formarles hábitos de trabajo, procurando su readaptación y la prevención de los delitos. Esa Constitución entró en vigencia el 14 de septiembre de 1950.

Readaptación,³⁶³ por medio de la cual se creó la Dirección General de Centros Penales (DGCP) que estaba adscrita al Ministerio de Justicia.

Ese ministerio fue disuelto por Decreto Legislativo,³⁶⁴ mediante el cual se dispuso que a partir del 1 de enero del año 2000, la DGCP pasaba a ser parte del Ministerio del Interior que fue fusionado con el Ministerio de Seguridad Pública y Justicia que posteriormente se denominó Ministerio de Gobernación al cual pertenece actualmente la DGCP.

Los juzgados de Vigilancia, responden al propósito de judicializar la ejecución, reforzando las garantías de la misma, considerando que la naturaleza jurídica de la fase de ejecución de la pena es jurisdiccional, aunque existen diversas teorías que consideran que es de carácter administrativo o mixto,³⁶⁵ ya que si se analiza en conjunto no es eminentemente de naturaleza jurídica o administrativa, por la heterogeneidad de funciones en relación a la ejecución de las penas.

Sobre la consideración de la naturaleza administrativa a los juzgados de vigilancia penitenciaria, FERRAJOLI, también lo plantea de esa forma basado en que sus decisiones no pueden alterar el título ejecutivo que es la sentencia condenatoria,³⁶⁶ pero si puede cambiar el régimen de cumplimiento de pena privativa de libertad para hacerlo en régimen de semi libertad o con libertad condicional siendo parte de las diversas decisiones que puede adoptar el juez de

³⁶³ Ley del Régimen de Centros Penales y de Readaptación, D.L. No. 427 de fecha 11 de septiembre de 1973, publicado en el D.O. No. 180, Tomo No. 240 del día 27 de septiembre de 1973. En ésta ley se determinaba la institución apropiada de darle efectividad al Art. 168 Cn., referente al deber del Estado de organizar los centros penitenciarios, función atribuida a la Dirección General de Centros Penales y de Readaptación como organismo dependiente del Ministerio de Justicia.

³⁶⁴ Decreto Legislativo No. 824, de fecha 19 de enero de 2000, publicado en el D.O. No. 39, T No. 346, del día 24 de febrero de 2000. La Dirección General de Centros Penales. pasó a formar parte oficialmente del Ministerio del Interior, no obstante presupuestariamente, dicha Dirección fue adscrita al Ministerio del Interior a partir del 01 de enero del año 2000, no obstante ese mismo año se fusionaron los Ministerios del interior y de Seguridad Pública y Justicia, creándose el Ministerio de Gobernación, por lo que actualmente la DGCP es una dependencia de dicho ministerio.

³⁶⁵ NAVARRO VILLANUEVA, Carmen. *Op cit.* P. 106. En la opinión de esta autora, difícilmente puede optarse por una postura estrictamente administrativista o jurisdiccionalista, por la imposibilidad de reducir a una misma naturaleza la diversidad de actos que engloba la ejecución penal.

³⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Editorial Trotta, S.A. Madrid, 1995. P. 725. Atribuye función administrativa al órgano judicial de la ejecución con otros argumentos, basados en la ausencia de las notas características del órgano penal y de sus garantías básicas. A criterio del autor, “*la autoridad que dispensa o niega un beneficio penitenciario, de cualquier modo que se le llame, no comprueba hechos en régimen de contradicción y publicidad, sino que valora y juzga directamente la interioridad de las personas; no decide sobre la comisión de un delito, sino sobre la ausencia de peligrosidad, de su buena conducta, de su arrepentimiento sobrevenido*”.

vigilancia penitenciaria, aun considerando esas facultades, Ferrajoli lo considera siempre como control administrativo.

En ese orden de ideas, para la determinación de la naturaleza jurídica de la fase de ejecución, según el autor MORENO CATENA, se debe considerar sobre la toma de decisiones, que en relación a los derechos del condenado se encuentran limitados en cuanto a la modificación de su situación, debido a que no se halla en pie de igualdad ni podrá contradecir al Estado, titular del derecho de castigar, salvo por medio de la revisión, por lo que su derecho se limita a exigir que la pena se cumpla del modo previsto en la ley así como a instar los incidentes que fueran procedentes.³⁶⁷

En ese orden de ideas, también para el Tribunal Supremo español, considera a los Juzgados de Vigilancia como una especie de puente entre los tribunales sentenciadores y las autoridades penitenciarias al afirmar que estos tribunales “*carecen de una auténtica función jurisdiccional siendo su misión más bien de carácter administrativo*”.³⁶⁸

En El Salvador se difiere de esa concepción, ya que cuando se certifica la sentencia firme, el juzgado o tribunal que dicta sentencia, se desliga del proceso y no está pendiente de recibir posteriores informes del Juzgado de Vigilancia sobre el cumplimiento de las penas, o sobre el otorgamiento de beneficios no tiene competencia en juez en materia penal, por lo se considera que la función jurisdiccional sí está claramente delimitada.

En el ejercicio de sus funciones, el Juez de Vigilancia, forma parte del órgano jurisdiccional por lo tanto como cualquier otro juez, debe actuar con independencia e imparcialidad con sometimiento pleno a la Constitución y a la ley con el fin que el tratamiento penitenciario cumpla su objetivo de hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando

³⁶⁷ MORENO CATENA, *Derecho Procesal Penal*, 6ª. Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2015. P. 879. La ejecución material de la pena trae consigo que el condenado forma parte de una relación de sujeción especial, en la que el Estado ocupa la posición preeminente, encarnado en la administración penitenciaria, la que está obligada a ejecutar la pena conforme a las leyes, por lo que el condenado se encuentra en una posición de inferioridad efectiva y si no se le reconocen las garantías de contradicción e igualdad mientras no se tenga por finalizado efectivamente el iuspeniendi.

³⁶⁸ NAVARRO VILLANUEVA, Carmen. Op. Cit. P. 169. En la resolución (RA: 7686) de 14 de octubre de 1989 y (RA: 6924) de 25 de mayo de 1996, establece dos atribuciones a) el hacer cumplir adecuadamente la pena impuesta en la sentencia por los correspondientes tribunales ordinarios y, b) vigilar tanto el comportamiento de los internos como la actuación de los funcionarios de prisiones en el trato adecuado de cada condenado, impidiendo cualquier exceso administrativo en el régimen carcelario.

la ley penal, procurando desarrollar en ellos una actitud de respeto a sí mismos y de responsabilidad respecto a su familia, al prójimo y a la sociedad en general.

Los fines del Régimen Penitenciario, podrían también ser aplicados a los penados que no son internos ya que han sido otorgado beneficios en la sentencia, a quienes siempre se les exige en el control mismo de ejecución, actitudes como la aplicación de las funciones de orden y disciplina como medios para alcanzar los fines indicados debiendo ser siempre proporcionadas al fin que persiguen.³⁶⁹

Podemos afirmar que se cuenta con la normativa necesaria tanto nacional como internacional que orienta como debe ser el trato a los reclusos en la fase del cumplimiento a las penas de prisión, pero no se puede negar que la realidad es que los Estados no realizan la inversión necesaria para el cumplimiento de estas reglas mínimas.

Para el caso de El Salvador tenemos un sistema penitenciario colapsado, que no responde a la finalidad que prescribe el Art. 27 Inciso 3º.Cn.el que dispone que “el Estado organizará los centros penitenciarios con objeto de corregir a los delincuentes, educarlos y formarles hábitos de trabajo, procurando su readaptación y la prevención de los delitos”.

Significa que el tratamiento penitenciario deberá estar orientado a la satisfacción de aspectos asociados al control del encierro-custodia, asistencia y atención a los internos, como al desarrollo de la acción educativa necesaria para la reinserción social de los sentenciados,³⁷⁰ lo que es el deber ser, lo ideal que pretende el fundamento constitucional aunque en la práctica no se obtengan los resultados requeridos.

³⁶⁹ JAULAR BARRIENTOS, Dionisio, *Ayudantes de Instituciones Penitenciarias*, Temario Vol. III. Editorial MAD, S.L primera Edición. Febrero de 2011. P.192. Esta propuesta, involucraría a la administración penitenciaria en el control y ejecución de las penas no privativas de libertad, lo que permitiría que los sancionados a esas medidas alternativas se involucren y se acerquen al sistema penitenciario pudiendo colaborar con el mismo, lo que daría un efecto de impacto, educativo y preventivo.

³⁷⁰ CARNEVALI R. Raúl y MALDONADO F. Francisco, op. Cit. P. 389. Es de considerar que en los recintos penales no existen las condiciones materiales que permitan a los internos desempeñar un trabajo de forma masiva por lo que el trabajo como parte de la pena de presidio ha caído en desuso. Sin embargo, es parte del proceso de reinserción social.

4.3 ATRIBUCIONES DE LOS JUZGADOS DE VIGILANCIA PENITENCIARIA EN LA EJECUCIÓN DE MEDIDAS SUSTITUTIVAS A LA PRISIÓN.

A partir de la creación de la Ley Penitenciaria, se les confirió a los Jueces de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena, la competencia para vigilar y garantizar el estricto cumplimiento de las normas que regulan la ejecución de las penas y medidas de seguridad, sus atribuciones están orientadas en hacer cumplir la pena impuesta, con arreglo a lo prescrito en las Leyes y Reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario se puedan producir.

En el año 1998 se reforma la Ley Orgánica Judicial³⁷¹ y se ordena la creación de diez juzgados de Vigilancia Penitenciaria y Ejecución de la Pena: dos en las tres principales ciudades del país: San Salvador, Santa Ana y en San Miguel, y un juzgado en cada una de las siguientes ciudades: Santa Tecla, Cojutepeque, San Vicente y Usulután según el decreto legislativo del año 1998³⁷².

A estos juzgados se les asignó el cargo de la judicialización del periodo de ejecución de las penas y medidas de seguridad y tiene también atribuido el control de las penas no privativas de libertad, las competencias de algunos juzgados de Vigilancia Penitenciaria ha debido extenderse según las necesidades que se han ido presentando.

Así tenemos que en el año 2003³⁷³ debido a la creación de los Centros Penitenciarios de Zacatecoluca y de Ciudad Barrios, se amplió y extendió la jurisdicción del JVPEP con residencia en San Vicente para ejercer competencia en el primer centro penal mencionado; por lo que al Juzgado Primero de Vigilancia Penitenciaria de San Miguel, se le confirió la competencia del Centro Penal de Ciudad Barrios.

³⁷¹ Ley Orgánica Judicial, Decreto No 261 de fecha 23 de marzo de 1998, publicado en el Diario Oficial N° 62, Tomo N°338 el 31 de marzo de 1998. Su creación obedece a la misma Ley Penitenciaria que confiere a los Jueces de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena, competencia para vigilar y garantizar el estricto cumplimiento de las normas contenidas y hacer efectiva su competencia.

³⁷² Decreto Legislativo No. 261 de fecha 23 de marzo de 1998, publicado en el Diario Oficial No. 62, Tomo 338 de fecha 31 de marzo de 1998. Fue por medio de este decreto que se crearon los juzgados de Vigilancia Penitenciaria y Ejecución de la Pena.

³⁷³ Decreto Legislativo No. 155 de fecha 02 de octubre del 2003, publicado en el Diario Oficial No. 204, Tomo 361 de fecha 03 de noviembre del 2003. Se amplió la competencia de dos juzgados de Vigilancia y Ejecución de la Pena, para que ejerzan competencia en los centros penales de Zacatecoluca y Ciudad Barrios ya que no estaban incluidos en ningún tribunal.

Mediante Decreto 685³⁷⁴, debido a la sobrecarga de trabajo de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria y Ejecución de la Pena, la Asamblea Legislativa consideró que era necesario adoptar medidas para incrementar la capacidad de respuesta de esos tribunales, y en base a que los datos estadísticos determinaron que la carga de trabajo de los juzgados de Tránsito estaban demostrando un menor volumen de casos tramitados ya que por su naturaleza de ser de tipo culposos algunos concluyen en la primera fase judicial, siendo recurso sub utilizado por lo que se podía obtener mejor beneficio del personal y jueces ya nombrados en la jurisdicción penitenciaria.

Por tal motivo se acordó la supresión de algunos juzgados de tránsito para convertirlos en nuevos Tribunales en materia de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena, pretendiéndose de esa manera una redistribución equitativa de los casos para una mejor distribución de la carga laboral. Es así como entran a funcionar los Juzgados 3° y 4° de VPEP de San Salvador, 2° de VPEP de La Libertad, uno más en Sonsonate y el 3° de VPEP de San Miguel los cuales en cierta medida han aliviado el exceso de la carga laboral de los que se encontraban previamente saturados.

Según se va reformando la Ley Orgánica Judicial, por la creación de nuevas competencias en materia penal, así se deben adecuar las etapas propias del proceso, de tal manera que con la creación de los Tribunales Especializados para una Vida Libre de Violencia y Discriminación para las Mujeres, tanto de Instrucción como de Sentencia, se les extendió la competencia para vigilar la ejecución de la pena en la competencia penal de la jurisdicción especializada.

Según el Art. 13 del Decreto de creación de dichos Juzgados Especializados,³⁷⁵ que entraron en vigencia a partir del uno de julio de dos mil diecisiete para la Zona Central del país y en el mes de enero para Santa Ana y San Miguel se les extiende la competencia a los JVPEP previamente

³⁷⁴ Decreto Legislativo No. 685, de fecha 22 de mayo de 2014, publicado en el D. O. No. 105, Tomo 403 de fecha 09 de junio de 2014. Se suprimieron los Juzgados de Tránsito de La Libertad, el de Sonsonate, el 2°. de Tránsito de San Miguel y se crearon nuevos Juzgados de Vigilancia Penitenciaria y Ejecución de la Pena.

³⁷⁵ Ley Especial Integral Para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres. Decreto Legislativo No. 286 de fecha 25 de febrero de 2016, publicado en el D. O. No. 60, Tomo 411 de fecha 04 de abril de 2016. Por medio de dicho decreto se creó la nueva jurisdicción especializada para una Vida Libre de Violencia y Discriminación para las Mujeres, siendo en el Art. 13 que otorga competencia a los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria para la vigilancia de la ejecución de las penas.

constituidos, significando con ello que dichos funcionarios deben también contar con los conocimientos especializados que requiere esa nueva jurisdicción.

En razón de esa nueva competencia, es de hacer notar que los derechos procesales de las víctimas en la normativa penal de la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres, extensivos en la fase de ejecución de la pena es más extensa que en un proceso común y también tendría que ser aplicada por los juzgados de ejecución de la Pena, como son el ser notificada en forma oportuna y veraz de las actuaciones que se vayan realizando y el permitir ser acompañadas en las diligencias por la persona que han designado.

El control jurisdiccional de la fase de ejecución comienza al recibir del juzgado que la dictó, la certificación de la sentencia ejecutoriada dentro del plazo máximo de cinco días posterior a su ejecutoria que señala el Art. 43 LP. A partir de dicha certificación se forma un expediente por cada interno en el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria y Ejecución de la Pena, debiéndose realizar la audiencia de cómputo de cumplimiento de la condena, en caso de ser pena de prisión, se fija la fecha de cumplimiento de media pena, de las dos terceras partes y de la totalidad de la condena.

El Juez de Vigilancia Penitenciaria al cumplir con la función de garantía jurisdiccional del control de la ejecución de la pena y medidas de seguridad, en cuanto a las decisiones que adopta, no necesariamente tiene la obligación de motivar cada una de sus resoluciones, pues la fundamentación de las decisiones judiciales está unida al margen de discrecionalidad otorgado al juzgador en los casos directamente previstos en la ley, entendiendo por discrecionalidad: “El uso motivado de las facultades de arbitrio”.³⁷⁶

No habría de confundirse con la arbitrariedad caracterizada por la no motivación del uso de las facultades discrecionales, si no hay márgenes de decisión la motivación puede ser mínima, por ejemplo cuando se le faculta para decidir entre un mínimo y un máximo de pena, la motivación debe recaer el por qué el juez decide una pena y no otra mayor o menor. Por qué se aplica la suspensión condicional y no el trabajo de utilidad pública o la multa.

³⁷⁶ SALAVERRÍA, Juan Igartua, *El Razonamiento en las Resoluciones Judiciales*. 1ª. Edic. Edit. Palestra Temis. Lima-Bogotá. P. 17. El ciudadano que se ha hecho acreedor de una sanción debe exigir una fundamentación teórica explícita, importa sostener que a partir del momento en que se ha acreditado que la conducta es “punible”, el responsable penal queda sujeto a la absoluta discrecionalidad de quien ha de decidir sobre su destino.

A contrario sensu, cuando situaciones en los que no tiene mucho margen de discrecionalidad, como en el cómputo de la pena, solamente es necesario el fundamento de derecho en el cual se le faculta a realizar ese tipo de audiencia,³⁷⁷ así como dejar constancia de las fechas de detención provisional y las fechas de cumplimiento total, de media pena y las tres cuartas partes.

Por lo que en el caso del Juez de Vigilancia Penitenciaria, no se trataría de una arbitrariedad la no motivación de ciertas resoluciones como un cómputo el cual forma parte de sus facultades.³⁷⁸

A diferencia de una resolución que deniega la libertad condicional, que se debe basar en aspectos personales del reo así como en informes recibidos que si es necesario que contengan el argumento que las sustenta ya que puede ser objeto de interposición de recursos.

No obstante que pareciera una situación sin mayor complicación, en la práctica pueden suscitarse incidentes en los cuales el juez de Vigilancia Penitenciaria presenta un desacuerdo en cuanto al control del periodo de prueba dispuesto por el juez que dictó la sentencia, por ejemplo cuando en un concurso real de delitos, se ha aplicado al mismo imputado tres años por un delito y un año por otro, aplicando la suspensión condicional para ambos delitos³⁷⁹.

En ese caso en mención, el Juez de Vigilancia consideró que en total se le han impuesto cuatro años al imputado, por lo que lo que procede es el cumplimiento en un centro penitenciario, en ese sentido consideró pertinente plantear el incidente de incompetencia ante la Corte Suprema de Justicia quien a su vez determinó que no era de su competencia determinar si era o no acertado por el juez haber optado por el beneficio de la suspensión condicional no obstante el quantum de la pena, ya que esa facultad sería competencia de los tribunales de segunda instancia ante el recurso que hubiera podido interponer la parte afectada.

³⁷⁷ El Art. 44 LP establece que al recibir la certificación de la sentencia, el Juez de Vigilancia Penitenciaria y Ejecución de la Pena ordenará su cumplimiento y practicará el cómputo del tiempo que ha estado privado de libertad el condenado.

³⁷⁸ SALAVERRÍA, Juan Igartua, op. Cit. P. 17. La motivación se hace necesaria en aquellas resoluciones que posiblemente sean objeto de interposición de recursos para que el tribunal de alzada analice los argumentos de las partes en relación a lo fundamentado por el juzgador.

³⁷⁹ Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Competencia 29-comp-2011, promovida por el Juzgado Segundo de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena de San Salvador, con el Juzgado de Paz de Villa Agua Caliente del Departamento de Chalatenango. En la sentencia se condenó por dos delitos, por Tenencia, Portación o Conducción Ilegal o Irresponsable de Arma de Fuego, tres años de prisión y por Disparo de arma de Fuego, dos años de prisión, por lo que el Juez de Vigilancia no estaba de acuerdo con la aplicación de cuatro años de control de condiciones impuestas por contradecir lo dispuesto en el Art. 77 del CP. La Corte resuelve que debe vigilar la ejecución de dicha sentencia.

En la resolución del mencionado conflicto de competencia, la Corte Suprema de Justicia, no realizó ningún pronunciamiento en cuanto si el juez sentenciador actuó conforme a derecho al conceder la suspensión a una sentencia que excede los tres años de prisión, y es posible dar un tratamiento individual por cada delito como fue argumentado en ese fallo, ya que el máximo tribunal de justicia no entró a ese análisis, por ser cuestiones de legalidad no sometidas a su conocimiento dentro del incidente de incompetencia planteado, y decidió la no abarcar competencia que hubiera tenido una Cámara de Segunda Instancia al conocer el recurso de apelación.

Generalmente cuando la sumatoria de las penas de dos o más delitos sobrepasa los tres años de prisión, no se resuelve de esa manera aplicando medidas sustitutivas, sino que tendría el inculcado que cumplir con normalidad la pena en prisión, debido a que siendo dos delitos por los que se acusa a una misma persona está contenido en la misma sentencia y ésta pena conforma una unidad.

Entre las facultades del Juez de Vigilancia Penitenciaria está la resolución de incidentes que se refieren a la suspensión de la ejecución de la pena, a la libertad condicional, la suspensión condicional del procedimiento, el incumplimiento de trabajo de utilidad pública³⁸⁰, por lo que deberá convocar a audiencia la que se regirá por las reglas de la vista pública adaptadas a la sencillez de la audiencia y las decisiones que se tomen podrán ser objeto de apelación.

En cuanto al cumplimiento de la acción civil, no existe claridad si debe ser previo a la aplicación de la Suspensión Condicional, como lo establece el artículo setenta y siete numeral dos del código Penal, o puede ser ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria, en esos casos, ya se han producido discrepancias entre el Juez de Vigilancia, y el juez en materia penal cuando no se ha hecho efectiva esa obligación, sobre a quién corresponde verificar si ya se han cumplido las obligaciones civiles, y establecer la forma de cancelación si no se ha realizado todavía.³⁸¹

³⁸⁰ Ley Penitenciaria en el Art. 46 regula la tramitación de los incidentes referentes a la suspensión de la ejecución de la pena, a la libertad condicional, a la conversión de la pena de multa por las que permite el Código Penal, a la rehabilitación, a la extinción de la pena, de las medidas de seguridad, a la suspensión condicional del procedimiento penal entre otros incidentes por los que tendrá que realizar una audiencia para tomar la resolución que corresponda conforme a derecho.

³⁸¹ El Juez Tercero de Vigilancia Penitenciaria, en conversación sostenida en relación a un caso tramitado en su tribunal, realizada el día 21 de junio de 2017 expresó que es de la opinión que la ejecución de la Responsabilidad Civil debía realizarse por medio de un juicio ejecutivo y antes de la aplicación de la Suspensión Condicional.

En tales casos, así como aparece redactada la disposición mencionada, pareciera que la concesión de tal beneficio tiene que ser previo a su aplicación, lo cual en la práctica resulta difícil ya que la forma de cumplimiento de la pena, se tiene que establecer en el fallo que se emite una vez finalizada la vista pública y ese mismo día conceder la libertad en caso que se encuentre en detención provisional, lógicamente no sería posible en la mayoría de casos, la cancelación inmediata de las obligaciones civiles, tampoco podría de forma inmediata garantizar satisfactoriamente su cumplimiento o demostrar su absoluta imposibilidad de pagar, por lo que deberá concederse un plazo para ello.³⁸²

En defecto de la procedencia de aplicación de la Suspensión Condicional por los casos expresados, siempre existe la posibilidad de aplicar el Art. 78 Cp que se refiere a la Suspensión condicional extraordinaria de la ejecución de la pena. Así también puede solicitarse posteriormente a la declaratoria de firmeza de la sentencia si en el momento de dictar la sentencia, no se cumplían los requisitos para el otorgamiento,³⁸³ para lo cual se requieren los siguientes requisitos:

a) que sea un delito cometido entre cónyuges, compañeros de vida o convivientes, padre, madre o hijo adoptivo y parientes que se encuentren en el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Sobre este primer requisito es importante considerar la ambivalencia que puede otorgar la ley a un hecho cuando es cometido dentro de ese grupo de personas.

En ciertos delitos, el elemento del parentesco representa una agravante del tipo y por lo tanto de la pena, para mencionar algunos casos, el Art. 129 No. 1 CP. Homicidio Agravado; Art. 145 CP., Lesiones Agravadas: Art. 162 No.1 CP., Violación y Agresión Sexual Agravada. Por ello, el Código Penal considera el parentesco como una circunstancia ambivalente dependiendo del

³⁸² Si se concede un plazo para la cancelación de la responsabilidad civil, en caso de incumplimiento dentro de dicho plazo, ¿se deberá hacer cumplir la pena de prisión? La ley no es clara al respecto, ya que en muchas alegaciones de defensores expresan que esos casos se convertirían en prisión por deudas, lo cual está proscrito constitucionalmente.

³⁸³ Así lo ha determinado la Cámara de lo Penal de la Primera Sección del Centro, en expediente 65-12-98 en sentencia dictada el quince de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, cuando se resolvió revocar la resolución que la Jueza Primero de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena, donde deniega el beneficio de la Suspensión Condicional, por considerarla que no es competente para pronunciarse sobre su otorgamiento o denegatoria. Aunque no es una resolución de pronunciamiento reciente, tiene validez en la actualidad ya que las disposiciones aplicadas no han tenido variación en su contenido.

delito que se trate.³⁸⁴ A diferencia de las agravantes ya mencionadas, el parentesco será considerado un aspecto favorable a tomar en cuenta por las condiciones establecidas en el Art. 84 CPn.

b) otro caso en el que se puede aplicar la suspensión extraordinaria es cuando el delito se haya cometido en el seno de grupos de convivencia, lo cual puede comprender una variedad de situaciones, como compañeros de estudio, de trabajo, de iglesia, etc.

Finalmente, para la aplicación de este tipo de suspensión, se exige en tercer lugar: c) que la suspensión extraordinaria resulte conveniente para la víctima o para la prevención de otros delitos,³⁸⁵ lo que indica que habrá que escucharla para considerar su opinión, la cual en casos de violencia de género no resulta conveniente por los casos de retractación o la reincidencia de los círculos de violencia que se producen.

El Código Penal es claro en cuanto a la facultad de otorgar los beneficios de suspensión condicional de ejecución de la pena no le corresponde a los juzgados de vigilancia penitenciaria, sino al que dicta sentencia, ya que es éste quien debe valorar los distintos elementos que se le presenten para requerir una medida distinta a la prisión, incluso no puede ser analizada en la Sala de lo Constitucional porque ello es una decisión que se encuentra atribuida a la jurisdicción ordinaria o sea el juez a cargo del proceso quien deberá disponer la medida sustitutiva idónea para garantizar el fin de la pena.

No obstante hay casos en los cuales los defensores plantean al juez de vigilancia que resuelva sobre la procedencia de la suspensión condicional cuando el juez de primera instancia no lo ha hecho, esas peticiones lógicamente serán declaradas no ha lugar, y ha habido casos que se hace uso de recursos por la disconformidad en la denegatoria, optando por el planteamiento de demanda de Amparo ante la Sala de lo Constitucional,³⁸⁶ en el cual se resolvió no entrar a

³⁸⁴ El Art. 31 del Código Penal establece que puede ser apreciada como circunstancia agravante o atenuante, según la naturaleza, los móviles y los efectos el delito, ser el agraviado cónyuge, ascendiente, descendiente o hermano del agente. Como ejemplo podría plantearse un delito de lesiones culposas cuando el sujeto activo es el padre y la víctima es el hijo, puede excluirse de responsabilidad o estimarse una atenuante por la afectación emocional del procesado.

³⁸⁵ La regulación está contenida en el Art. 78 CP la cual es procedente su aplicación por el JVP en los casos que no proceda la suspensión condicional de la ejecución de la pena, por impedirlo las circunstancias personales del procesado o su sometimiento a otro proceso.

³⁸⁶ Resolución de Improcedencia ante la SC. Ref. 404-2005 del 6 de octubre de 2005. Los mencionados abogados manifiestan, básicamente, que su poderdante reclama contra la resolución proveída por la Juez Primero de **Vigilancia Penitenciaria** y de Ejecución de la Pena de San Salvador, dado que se negó a otorgarle el beneficio de

conocer por tratarse de asuntos de mera legalidad en cuanto a las actuaciones judiciales, fundamentando que corresponde conocer a la Sala de lo Constitucional, únicamente sobre las afectaciones concretas a derechos fundamentales.

En ese caso, aunque se alegaba la vulneración al principio de igualdad jurídica al conceder el beneficio a un imputado y denegarle a otro, se declaró improponible la demanda y no entra a conocer el fondo del asunto planteado, por lo que podemos afirmar que existe jurisprudencia de la SC que confirma la competencia al juzgador que emite la sentencia condenatoria tomar en cuenta -entre otros parámetros- las condiciones especiales del autor a efectos de determinar la pena a imponer en su caso.³⁸⁷

Otra de las atribuciones de los juzgados de vigilancia penitenciaria está la de verificar el cumplimiento de las obligaciones que prevé el Art. 79 del CP cuando se resuelve la aplicación de condiciones a cumplir por los beneficiados, consistentes en: a) Comenzar y finalizar la escolaridad primaria, aprender una profesión u oficio o seguir cursos de capacitación. B) abstenerse de concurrir a determinados lugares y 3) abstenerse del consumo de cualquier droga y alguna otra que pueda ser apropiada en cada caso.

Este tipo de medidas que nuestro código establece, son similares a las de otros países, por ejemplo el Art. 83 CP español, también plantea este tipo de obligaciones durante el período de la suspensión,³⁸⁸ aunque en la legislación española se da un tratamiento diferenciado cuando se impongan por un delito cometido a consecuencia de drogodependencia por la tendencia de esos sujetos a incurrir en otros delitos si no se les facilita un tratamiento para su problema de adicción, por lo que se les otorga un trato diferenciado en esos casos, donde si puede concederse la

suspensión condicional de la ejecución de la pena, aparentemente, sin tomar en consideración que en otras ocasiones había resuelto en sentido contrario; razón por la cual considera vulnerado su "derecho a la igualdad judicial", ante lo cual se declaró improcedente dicha demanda.

³⁸⁷ Hábeas Corpus 190-2009, del 16 de junio de 2010. Afirma que la Sala se encuentra facultada para verificar que la limitación o privación al derecho de libertad por parte de una autoridad judicial haya sido motivada, es decir, que se observe en la decisión judicial el juicio de valoración que ha llevado a resolver de determinada manera; pero no establecer la suficiencia o insuficiencia de la motivación para condenar o no a un imputado [o bien, para decretar o ratificar su detención provisional.

³⁸⁸ Las condiciones que establece esta disposición del Código Penal de España son: 1ª. Prohibición de acudir a determinados lugares. 2º. Prohibición de ausentarse sin autorización del Juez o Tribunal donde resida. 3º. Comparecer personalmente ante el Juzgado o Tribunal, o servicio de la Administración que éstos señalen, para informar de sus actividades y justificarlas. 4º. Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares. 5º. Cumplir los demás deberes que el Juez o Tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.

suspensión a sujetos reincidente en cualquier delito que haya sido cometido como producto de sus adicciones³⁸⁹.

En la legislación de El Salvador no está regulado que se deba tratar de forma distinta los casos de hechos cometidos a causa de la dependencia de alcohol u otras drogas por considerarse una adicción que necesita tratamiento médico o terapéutico, siendo necesaria una adecuación normativa que consistiría en requerir que se certifique que el sujeto a quien se le aplicó las medidas se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento adecuado,³⁹⁰ que en tales casos no abandone el tratamiento hasta su finalización; además queda a potestad del juez prorrogar el plazo de suspensión hasta dos años cuando aún este pendiente concluir el tratamiento, aunque el condenado haya incumplido las condiciones impuestas.

Otra de las competencias relacionadas a la suspensión de la ejecución de penas, que el Código Penal le confiere al Juez de Vigilancia es la de la Suspensión extraordinaria de la Ejecución de la Pena, regulada en el Art. 84 CP, esta disposición establece: “El juez de Vigilancia correspondiente podrá suspender la ejecución total o parcial de las penas, en los casos...”.³⁹¹

En este tipo de suspensión, por su naturaleza no requiere la aplicación de condiciones para hacerla efectiva, ya que es aplicable excepcionalmente principalmente por motivos de salud o de embarazo y por un plazo que no exceda de un año y no afecta el cumplimiento total de la condena impuesta ya que al cumplirse el plazo de suspensión se debe culminar con la pena que había quedado en suspenso.

En el caso de la pena de trabajo de utilidad pública, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria también se auxilia del Departamento de Prueba y Libertad Asistida quien le deberá remitir los

³⁸⁹ MIR PUIG, Santiago. Op. Cit. P. 724. Se refiere a una regulación especial, la LO 1/1988, de 24 de marzo, que amplió las posibilidades de concesión de la condena condicional para drogodependientes reincidentes en cualquier delito; siempre que se certifique que el sujeto se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento adecuado; que en este caso no abandone su tratamiento hasta su finalización y que aun incumpliendo el sujeto las condiciones impuestas, el Juez o Tribunal puede conceder una prórroga del plazo de suspensión de hasta dos años.

³⁹⁰ El Código Penal en el Art. 81, regula lo que debe hacer el juez en caso de incumplimiento de reglas de conducta, siempre para evitar el cumplimiento en un reclusorio, pudiendo prorrogarse el plazo por el Juez de Vigilancia Penitenciaria.

³⁹¹ La Suspensión Extraordinaria de la Ejecución de la Pena es una facultad conferida a los Jueces de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de las Penas en los casos de pena de prisión inferior a tres años, con condiciones especiales sobrevinientes a la condena, como son por razón de grave enfermedad, o cuando se trate de mujer embarazada, por un plazo que no puede exceder de un año, o por un período de hasta seis meses cuando su inmediato cumplimiento implique un daño de magnitud extraordinaria para el condenado o su familia.

informes para determinar la eficacia del cumplimiento del trabajo asignado al sujeto beneficiado con esa medida.

El trabajo que desempeñan los juzgados de vigilancia, es esencial porque coadyuva el acatamiento de las decisiones judiciales que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva,³⁹² y en relación a ello, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, ha dado pasos importantes en el trazado de estándares sobre la obligación estatal de instaurar mecanismos que aseguren la efectiva ejecución de las sentencias que dicta el Poder Judicial de cada Estado, especialmente cuando quien la debe obedecer es el mismo Estado a través de sus tres órganos, la municipalidad, la administración central o descentralizada, no debiendo tener privilegios procesales y tratar de evadir su contenido.

El incumplimiento de las medidas conlleva a la vulneración de una efectiva tutela judicial, la que no resulta afectada al aplicar los Jueces cualquier forma de suspensión sea condicional o extraordinaria ya que aunque en libertad el inculpado, siempre está sujeto a controles en esa fase de ejecución.

Con esa finalidad de rehabilitación, la administración pública representada en éstos casos por los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, está facultada a ejercer cierto poder en función de las necesidades indispensables para el cumplimiento de los fines que son inherentes a la actividad calificada como de “supremacía especial” de la que está investida, por la misma regulación constitucional y que por medio del Reglamento General de la Ley Penitenciaria (RGLP) le faculta en la administración del derecho sancionador³⁹³.

4.4 ATRIBUCIONES DEL DEPARTAMENTO DE PRUEBA Y LIBERTAD ASISTIDA.

El Departamento de Prueba y Libertad Asistida, (DPLA) es un organismo auxiliar de la administración de justicia, específicamente de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria que se encargan del control de las reglas de conducta impuestas como condición en la suspensión

³⁹² Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Organización de Estados Americanos. *El Acceso A La Justicia Como Garantía De Los Derechos Económicos, Sociales Y Culturales. Estudio De Los Estándares Fijados Por El Sistema Interamericano De Derechos Humanos. Resumen Ejecutivo OEA/Ser.L/V/II.129*, documento 4 de 7 septiembre 2007. Considerando número 34.

³⁹³ El principio general que contiene el Art. 2 del Reglamento, contiene como principio rector de cumplimiento de penas y de la medida de seguridad, que es integrador, debiendo considerarse al interno un sujeto de derecho y que no se haya excluido de la sociedad.

condicional de la pena, y de las sanciones penales que no sean constitutivas de privación de libertad³⁹⁴.

Tienen su base jurídica en el Art. 33 numeral 3) LP. cuando establece: Son organismos judiciales de aplicación de esta Ley: 1) Las Cámaras de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena; 2) Los Jueces de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena y 3) El Departamento de Prueba y Libertad Asistida.

Originalmente corresponde al Juez de Vigilancia la atribución de vigilancia, seguimiento y control de la ejecución de la pena de trabajo en beneficio de la comunidad, por lo que el DPLA como ente auxiliar tiene a su cargo las tareas de control del cumplimiento de los penados de las normas de conducta en los casos en que, según el Código Penal y la Ley Penitenciaria procede su imposición y del cumplimiento de las penas no privativas de libertad,³⁹⁵ por lo que durante el cumplimiento de la condena el penado deberá seguir las instrucciones que reciba de la autoridad judicial competente que se encarga de la ejecución de la pena.

En el país se cuenta con nueve dependencias del DPLA cuya competencia es sobre las personas que se encuentren en el programa de libertad asistida y sean ejecutadas por los tribunales según la competencia territorial y regional asignada.

Este departamento como órgano colaborador, tiene a su cargo las tareas de control del cumplimiento de las reglas de conducta en los casos en que, según el Código Penal, procede su imposición, y del cumplimiento de las penas no privativas de libertad. Lo integran un cuerpo de Inspectores (abogados) y Asistentes de Prueba (Trabajadores Sociales y psicólogos).

Por lo que esta dependencia debe velar porque el trabajo no sea aflictivo como medida de corrección, que no atente contra la dignidad del interno, debe tener carácter formativo, creador o conservador de hábitos laborales, productivos o terapéuticos. El tipo de trabajo deberá organizarse y planificarse atendiendo a las aptitudes y cualificación profesional, posiblemente

³⁹⁴ Tomando la definición del Art. 39 LP, que lo considera como el Departamento encargado de velar que se cumplan las reglas de conducta impuesta en los casos de suspensión condicional de la ejecución de las penas, suspensión condicional del procedimiento penal, medidas de seguridad, libertad condicional, arresto domiciliario, arresto de fin de semana, y el cumplimiento de las penas que no impliquen privación de libertad.

³⁹⁵ MARTINEZ LAZARO, Javier. Op. Cit. P. 239. El DPLA, como es conocido por sus iniciales, está integrado por abogados que se desempeñan como Inspectores, así como trabajadores sociales que ejercen como Asistentes de Prueba, ambos designados por la Corte Suprema de Justicia.

no de manera que satisfaga las aspiraciones laborales de los penados, pero aprovechando los conocimientos y habilidades de cada sujeto.

4.5 PROGRAMAS DE ASISTENCIA ESPECIALIZADA.

Muchos delitos que se cometen en el país están relacionados al consumo y distribución de drogas en menor escala, principalmente Marihuana y Cocaína, en consecuencia, para cumplir la finalidad resocializadora, el Estado debería contar con programas de tratamiento y deshabituación, coordinado por la administración penitenciaria, para que los sujetos condenados que voluntariamente lo soliciten, tengan acceso.

Ese tipo de programas se da en España, regulados en el Art. 11 de la Ley Orgánica General Penitenciaria,³⁹⁶ donde también se cuenta con programas específicos para condenados por delitos contra la libertad sexual y relacionados a la violencia de género, siempre en atención a un diagnóstico previo.³⁹⁷

El seguimiento y aprovechamiento de dichos programas podrán ser valorados en las concesiones de permisos y de libertad condicional, incluso cuando se consideren de baja peligrosidad social y no ofrezcan riesgos de quebrantamiento de condena, podrán ser incorporados a la participación en este tipo de programas podría ser determinado en la sentencia como condición para la aplicación de la suspensión condicional, ya que solamente se le impone la prohibición de no ingerir licor o drogas pero no se facilitan programas en alguna institución de desintoxicación que también podría ser aplicable para los condenados por el delito de conducción peligrosos.

Este es uno de los programas que el DPLA puede formular a través de convenios con medios institucionales u Organismos No Gubernamentales estando dirigidos a prevenir los cuales pueden ser: a) Violencia Intrafamiliar, b) Educación Sexual, c) Educación contra las drogas, d) Habilidades para la vida, e) Programas de Desintoxicación y Deshabituación, f) Formación de técnicas, académicas y artesanales.

³⁹⁶ Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979, de 26 de septiembre, Art. 11. Los establecimientos especiales son aquellos en los que prevalece el carácter asistencial y serán de los siguientes tipos: a. Centros hospitalarios. b. Centros psiquiátricos. c. Centros de rehabilitación social, para la ejecución de medidas penales, de conformidad con la legislación vigente en esta materia.

³⁹⁷ En la Ley Penitenciaria española, regula que estos programas serán siempre voluntarios y no podrá suponer la marginación de los internos. El Art. 42 de la Ley Orgánica 1/2004 señala que se realizará programas específicos para internos condenados por delitos relacionados con la violencia de género.

Esos son programas que se establecen dentro del modelo de intervención sobre la población que presenta problemáticas específicas como drogadicción, analfabetismo, desempleo, violencia, salud mental, entre otras, son iniciativas que representan ideales de actuación gubernamental para la prevención de delitos.

4.6 AUTORIDAD COMPETENTE PARA LA APLICACIÓN DE MEDIDAS ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN

La suspensión de la ejecución de la pena de prisión como el reemplazo, constituyen instituciones que evitan el ingreso en prisión de condenados a penas de escasa gravedad considerando siempre la idea de la prevención especial. Para la aplicación de medidas reemplazantes de la pena de prisión, es competente el Juez que dicte la sentencia en materia penal, desde el Juez de Paz en el desarrollo del Procedimiento Sumario. Art. 56 lit. c) en relación al Art. 445 CPP.³⁹⁸

Cuando se hace referencia al procedimiento sumario, la aplicación de medidas es exclusivamente en los delitos de esa competencia por el Juez de Paz,³⁹⁹ así también puede resolverlas el Juez de Instrucción cuando aplica el Procedimiento Abreviado, ya que el Art. 417 CPP establece que las partes podrán proponer este procedimiento desde el inicio del mismo hasta la fase de incidentes en la vista pública, así como al pasar esas dos etapas de la audiencia inicial y la preliminar y llegar a conocimiento del Juez de Sentencia, igualmente es procedente la aplicación de las formas sustitutivas a la aplicación de las penas privativas de libertad.⁴⁰⁰

Se debe considerar que para una correcta individualización de las medidas sustitutivas, quien juzga deberá: a) poseer una especial preparación criminológica que le permita conocer las ventajas e inconvenientes de las medidas respecto de la pena de prisión; b) disponer antes del juicio de informes sobre la personalidad biopsicológica y social del delincuente. Este tipo de

³⁹⁸ Art. 56 CPP: Los Juzgados de Paz conocerán: C) Del Procedimiento Sumario. Art. 445CPP: Los jueces de paz tendrán competencia para conocer del procedimiento sumario por los delitos siguientes: 1) Conducción temeraria. 2) Hurto y hurto agravado. 3) Robo y robo agravado. 4) Tenencia, portación o conducción ilegal o irresponsable de armas de fuego. 5) Posesión o tenencia a que se refiere el inciso primero del artículo 34 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas.

³⁹⁹ Los delitos a tramitarse por los jueces de Paz en procedimiento sumario son: 1) Conducción temeraria, 2) Hurto y Hurto Agravado, 3) Robo y Robo Agravado, 4) Tenencia, Portación o Conducción Ilegal o irresponsable de armas de fuego. 5) Posesión o tenencia a que se refiere el inciso primero del artículo 34 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas.

⁴⁰⁰ VAELO ESQUERDO, Esperanza "Lección 4: Formas Sustitutivas De La Ejecución De Las Penas Privativas De Libertad», *Consecuencias Jurídicas Del Delito*", enero de 2006, P. 54.

informes, no está regulado ni se exige actualmente; c) los códigos penales deben tener una gama variada de medidas para escoger la más adecuada a las circunstancias personales del sujeto.⁴⁰¹

Una de esas formas y que no tiene regulación actualmente es la vigilancia electrónica a distancia, que también es un instrumento de control y alternativa a la pena privativa de libertad desde la perspectiva de un derecho penal mínimo, como excepción a la regla a los imputados violentos, los multi reincidentes, los que representan un serio riesgo a la sociedad (secuestradores, autores de robo agravado, miembros de pandillas, narcotraficantes, sicariato, entre otros.)⁴⁰² Esta medida se ha implementado a las primeras personas a partir del mes de diciembre de 2017.

Este tipo de control no es nuevo, ya que fue creado en los años 60, por el psicólogo americano Robert Schwitzgebel, de la Universidad de Harvard, y aplicada por primera vez en 1987,⁴⁰³ aunque también tiene argumentos contrarios por ser considerado como una molestia para quien aún tiene la presunción de inocencia, si es aplicado como sustituto de la detención provisional, así como se puede considerar que los individuos son expuestos a la humillación pública y aunque se sugiere su aplicación en la detención provisional también puede ser aplicada por lapso no muy extenso como medida sustitutiva de prisión.

La efectividad de ese tipo de control electrónico es muy buena, ya que ha sido puesta en práctica en diversos países como Estados Unidos, Canadá; Inglaterra, Francia, es usado en la libertad condicional y en la suspensión condicional de la pena, así como en infracciones de tránsito, crímenes contra la propiedad, posesión de droga, etc.; incluso en Florida una ley obliga la utilización con los violadores por el resto de sus vidas.⁴⁰⁴

⁴⁰¹ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. Op. Cit. P. 21. La preparación criminológica difícilmente es cubierta, especialmente para analizar la fase de ejecución ya que en los planes de estudios se incluye el derecho penal y el procesal penal, considerando que el reo es un “muerto civil” quien no tiene derechos, considerando que como no es fuente de ingresos, no interesa al Abogado y a la sociedad.

⁴⁰² BARROS LEAL, César. *La Vigilancia Electrónica a Distancia: Instrumento de Control y Alternativa a la Pena Privativa de Libertad*. Ediciones UNAULA, Instituto Colombiano de Derechos Humanos, Colombia, 2013. P. 54. Afirma que es uno de los retos del moderno Derecho Penal, que favorecen a un costo mucho menor, la reinserción social de los reclusos, se está aplicando por ejemplo en Japón y Alemania.

⁴⁰³ BARROS LEAL, op. Cit. P. 55. Se considera que es éticamente correcto, ya que se aplica por autoridad judicial, con la concordancia del ministerio público, de comprobada eficacia y confiabilidad con tradición de respeto a los derechos y garantías individuales.

⁴⁰⁴ BARROS LEAL, op. Cit. P. 444. Afirma que en Estados Unidos son más de 250, 000 personas monitoreadas y que en países como Suecia se utiliza desde 1994 para personas condenadas a pocos meses de prisión, no admitiéndose en el programa a quienes presenten riesgos de que puedan romper sus condiciones, cometer nuevos delitos o usar drogas o alcohol.

4.7 COMPETENCIA PARA LA REVOCACIÓN DE LAS MEDIDAS

Estando condicionada la suspensión de la ejecución de la pena a que el penado acate las reglas impuestas, lo que es verificable en el periodo de prueba establecido, pudiendo ser revocado como se establece en el Art. 81 CPP⁴⁰⁵. De la lectura de esa disposición procesal, podría generar confusión sobre a qué tribunal corresponde la revocatoria de la medida aplicada, si se trata del Juez de Vigilancia Penitenciaria o del que dicta la sentencia.

Cuando se refiere a Juez o tribunal, pareciera que se refiere al que emitió la sentencia, pero debemos recordar que el imputado está ya en la fase de ejecución de la pena y a la orden del Juez de Vigilancia, que la sentencia está en calidad de cosa juzgada, y que las decisiones en esta fase las debe tomar el JVP.

Basados en esa interpretación, la decisión correspondería al Juez de Vigilancia, al presentarse el caso de incumplimiento de las reglas de conducta, quien deberá optar por modificarlas o decretar otras medidas, y es por esa razón que en muchas sentencias se le confiere esa facultad, que pueda aplicar otro tipo de medidas.

Otra opción con la que cuenta es de ampliar el plazo de cumplimiento, dando otra oportunidad al imputado de concluir con las condiciones antiguas y las nuevas que se le puedan imponer; la base legal se encuentra en el art. 37 numeral 11 LP,⁴⁰⁶ las que están en relación al art. 81 LP. que regula la forma de proceder en caso de incumplimiento de las condiciones impuestas.

El juez de vigilancia penitenciaria puede encontrarse con una serie de dificultades o casos de incumplimiento de medida o de trabajo de utilidad pública porque previamente no ha existido un estudio que sugiera cuál medida es la más adecuada dependiendo de la persona a quien va dirigida y de ahí que se pueda generar los incumplimientos.

⁴⁰⁵ El Art. 81 CPP establece que el incumplimiento de las condiciones, la comisión de un nuevo delito o la sustracción del condenado a la vigilancia, permiten al juez o tribunal modificar dichas reglas o prorrogar el periodo de prueba, que en ningún caso podrá exceder de cinco años o hacer cumplir la pena impuesta.

⁴⁰⁶ La ley Penitenciaria, Art. 37 numeral 11) como atribuciones que otorga al Juez de Vigilancia está la de Controlar el cumplimiento de las condiciones o reglas de conducta impuestas para gozar de alguna de las formas sustitutivas de la ejecución de la pena de prisión, y revocar el respectivo periodo de prueba, de conformidad con lo establecido con el Código Penal.

En otro capítulo de éste trabajo, analizamos sobre los criterios a considerar por el juez, pero que quedan a discrecionalidad del juzgador la selección de esas medidas que deben ser las más adecuadas para lograr los fines de prevención especial que se desean obtener.

Esos son algunos de los casos en los que puede cambiar la pena originalmente dictada en una sentencia firme como también si la penalidad de una conducta típica cambia a favor del imputado, es procedente que se revise la sentencia con el objetivo de realizar la modificación de la pena, ya que en estos casos aplica el principio de retroactividad penal en favor del imputado que establece el Art. 14 CP⁴⁰⁷.

Por lo que cuando sea procedente realizar estas modificaciones, sería el mismo juez que dictó la sentencia a quien correspondería realizar una audiencia de revisión. En esos casos, de ser admisible la modificación de la pena, se repite el procedimiento como si fuera nueva sentencia, con la posibilidad de interposición de recursos por las partes agraviadas o que consideren que esa decisión no está apegada a derecho, aunque solo se trate de resolver lo procedente en cuanto a la modificación de la pena y una vez se declare firme, se debe certificar al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria para los efectos de ley consiguientes.

4.8 LIMITANTES LEGALES DE LOS JUZGADOS DE VIGILANCIA PENITENCIARIA EN LA TOMA DE DECISIONES SOBRE LAS MEDIDAS IMPUESTAS.

Al recibir una certificación de sentencia, para la verificación del cómputo de la pena, el Juez necesita haber recibido el informe de la fecha de detención del imputado ya que ese tiempo le cuenta si se trata de la pena de prisión que le ha sido impuesta y que tiene que cumplir.

En varias ocasiones las sentencias condenatorias no incluyen esa información sobre qué día empezó la detención provisional, si fue puesto en libertad en la fase intermedia procesal y por alguna razón nuevamente se ordenó su detención, datos que son necesarios hacerlos del conocimiento del Juez de Ejecución en el oficio, ya que el expediente no le es remitido, únicamente la certificación de la sentencia.

⁴⁰⁷ Art. 14 CP: 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.

Una facultad que no se le confiere a los JVP es la tipificación y posterior sanción de las faltas a las conductas sancionables establecidas en el Reglamento de la Ley Penitenciaria⁴⁰⁸ y no por ley (formal) ya que en esas situaciones las controla la junta disciplinaria, lo que significa que mientras la Ley Penitenciaria regula solo las sanciones, se deja en manos del RGLP los supuestos de hecho, a lo cual deberán ser sometido los privados de libertad que tiene como finalidad el mantener la seguridad y el orden propios del régimen carcelario, facultades reconocidas por vía jurisprudencial⁴⁰⁹.

4.9 PROPUESTA SOBRE APLICACIÓN DE PENAS COMBINADAS

Como está regulado en el Código Penal, para el caso de los adultos solamente se puede aplicar un tipo de pena al momento de dictar una sentencia, sea ésta de prisión u otra que la sustituya, los jueces no están facultados a decidir sobre dos tipos de penas principales, lo cual si es ampliamente aplicable en la Ley Penal Juvenil cuando establece que las medidas aplicables a los infractores de delitos o faltas, podrán ser determinadas de forma simultánea, sucesiva o alternativa.⁴¹⁰

Aunque en la Ley Penal Juvenil no se consideran “Penas” sino “medidas”, al final es el mismo ejercicio del poder punitivo del Estado y que resultaría efectivo de aplicarse también a los imputados adultos, pero no aparece regulado en el proceso penal ordinario, ya que las penas accesorias no pueden considerarse directamente como una pena ya que como su nombre lo establece son complementarias por las consecuencias del delito cometido.

Una de las propuestas de este trabajo es que por medio de reforma de ley se pueda facultar que los jueces al dictar sentencia condenatoria puedan aplicar una combinación de penas, dentro de la gama con la que se cuenta, sea de prisión con trabajo de utilidad pública o con cualquier

⁴⁰⁸ Las infracciones y sanciones están reguladas en los artículos 356 al 359 del RGLP, donde se clasifican las infracciones disciplinarias como leves, medias y graves.

⁴⁰⁹ Inconstitucionalidad: 164-2005/79-2006 Ac. De fecha: 9-3-2012; expresa: (...) *esta Sala ha considerado que cuando acaece el internamiento de una persona, surge entre el recluso y las autoridades penitenciarias una relación de sujeción especial, la cual ha de entablarse de manera que viabilice hasta donde sea compatible con dicha condición el disfrute de los derechos fundamentales del privado de libertad. En tales casos, se originan una serie de derechos y deberes recíprocos entre los reclusos y la administración penitenciaria; pudiendo mencionarse entre las obligaciones de ésta, la de retener y custodiar a los internos y mantener la seguridad y el orden propios del régimen carcelario.*

⁴¹⁰ LEY PENAL JUVENIL, Decreto No. 863, emitido el 27/04/1994, publicado en el D.O. Número 106 de fecha 08/06/1994. En su artículo 9 al determinar la finalidad y la forma de las medidas a aplicar establece: *El Juez podrá ordenar la aplicación de las medidas previstas en esta Ley en forma simultánea, sucesiva o alternativa.*

sanción alternativa, o combinar diferentes medidas alternativas de prisión, considerando que es factible y que está siendo aplicado en otras legislaciones como la de Argentina.⁴¹¹

Ese tipo de medidas pueden hacerse efectiva aun cuando se está ante delitos cuya pena exceda los tres años de prisión y a criterio del juzgador considere no solo imponer una determinada pena alternativa a la prisión, lo cual no disminuiría el peso punitivo, las que podrían ser la imposición de multa y trabajo de utilidad pública.

La multa es uno de los sustitutivos penales que menos aplicación tiene, y se puede considerar según la capacidad económica del inculpado y el ilícito cometido, mediante la aplicación de día-multa, debiéndose sustituir por trabajo de utilidad pública cuando no hay posibilidad que se haga efectiva, pero no por la prisión.⁴¹²

Sin embargo, mientras no sea regulado en el Código Penal será una limitante tanto para juzgados de sentencia como para los de vigilancia penitenciaria, el realizar una combinación de penas por lo cual no ha tenido aplicación hasta el momento y se puede con ello también obtener la finalidad del tratamiento penitenciario es hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la ley penal, debiendo procurar el desarrollo de actitudes de respeto entre los mismos internos, de responsabilidad hacia la sociedad en general.

4.10 LA IMPORTANCIA DE UN INFORME SOCIAL PREVIO A LA SENTENCIA

En ciertos países como Bélgica, Holanda, Dinamarca y Estados Unidos, existe la posibilidad de solicitar un informe social en el proceso penal, más conocido como *Presentence Report* (PSR)⁴¹³, el que tiene como finalidad proporcionar información al juez sobre los siguientes factores:

⁴¹¹ CARRANZA, Elías y HOUED, Mario. *Sistemas Penitenciarios y alternativas a la prisión en América Latina y el Caribe*, Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1992, P. 93. La combinación de prisión efectiva con una sanción alternativa a la prisión, puede ser una importante forma de mitigar el uso de las sanciones de reclusión, sin embargo, también puede tener el efecto opuesto de resultar en un mayor castigo en los casos que se extiende el tiempo para su cumplimiento.

⁴¹² CARRANZA, Elías y HOUED, Mario, op. Cit. P. 73. Se considera que el catálogo de penas es (o debe ser) lo suficientemente amplio para que el juez pueda elegir penas diversas de la pena de prisión, apartando la pena de muerte y las corporales como un negro recuerdo de un pasado que no debería volver, nos encontramos con posibilidades que pueden proponerse y cuyo funcionamiento se ha demostrado en otros países.

⁴¹³ LARRAURI Pijoan, Elena. *La Necesidad de un Informe Social para la decisión y Ejecución de las Penas Comunitarias*. Instituto andaluz interuniversitario de Criminología. Art. 7/2012, No. 139 P. 2. Con apoyo

- a) la situación personal y social de la persona acusada,
- b) su actitud frente al delito y
- c) el tipo de pena o medida que pueda ser más resocializadora.

Este informe se considera crucial para que el juez pueda imponer un castigo proporcional y adecuado, y así evitar una pena cuyo cumplimiento resulte imposible o inconveniente en las condiciones concretas de la persona. El problema es tomar a la ligera la asignación de medidas, a veces de manera precipitada sin mayores consideraciones, como se realiza en la actualidad, lo que puede redundar en el no cumplimiento del fin de la pena.

En España este informe es obligatorio en el ámbito de la justicia juvenil⁴¹⁴ (Art. 27 de la L.O. 5/2000) y se considera su importancia para asesorar al juez en la pena que debe imponer, para orientar en la supervisión que se realiza del menor y para suministrar información dinámica sobre la ejecución de las penas. Naturalmente hay diferencias entre el sistema penal juvenil y el de adultos, pero no son excluyentes para descartar un informe social para mayores de 18 años.

Asimismo en Puerto Rico, previo a la sentencia se valora el informe que rinde el oficial del Departamento de Probatoria, el cual se origina en una entrevista al procesado dentro del mes siguiente a la declaración de culpabilidad, debiendo ser honesto en la respuesta ya que mentir implica el cometimiento de un nuevo delito⁴¹⁵. Lo que se pretende con el informe es obtener un historial familiar, educación, empleo, salud física y mental, conducta delictiva, antecedentes penales y fianzas.

en entrevistas a jueces y técnicos del sistema de justicia penal, el estudio plantea que la práctica hoy extendida en España de consultar sólo la antigüedad del hecho y la existencia de antecedentes penales conlleva que se impongan penas alternativas a la prisión que pueden ser de difícil cumplimiento.

⁴¹⁴ Ley Orgánica de la Responsabilidad Penal de los Menores en España, 5/2000, publicada el 12 de enero de 2000, entró en vigencia el 12 de enero de 2001. En el Art. 27 requiere del estudio social para la aplicación de medidas, establece como principio general la duración máxima de 2 años para todas las medidas menos para los casos de la prestación de servicios a la comunidad y la permanencia de fin de semana, cuya duración máxima es en principio de 100 horas y de 8 fines de semana respectivamente. .

⁴¹⁵ Sentencias Federales, Las Pautas de Sentencia de los Estados Unidos (U.S. Sentencing Guidelines) En la fecha de la audiencia de la sentencia lo que pregunta el Juez es si todas las partes recibieron una copia del Informe Previo a la Sentencia y si han tenido oportunidad de revisarlo. Las partes deben presentar argumentos orales durante la audiencia. Se debe dar al acusado la oportunidad de hablar antes de imponer la sentencia aunque no es un requisito. Personalmente tuve la oportunidad de presenciar una audiencia de sentencia a un abogado por actos de corrupción y realmente son dramáticas, se trata de influir en el juez para obtener benevolencia, lo cual rara vez funciona.

A dicho informe tienen acceso todas las partes del proceso y será de utilidad en la audiencia de sentencia, la cual es abierta al público y el defensor así como la fiscalía hacen sus intervenciones y tras escuchar a todas las partes, el Juez anuncia la sentencia y en caso de ser de prisión, le puede permitir entregarse voluntariamente en fecha posterior, generalmente dentro de los siguientes treinta a sesenta días.

4.11 LA READAPTACIÓN COMO FIN DEL CONTROL PENITENCIARIO

La Ley Penitenciaria es de tendencia humanista en su ámbito de aplicación,⁴¹⁶ el cual según el Art. 1 es el de regular la ejecución de las penas y de las medidas de seguridad, así como la aplicación de la detención provisional en atención a los Derechos Humanos; estableciéndose en dicha ley los principios fundamentales de la ejecución de la pena.

En esa sintonía, el Art. 2 dispone que la finalidad de la ejecución de la pena, debe proporcionar a los condenados condiciones favorables a su desarrollo personal, que le permita una armónica integración a la vida social al momento de recobrar su libertad y en su Art. 3 dispone que la principal función de las instituciones penitenciarias es la de procurar la readaptación social de los condenados y la prevención de los delitos.

Jurisprudencialmente también lo ha establecido la Sala de lo Constitucional en sus sentencias, en las que otorga a las penas de prisión la relevancia en cuanto a la finalidad de prevención general relacionado en el quantum sancionatorio de las mismas.⁴¹⁷ Desde ese punto de vista, se envía un mensaje a la sociedad y a los juzgadores que la prisión debe ser aplicada si lo que se pretende es contribuir a la disminución de la criminalidad.

Además con el aumento de condenas se envía un mensaje a la sociedad que se están obteniendo resultados contra la criminalidad ya que de alguna forma se vincula a los jueces penales con uno

⁴¹⁶ Ley Penitenciaria, Decreto N° 1027, Fecha de emisión: 24/04/1997, publicada en el D.O. No. 85 de fecha: 13/05/1997. En el Art. 5 se establece que queda terminantemente prohibida la utilización de torturas y de actos o procedimientos vejatorios en la ejecución de las penas.

⁴¹⁷ En la sentencia de Inconstitucionalidad 52-2003, de fecha 1/IV/2004, se estableció la importancia de la norma penal con relación a la función preventivo-general, de la siguiente manera: “La definición delictiva y su conminación penal buscan incidir en la colectividad a fin de prohibir lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos”. La visión del tribunal constitucional, implica preeminencia a la función de prevención general por sobre la de prevención especial que es la que debería predominar.

de los fines del Estado que es la seguridad ciudadana,⁴¹⁸ lo cual ha resultado erróneo ante lo que refleja la realidad del incremento delictivo.

Con esa finalidad y motivación es que el legislador ha hecho uso de su amplia libertad de configuración de la cantidad de pena, cuando lo que debe prevalecer son los marcos de racionalidad, utilidad y especialmente de humanidad, inc. 32/2006.⁴¹⁹ Sin embargo, la aplicación de esos principios en las sanciones penales impuestas, es cuestionable que se considere que penas que sobrepasan los sesenta años de prisión puedan cumplir finalidades reeducadoras.

A pesar de esa realidad, la misma sentencia de Inconstitucionalidad 32-2006 ha considerado que las penas de “larga duración” o de “duración máxima no se oponen por sí mismos, en su mera formulación general y abstracta a la resocialización,”⁴²⁰ por lo que la resolución en ese caso fue de declarar la no inconstitucionalidad como había sido solicitado, lo que se traduce en la aplicación de la pena de prisión perpetua aunque no se denomine de esa forma, que la misma sentencia conceptualiza como una sanción penal por la que se condena a quien delinque a sufrir la privación de su libertad personal por el resto de su vida.⁴²¹

⁴¹⁸ BERMÚDEZ TAPIA, Manuel, «*La fragilidad de la política criminal y los derechos fundamentales en el sistema penitenciario peruano*», *The fragility of criminal policies and fundamental rights in the Peruvian penal system.*, n.º 1 (mayo de 2007): 31-37. La Política Criminal aglutina todas las ciencias penitenciarias, policiales y finalmente, al aparato jurisdiccional punitivo del Estado, así como a todas las políticas de intervención social de control. Este aglutinamiento organizado, permitirá al legislador optar por una mejor determinación de los máximos y mínimos de punición respecto a la imposición de una pena en caso de la comisión de un ilícito, así como también le permitirá definir mejor su rol de promotor de la legalidad penal y ordenador del sistema penal, para que finalmente el juzgador, cuando tenga que aplicar la ley, la pueda adecuar a una situación en particular y procurar la paz social.

⁴¹⁹ Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad Ref. 32-2006 de 25 de marzo de 2008. Se resuelve en esta sentencia, varias inaplicabilidades ejercidas por tribunales de sentencia, sobre la aplicación de penas de prisión que se consideran perpetuas. Se menciona la teoría dialéctica de la unión, propugnada por Claus Roxin, que diferencia los distintos momentos en los que actúa el Derecho Penal, otorgándole a cada uno un rol específico. Aparece en primer lugar la prevención general, seguidamente la función retributiva o de realización de la justicia en el momento de la imposición y medición de la sanción, y finalmente en la ejecución de la pena es la prevención especial la que reina.

⁴²⁰ Sala de lo Constitucional, Sentencia Ref. 32-2006 considerando IV, numeral 1º, lit. D. considera la Sala en dicha sentencia que es evidente que las finalidades de prevención general, pueden ameritar una reevaluación tanto del valor social del bien jurídico y de forma de ataque, y determinar con ello un incremento o disminución del marco penal. Por lo que el legislador tiene libertad de configuración para hacerlo, dentro de los marcos de racionalidad, utilidad y especialmente de humanidad.

⁴²¹ La Sentencia de Habeas Corpus 179-2013, retoma la Inc. 32-2006, para considerar la pena perpetua como una sanción vitalicia consistente en el extrañamiento definitivo del resto de la sociedad a consecuencia de la comisión de un delito. Se trata del encarcelamiento definitivo.

Si consideramos todos esos factores, en los casos de penas que exceden los treinta años de prisión, lo más probable es que no existirá ese periodo post penitenciario si se toma en cuenta el tiempo promedio de vida de cada ser humano⁴²². De acuerdo con la normativa en la materia, ese periodo post penitenciario, comprende un tratamiento progresivo, individual e integral del interno. Todo lo anterior con la finalidad humanista de la Constitución.

Entre los principios del Código Penal está el de necesidad de la pena, el que debe ser considerado ante el cometimiento de ciertos delitos considerados graves por ejemplo los que afectan la indemnidad sexual de adolescentes, se puede mencionar a manera de ejemplo el delito de violación en menor o incapaz, que según el Art. 159 está sancionado con pena de prisión de 14 a 20 años.⁴²³

El delito consiste en el acceso carnal en menor de quince años de edad, muchos de éstos casos se trata de imputados entre dieciocho y veinte años, aun en etapa de la adolescencia que deciden convivir en unión no matrimonial.⁴²⁴ En esos casos, el Código Penal no hace distinción o excepciones y muchos imputados han recibido y seguirán recibiendo condenas de catorce años en adelante, no obstante expresar la víctima y testigos las circunstancias particulares del hecho, que estén formando un hogar y que hayan procreado, ya que ese delito no requiere que preceda violencia al acceso carnal.

Lo anterior sin el ánimo de justificar ni alentar la afectación al bien jurídico de la indemnidad sexual, ya que no es concebible ese tipo de violencia en la mujer adolescente, sino que se debe analizar cada caso en particular.

⁴²² Según el Programa Nacional de las Naciones Unidas para el Desarrollo PNUD, la expectativa de vida al nacer de los salvadoreños es de 72 años. http://www.sv.undp.org/content/el_salvador/es/home/countryinfo.html. Pág. Consultada el día 7 de septiembre de 2017.

⁴²³ Existe propuesta de la diputada Maytee Iraheta de reformar esa delito incrementando la pena máxima de 25 años de prisión, así como otros de naturaleza sexual con el argumento que América Latina es una de las regiones con más índice de violencia que afecta a mujeres y a niños. <http://www.solonoticias.com/2017/07/18/diputada-arena-solicita-reformar-codigo-penal-incrementar-penas-violacion-menores/>. Página consultada el día 12 de agosto de 2017.

⁴²⁴ Caso 125/2017, TS. La Unión, la acusación plantea que el procesado de dieciséis años al momento de cometer el delito y la víctima de 14 años han decidido hacer vida en común en la que han procreado una hija de actualmente un año de edad. Estos casos es lamentable que sucedan ya que puede ser sancionado a la pena mínima de 14 años de prisión, o lo contrario al absolverse se puede interpretar como una invisibilización a la violencia de género de tipo sexual. Pero no podemos caer en la penalización de todos esos casos cuando cada uno tiene sus propias particularidades que lo hacer ser objeto de análisis para una absolución.

Aunque la finalidad de las penas esté orientada a la rehabilitación del imputado, en la actualidad está más orientada a la retribución, lograr la exclusión de la sociedad de sujetos considerados delincuentes, así también se persigue la función de disuasión, como un mensaje que se envía a la comunidad criminal, por lo que se debe armonizar la condena con la gravedad del delito cometido.

Por ello, y con la misma idea de operativizar esos fines en la ejecución de las penas de prisión, el Art. 124 de la Ley Penitenciaria específica que el tratamiento penitenciario está formado por “*todas aquellas actividades terapéutico-asistenciales encaminadas a la reinserción social de los condenados, incluyendo la atención post-penitenciaria*”. Es decir, simboliza la idea de que la ejecución de la pena, debe considerar instancias cuyo contenido concreto apunta a incorporar en el condenado principios, valores, hábitos, costumbres, habilidades, competencias, conocimientos, etc. con el objetivo de disminuir el riesgo de reiteración delictiva.⁴²⁵

Todos esos factores deberán ser considerados al momento de la determinación de la pena, aunque no exista uniformidad en cuanto al tipo de sanción a imponer en la justicia salvadoreña; a diferencia del sistema de condenas federal en los Estados Unidos, que instituyó el sistema de guías o directrices a ser utilizadas al imponer condenas con el propósito de proveer más transparencia y uniformidad a las condenas impuestas,⁴²⁶ lo cual ha evolucionado a través de los años en cuanto al peso que un juez federal les deba dar ya que la jurisprudencia le ha otorgado cierta flexibilidad de desviarse de las guías cuando así lo consideren apropiado.

Evidentemente ese tipo de cuantificación de las penas por medio de guías no se aplica en El Salvador, por lo que podemos tener un mismo hecho contra dos imputados del cual conocen dos jueces por separación de causas, en la que a uno de los procesados se le puede imponer la pena

⁴²⁵ CARNEVALI R. Raúl y MALDONADO F. Francisco, «El Tratamiento Penitenciario En Chile. Especial Atención a Problemas De Constitucionalidad», *Ius et Praxis* (07172877) 19, n.º 2 (Diciembre de 2013): 385-418. Desde el punto de vista de este autor, la pena debe cumplir la función de prevención especial, para evitar la reiteración delictiva, lo cual sería lo ideal, pero no siempre la pena está en sintonía con esa función, ya que no puede desligarse del fin retributivo de que está investida, ni tampoco prescindir de ella bajo el argumento que la pena de prisión está en crisis, ya que es un recurso del cual la sociedad y el Estado no están en condiciones de prescindir.

⁴²⁶ El funcionamiento de las guías de sentencias federales se aplica según cada tipo de delito al que se le asigna un nivel de base, los tipos más graves tienen niveles más altos. El nivel base puede ser variado según las características específicas de la ofensa, por ejemplo el fraude tiene nivel base 7 el que aumenta dependiendo la cantidad defraudada, si es de \$6,000, aumenta a nivel 9 y si es de \$50,000, aumenta 6 niveles haciendo un total de 13.

mínima y a otro la media entre mínimo y máximo o incluso la pena máxima, por lo que no existirá uniformidad. Lo que sí es aplicable que la imposición de la condena mínima es obligatoria exceptuando en la aplicación del procedimiento abreviado.

Sobre la finalidad de la resocialización, la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional,⁴²⁷ plantea que el régimen del establecimiento penitenciario, debe tratar de reducir las diferencias que existen entre la vida en prisión y la vida libre, así como la conveniencia de la adopción de los medios necesarios para asegurar al recluso un retorno progresivo a la vida en sociedad antes del término de la ejecución de una pena o medida lo cual resulta utópico pero todavía representa el ideal de lo que debería ser un centro de reclusión para cumplir con el respeto al principio de la dignidad humana.

Este principio, contenido en el Art. 27 inc. 3°. Cn ha sido desarrollado de forma hermenéutica por la Sala de lo Constitucional⁴²⁸ comprende la reeducación y la reinserción social del infractor orientada a evitar que la persona vuelva a delinquir para lo cual se puede hacer uso de factores como el trabajo, tratamiento psicológico y la ayuda post- penitenciaria.

La reinserción se define como la reincorporación de forma gradual a la sociedad de una persona que ha sido privada de libertad, por lo que en ese orden de ideas, la judicatura como la administración penitenciaria deben considerar como objetivos, poner al interno en condiciones de poder llevar en el futuro una vida en libertad con responsabilidad social.

La resocialización como principio, ha de orientar toda la política penal y penitenciaria dirigida a todo tipo de penas, no solo a las privativas de libertad sino también a las que sustituyen la prisión, debido a que éstas últimas también forman parte del tratamiento penitenciario; con ese fin la Sala de lo Constitucional en el año 2008 instaba al órgano Legislativo a ampliar el espectro de salidas alternas al proceso penal como conciliaciones y suspensiones condicionales del procedimiento, en casos de delitos poco graves, con penas de corta o mediana duración, y que

⁴²⁷ Sala de Constitucional, sentencia Ref. 15/96 del 14/II/97. Parte de la idea que los derechos fundamentales deben ser concebidos no sólo como derechos públicos subjetivos, sino también como verdaderos valores supremos que constituyen el componente estructural básico del orden constitucional que ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política.

⁴²⁸ Inconstitucionalidad 32- 2006/ 48-2006/ 52-2006/81-2006/91-2006/ del 25 de marzo de 2008, publicada en el Diario Oficial No. 61, Tomo 379, del 4-IV-2008.

además regulen claramente algunos casos en los que no debe imponerse la medida cautelar de detención provisional.⁴²⁹

Sin embargo, hasta el momento la Asamblea Legislativa no ha hecho eco con la inclusión de más delitos que permitan la aplicación de salidas alternas o de medidas sustitutivas a la pena lo cual resultaría de gran beneficio para lograr menor saturación de internos en cada centro de cumplimiento de penas.

La ley penitenciaria y penal sigue afirmando que pretende la resocialización, pero lo que indican las reformas penales y la evidente indolencia ante la gravísima situación penitenciaria y carcelaria que muestra nuestra política criminal es que se mantiene la influencia del derecho penal del enemigo y se persigue la venganza con la pena. Con lo anterior resulta que la ley penal y penitenciaria son contradictorias entre sí, ya que por una parte se señala la necesidad de resocialización y por otra promueve penas elevadas con la exclusión de beneficios.⁴³⁰

La aplicación de medidas sustitutivas a la prisión resulta más justificable cuando se trata de mujeres, cuyo número de envío a prisión, está creciendo al igual que los varones, sin considerar que muchas veces no plantean un riesgo para la sociedad y su encarcelamiento no ayuda su reinserción social.⁴³¹ En El Salvador, la mayoría se encuentra encarcelada por delitos relacionados a la Extorsión, en la modalidad de depósito a cuenta bancaria, la cual siempre es manejada por una mujer.

Si se analizan los hechos denunciados, sea por medio de llamadas o visitas extorsivas, ésta acción no es cometida por mujeres sino por hombres, lo que significa que muchas veces son

⁴²⁹ Sentencia HC 119-2014 Ac. Declaraba la existencia de un estado de cosas inconstitucional y ordenaba el cese de la condición de hacinamiento en que se encuentran los privados de libertad en las bartolinas policiales de Quezaltepeque, Soyapango y San Vicente, así como los demás recintos en los que se advierta dicha problemática.

⁴³⁰ POSADA SEGURA, Juan David. *Tratamiento Penitenciario: Dificultades y Posibilidades*. Ediciones UNAULA. Universidad Autónoma Latinoamericana. Colombia, 2013. P. 77. El Código Penal colombiano en el art. 4 regula las funciones de la pena, que son de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. Considera el autor que las actividades de tratamiento penitenciario pierden sentido cuando nos encontramos ante penas materialmente perpetuas, porque el privado de libertad no saldrá con vida de los establecimientos que el fueron asignados para el cumplimiento de la pena.

⁴³¹ RODRÍGUEZ, María Noel, *Delito y Tratamiento Penitenciario en el Contexto de los Derechos Humanos*. 1ª, edición. Ediciones UNAULA, Medellín, 2013. P. 209. El autor considera que manteniendo a las mujeres fuera de la cárcel, cuando no sea estrictamente necesario o justificado, se protege a sus hijos de los efectos adversos del encarcelamiento de sus madres.

utilizadas para proporcionar su número de cuenta donde recibir la cantidad extorsiva, pero al final la respuesta penal que reciben por esa acción es como autor directo.

En esos casos de recepción de dinero en cuenta bancaria, la Ley Especial contra el Delito de Extorsión, considera a las personas a nombre de quien está la cuenta en calidad de coautoras⁴³² correspondiéndole la pena del autor directo, siendo uno de los ejemplos por los cuales muchas mujeres están en la cárcel como resultado directo o indirecto de los múltiples niveles de discriminación y coacción de las que con frecuencia se originan por las relaciones conyugales, materna o filial que está en la base de la transgresión.

Ese tipo de políticas criminales contribuyen a la saturación de los centros penales por lo que es necesaria la aplicación de normativa internacional como las Reglas de Bangkok,⁴³³ las que se inspiran en los principios contenidos en los diversos tratados y declaraciones de las Naciones Unidas, y están dirigidas a las autoridades penitenciarias y del sistema de justicia penal en general para orientar en el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de libertad para las mujeres delincuentes.

El hecho que no se considere la desventajosa situación de la mujer y su especial vulnerabilidad, conducen a resultados desiguales que favorecen la discriminación y dificultan el acceso y el disfrute de los derechos humanos en forma equitativa. Por lo que la discriminación positiva en las decisiones judiciales o en las políticas públicas sensibles al género de las personas lo que

⁴³² La LECDE en el Art. 2 que se refiere al delito de Extorsión regula: *El que realizare acciones tendientes a obligar o inducir a otro, aun de forma implícita, a hacer, tolerar u omitir un acto o negocio de carácter patrimonial, profesional o económico, independientemente del monto, con el propósito de obtener provecho, utilidad, beneficio o ventaja para sí o para un tercero, será sancionado con prisión de diez a quince años.* Como está redactada la disposición, la recaudación del dinero debió incorporarse como parte de la acción del tipo penal ya que el inciso segundo está limitando la valoración de las diferentes formas de consumación establecidas en la parte general del Código Penal al plantear: *que la extorsión se considerará consumada con independencia de si el acto o negocio a que se refiere el inciso precedente se llevó a cabo y responderán como coautores, tanto el que realice la amenaza o exigencia, como aquellos que participen en la recolección de dinero personalmente, a través de sus cuentas o transferencias financieras o reciban bienes producto del delito.*

⁴³³ LAS REGLAS DE BANGKOK fueron aprobadas y proclamadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 65/229, en Nueva York, Estados Unidos de América el 21 de diciembre de 2010. Comprende setenta reglas cuyo objetivo son las mujeres pero también alcanzan a toda la población reclusa. Es un instrumento importante porque visibiliza y analiza la situación de los hijos e hijas de las personas encarceladas como a aquellas que gozan de libertad, de tal manera, que se ha de tomar en cuenta para su trato su condición, evitar la revictimización de que puede ser objeto, así como de aquellas que tienen personas a su cuidado, especialmente menores de edad.

busca es lograr la igualdad de oportunidades y la reducción de la brecha de desigualdad hacia las mujeres.

Ese tipo de leyes como la ya mencionada LECDE, tratan de hacer frente al fenómeno criminal únicamente de manera represiva, con más años de cárcel cayendo en el contexto de penalización desbordada, y la supresión de beneficios para cada vez más conductas,⁴³⁴ se penaliza todo, por más tiempo y no se abre la puerta a eventuales reducciones de la penalización

En el caso de España, el trabajo en el medio penitenciario tiene diferentes modalidades,⁴³⁵ las que podrían adaptarse al regulado en El Salvador, como son de formación profesional, dedicadas al estudio y formación académica, las ocupacionales que forman parte de un tratamiento, las prestaciones personales en servicios auxiliares comunes del establecimientos en caso que se encuentren en internamiento, las artesanales, intelectuales y artísticas.

4.12 VERIFICACION DE LA FINALIDAD DE LA PENA

Al declarar ejecutoriada la sentencia, el juez o tribunal, certifica al Juzgado de Vigilancia, desligándose por completo de los efectos consiguientes, salvo que el Juez de Vigilancia considere pertinente solicitar algún tipo de aclaración al juez sentenciador,⁴³⁶ ya que puede prestarse a confusión al inicio del control que se debe ejercer, por ejemplo en algunos casos en que se pone como condición el pago de la responsabilidad civil para la ejecución de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, con lo cual pareciera que se está limitando la libertad si no se hace efectiva esa responsabilidad.

⁴³⁴ POSADA SEGURA, Juan David. *Tratamiento Penitenciario: Dificultades y Posibilidades*. Ediciones UNAULA, Instituto Colombiano de Derechos Humanos. P. 171. Del mencionado incremento en los tipos penales, incremento en los topes mínimos y máximos de la privación de la libertad y la supresión de beneficios legales, judiciales y administrativos, no puede desprenderse otra cosa que un alarmante incremento de la población privada de la libertad de manera intramural.

⁴³⁵ JAULAR BARRIENTOS, Dionisio. *Op.cit.* P. 199. Se trata de un trabajo de tipo productivo cuyo fin es la elaboración de bienes y servicios, ya sea de forma manual o industrializada, llevados a cabo en el interior de los centros penitenciarios y que posteriormente serán suministrados al exterior para su comercialización o bien serán usados y consumidos en el propio centro donde se elaboran y contará con un valor económico determinado.

⁴³⁶ El Señor Juez Tercero de Vigilancia Penitenciaria de San Miguel, en caso de Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena, cuya única condición para el imputado era que éste cancelara la responsabilidad Civil proveniente del delito, que en ese caso era enviando solicitud al tribunal en el mes de febrero de 2017 para que expusiera que otras condiciones debía cumplir el imputado ya que la responsabilidad civil podría ejecutarse de diferente manera.

El juez que dicta la sentencia, no tiene forma de conocer si se cumplió o se evadió la verificación de medidas o condiciones impuestas para efectos de la suspensión condicional, así como tampoco conoce si la persona que se le reemplazó la pena por trabajo de utilidad pública, lo realizó sin ningún inconveniente o si ha incumplido, cuáles son las medidas a adoptar. Sería beneficioso que se envíe un informe al juez que dicta la sentencia para tomar en consideración en los siguientes casos.

Algunos de los problemas con los que con mayor frecuencia se encuentra el Juzgado de Vigilancia es la localización de los imputados una vez que reciben la sentencia, ya que la mayoría reside en zonas rurales y los citadores no encuentran sus residencias o no se encuentran en el domicilio que han proporcionado, por lo que solicitan ayuda al Tribunal de Sentencia para que les proporcione alguna otra dirección con la que se cuente, por lo que para evitar ese tipo de dificultades, que impide la ejecución de la sentencia, se debe interrogar con más especificidad en la vista pública sobre el lugar donde puede ser localizado en imputado ya que de lo contrario implicaría el tener que girar órdenes de detención.

Lo anterior porque se desconocen por los Tribunales de Sentencia las dificultades que se presentan al momento de ejecución de las penas no privativas de libertad, a diferencia de la pena de prisión en cual el condenado, a menos que se fugue del centro penitenciario, es conocido que debe cumplir al menos hasta que tenga derecho a beneficios como la libertad condicional, pero en los demás casos, se necesita de la cooperación del imputado para su total verificación.

En el caso de ciudadanos extranjeros no residentes legales de El Salvador, se ha resuelto en algunos casos, cierta forma única de condición en caso de suspensión condicional, y ésta es la expulsión del territorio nacional, como una pena que se aplica en defecto de la otra medida sustitutiva a la prisión, resultando que puede el juez que dicta la sentencia, ordenar la expulsión inmediata cuando se trata de un procedimiento abreviado.

Lo anteriormente planteado funciona en el tipo de casos en el cual existe acuerdo de partes sobre la pena a imponer que sea menor a tres años, y ésta es objeto de beneficios, siendo un tipo de reemplazo diferente al trabajo porque el imputado es extranjero y el control de las condiciones a cumplir con las condiciones de la suspensión serían de difícil aplicabilidad, ante esa situación es posible la expulsión inmediata del territorio.

Como se dijo, la expulsión del territorio es considerada en el Código Penal como una pena⁴³⁷ que podría ser principal como condición de la suspensión condicional, pero previamente en el Art. 46 numeral 3 la considera como pena accesoria, la que puede aplicarse de manera simultánea de la pena principal. Esa simultaneidad puede interpretarse como el cumplimiento inmediato de dictada la sentencia, entrando o no en acción una vez se dicta la correspondiente sentencia.

4.13 EL DERECHO A LA REHABILITACIÓN

Cumplida la pena corresponde al Juzgado de Vigilancia realizar una audiencia para efectos de declarar la extinción de la pena⁴³⁸ resolver sobre la Rehabilitación el cual es un derecho que todo penado tiene al momento de declarar la extinción de la responsabilidad penal. La rehabilitación consiste en la extinción de todos los efectos de la pena, que comprenden todas las consecuencias negativas que deriva por Ley de la imposición de una condena,⁴³⁹ distintos a la propia pena por considerarse accesorias a la pena principal.

Los requisitos que establece el Código Penal es la extinción de la responsabilidad penal,⁴⁴⁰ sin necesidad que transcurra un plazo posterior y los efectos que produce son la recuperación de los derechos de ciudadano, y la desaparición de toda otra inhabilitación, o restricción por motivos penales y la cancelación de los antecedentes penales.

La crítica que se podría realizar al Art. 109 Pn. es en lo relativo a que el estado de rehabilitación debe ser solicitado por el interesado, es decir la persona que cumplió la condena, lo que significa que si no conoce ese procedimiento o no sabe la forma como formular la petición no se estaría

⁴³⁷ Art. 60 del C. P. “La pena de expulsión del territorio nacional para los extranjeros, comprende la salida forzosa inmediata del territorio nacional luego de cumplida la pena principal y la prohibición de reingresar al mismo en un máximo de cinco años siguientes, a criterio del juez.

⁴³⁸ El Art. 37 numeral 8 LP confiere la facultad al Juzgado de Vigilancia de declarar la Extinción de la Pena, a partir de la cual se librarían los oficios respectivos a las instituciones correspondientes para que verifiquen la rehabilitación de derechos de los que había sido privado en la sentencia condenatoria como es el derecho al sufragio.

⁴³⁹ MARTINEZ LAZARO, Javier; RACIONERO CARMONA, Francisco. *La Ejecución de la Sentencia Penal*. Publicación de la Corte Suprema de Justicia. Proyecto de Asistencia Técnica a los Juzgados de Paz de la Cooperación Española. 1999. P. 124. Consideran que los efectos de la rehabilitación son la plena recuperación de los derechos del ciudadano, con la desaparición de cualquier otra prohibición, inhabilitación o restricción que pueda tener su origen en la condena.

⁴⁴⁰ Art. 109 CP. Por rehabilitación se extinguen de modo definitivo todos los efectos de la pena. Cuando se haya extinguido su responsabilidad penal, el condenado tiene derecho a solicitar la rehabilitación, siempre que haya satisfecho, en lo posible, las consecuencias civiles del delito.

reincorporando al goce de los derechos de ciudadano. Sin embargo, la Sala de lo Constitucional ya se ha pronunciado sobre ese aspecto en sentencia de Habeas Corpus.⁴⁴¹

En atención a lo anterior, sería procedente que la declaratoria de rehabilitación se haga de forma inmediata a la declaratoria de extinción de acción penal y sin necesidad que sea a petición de parte, así como oficiosamente se restringen los derechos de las personas, librando oficios para restringir la salida del país, al Tribunal Supremo Electoral, para la exclusión del padrón electoral, así deben ser restablecidos con posterioridad esos derechos que han estado limitados previo al cumplimiento de la pena.

⁴⁴¹ Sala de lo Constitucional, Sentencia de Habeas Corpus número 390-2014, Fecha de Resolución: 29/06/2015, Donde expresa que la autoridad demandada tenía la facultad legal para proceder a la revisión del cómputo practicado pues el artículo 44 inciso final de la Ley Penitenciaria, faculta a los Jueces de Vigilancia Penitenciara y de Ejecución de la Pena a realizar la rectificación del cómputo de la pena “en cualquier tiempo” a solicitud de parte e inclusive de oficio. Debe aclararse que cuando la ley hace referencia a “cualquier tiempo” debe entenderse que antes de que se declare fenecida la ejecución de la pena, es decir, antes de que se pronuncie extinguida la responsabilidad penal del condenado.

CONCLUSIONES

Habiendo culminado la investigación, cuyo tema es la aplicación de medidas sustitutivas a la pena de prisión, se procede a formular las conclusiones a las que se ha arribado, considerando necesario plantear dentro de las mismas, ciertas recomendaciones puntuales y relevantes con el objetivo de formular aportes ante los vacíos detectados en relación al tema.

1.- El principio de mínima intervención del Derecho Penal no se cumple debido a la progresiva criminalización de diversas conductas conforme al contexto y tendencia populistas, lo cual aumenta el catálogo de delitos así como se endurecen las penas privilegiando la prisión.

2.- En relación al derecho de audiencia en cuanto a la aplicación de medidas alternas a la detención, por lo general no se cumple ya que es una decisión que las partes dejan a discrecionalidad de quien juzga no entra ese aspecto como punto principal de debate, cuando dentro de las conclusiones se puede plantear lo conveniente para el caso en particular, por ejemplo la suspensión condicional podría ser aplicada en casos que se afecten derechos de familia, que precise cumplir con ciertas medidas para preveer futuras afectaciones a los mismos derechos infringidos, lo cual se puede controlar por el plazo mínimo de dos años.

3.- El principio de oralidad del Proceso Penal debe extenderse hasta el momento de aplicación de medidas alternas a la detención, ya que en la mayoría de los casos se deja a discrecionalidad de quien juzga por lo que en el desarrollo de una audiencia de vista pública, la oralidad no abarca hasta esa fase en la cual se deba tomar una decisión importante, por lo que aunque no esté contemplado en la ley se puede abrir un espacio para escuchar la opinión de las partes. Esa audiencia también debe hacerse extensiva a la víctima como parte interesada en el proceso, ya que esa decisión de suspender la ejecución de la pena puede ser interpretada por la víctima como un equivalente a impunidad, que a su caso se le resta importancia y que la afectación a sus derechos es inexistente.

4.- Existe diversidad de criterios judiciales en lo referente a decidir el quantum de pena, algunos juzgadores lo hacen en base al mínimo establecido para cada ilícito, considerando que la efectividad de la pena en cuanto a la rehabilitación y reinserción no se cumplen en el sistema penitenciario salvadoreño.

5.- De las medidas alternas a la prisión que permite el Código Penal, la que se aplica generalmente es el Trabajo de Utilidad Pública, en segundo lugar se aplica la suspensión condicional de la ejecución de la pena y de manera mínima la multa, con la finalidad que dichas penas, aunque es restrictiva de derechos, tiene claros efectos positivos no solamente para la persona en quien se aplica ya que no entra a prisión sino que además colabora con la sociedad, realizando una actividad eminente productiva como también a la institución que se beneficia de su labor.

6.- En la aplicación de medidas que sustituyen la pena de prisión, el Código Penal no es claro en cuanto a qué aspectos relacionados al hecho o a la personalidad de los infractores, deben ser considerados por los juzgadores para determinar qué tipo de medida aplicar, ya que el Código Penal solo plantea como base la pena de 3 años de prisión, no aporta elementos a tomar en cuenta para que los jueces decidan una medida u otra, y de esa forma privilegiar el fin resocializador para el que son impuestas las penas.

7.- No constando esos criterios por el Código Penal, es necesario también que los jueces analicen las condiciones personales de cada imputado, por ejemplo, edad, condición física, ya que a un adulto mayor con dificultades en su movilización o una persona discapacitada, no sería conveniente enviarla a realizar trabajo de utilidad pública, así como a alguien que adolezca de alguna enfermedad incapacitante, en tales casos lo prudente sería aplicar la figura de la suspensión condicional.

8.- La multa como sustitutiva a la pena de prisión debería ser de mayor aplicación ya que todo trámite procesal, investigación policial y fiscal implica gastos para el Estado, sería una forma expedita de resarcir en alguna medida la inversión estatal. Considerando los casos de imputados extranjeros que precisan salir del país o se les impone como pena accesoria la expulsión del territorio nacional. También sería de mayor beneficio cuando la pena de prisión impuesta sea de un año o menos, y en vista que el plazo de verificación de cumplimiento de las condiciones es mínimo de 2 años, excede en algunos casos el tiempo de la pena impuesta, además por el grado de reproche existente.

9.- No debería aplicarse excepciones a ciertos delitos para resolver la suspensión condicional, como son los contemplados en la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas

como se hace actualmente, en base a lo que considera la Sala de lo Constitucional, y a la Convención Única sobre Estupefacientes de la Organización de las Naciones Unidas, así como por el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de Viena, que estipulan que sólo los delitos graves, deberán ser sancionados especialmente con penas de prisión u otras penas.

10.- En cuanto a los delitos cometidos bajo influencia de drogas o bajo efectos de bebidas embriagantes, con frecuencia las medidas a aplicar cuando se ordena la suspensión condicional, es la de prohibirles que consuman cualquier tipo de sustancias alucinógenas e incluso consumo de alcohol, pero si no se remite a un centro de desintoxicación difícilmente podría cumplir con esa medida, por lo que se sugiere la implementación de centros a cargo del DPLA para que se someta a tratamientos coadyuvantes al fin perseguido.

11.-En los casos en que a un mismo imputado tenga condenas en diferentes procesos por distintos tribunales, pudiendo ser una condena a la pena de prisión y en el otro se le concede la suspensión condicional de la ejecución de la pena, en tal caso no es procedente autorizar el cumplimiento del período de prueba de forma simultánea con la pena de prisión cuando el imputado está dentro del sistema carcelario.

12.- En la etapa del juicio, se evidencian ciertas actitudes de la defensa de influir en el imputado para que confiese el hecho sin considerar si ha cometido o no el delito, en la aplicación de un procedimiento abreviado ya que uno de los requisitos de dicho procedimiento es la confesión ya que se le aplicaría una pena menor al mínimo y por lo tanto puede alcanzar la aplicación de medidas alternas a la prisión.

13.- Atendiendo el principio acusatorio, cuando en una vista pública la FGR pida el reemplazo de la pena de prisión, por trabajo de utilidad pública o la suspensión condicional de la ejecución de la pena, el Juez no deberá, aunque lo considere pertinente, dictar una pena más grave que la solicitada por el principio de congruencia entre lo acusado y lo resuelto y por la misma titularidad de la acción penal conferida a la Fiscalía. No obstante, si el Juez lo considera pertinente un cambio de calificación jurídica debe hacer las advertencias previas de ese cambio, para no afectar el derecho de defensa.

14.- Entre las facultades conferidas a los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, está la de otorgar beneficios relativos a las penas alternativas a la prisión, consistente en la Suspensión

extraordinaria de la Ejecución de la Pena, regulada en el Art. 84 CP, por lo que al DPLA como ente auxiliar de esos juzgados, le corresponde las tareas de control del cumplimiento de las normas de conducta en los casos que procede verificar el cumplimiento de las penas no privativas de libertad.

15.- Se propone la combinación de los distintos tipos de penas por ejemplo un año de trabajo de utilidad pública y dos de suspensión condicional de la ejecución de la pena o viceversa, o también dos años de prisión y uno de suspensión condicional, que serían proporcionales al hecho cometido, se combinaría lo que es el control del imputado con el aporte que éste haga a la comunidad. Este tipo de aplicación de penas mixtas entre prisión y posterior trabajo de utilidad pública u otras medidas, sería excepcional y no debe confundirse con una libertad condicional la cual no la concede el juez que sentencia sino el de Vigilancia Penitenciaria. Las penas mixtas serían establecidas en la misma sentencia sin necesidad de informes posteriores del Consejo Criminológico.

16.- El sustento normativo para la aplicación de medidas alternas son las Reglas de Tokio, que consisten en reglas mínimas sobre las medidas no privativas de la libertad que pretenden humanizar el derecho punitivo del estado, buscar hacer más efectiva la idea de readaptación social, menos uso de la pena privativa de libertad, sin que eso signifique dejar en impunidad la conducta ilícita. Esa es la propuesta, solo falta que realidad socio política y cultural de los Estados apuesten por ella, forma parte del control de convencionalidad que cada juzgador debe aplicar.

17.- Un aspecto importante a considerar en la sentencia es en cuanto al cumplimiento de la responsabilidad civil, ya que no existe claridad si debe ser previo a la aplicación de la Suspensión Condicional, como lo establece el Art. 77 No. 2 CP, o puede ser ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria, en esos casos, ya se han producido discrepancias entre el Juez de Vigilancia, y el juez en materia penal cuando no se ha hecho efectiva esa obligación, sobre a quién corresponde verificar si ya se han cumplido las obligaciones civiles, y establecer la forma de cancelación si no se ha realizado todavía.

18.- Una de esas formas de control penitenciario y que no tiene regulación actualmente es la vigilancia electrónica a distancia, que es necesario que se aplique por los jueces con mayor frecuencia exceptuando a los imputados violentos, los multi reincidentes, los que representan

un serio riesgo a la sociedad como a secuestradores, autores de robo agravado, miembros de pandillas, narcotraficantes, sicariato, entre otros.

19.- Es de suma importancia considerar la situación de desventaja y vulnerabilidad en que se encuentra la mujer en su calidad de sujeta activa de un hecho delictivo en el marco de las relaciones desiguales de poder, factores que se deben tener en cuenta al momento de decidir su culpabilidad y respectiva pena, para reducir la brecha existente ante condiciones desiguales ante el acceso y disfrute de los derechos humanos en forma equitativa; siendo necesaria la discriminación positiva en las decisiones judiciales o en las políticas públicas que sean consideradas con perspectiva de género en busca de lograr equidad en las oportunidades esencialmente en la aplicación de medidas alternativas a la prisión.

BIBLIOGRAFIA

ALISTE SANTOS, Tomás Javier, *La Motivación de las Resoluciones Judiciales 1a. Edic. Edit. Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2011.*

ALONSO, Patricia y otros: *Apuntes del tipo penal concierto para delinquir en la legislación colombiana: Revista Pensamiento Americano, Colombia, 2013.EBSCOhost.*

BACIGALUPO, Enrique, “*Relaciones entre la Dogmática Penal y la Criminología*” *Del libro Derecho Penal y Ciencias Sociales, 1ª. Edic. Universidad Autónoma de Barcelona. 1982.*

BARROS LEAL, César. *La Vigilancia Electrónica a Distancia: Instrumento de Control y Alternativa a la Pena Privativa de Libertad.* Ediciones UNAULA, Instituto Colombiano de Derechos Humanos, Colombia, 2013.

BARÓN DE MONTESQUIEU, *El Espíritu de las Leyes*, vertido al castellano por Siro García Del Mazo, Tomo I, Preciados, 48. Madrid 1906.

BECCARÍA César, *De los Delitos y las Penas*, nueva traducción, Imprenta de Albán, Madrid, 1822.

Biblia Dios Habla Hoy, Sociedades Bíblicas Unidas, México, 1989.

BINDER, Alberto y OBANDO, Jorge. *De las “Repúblicas Aéreas” al Estado de Derecho.* 1ª. Edición. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires. 2004.

BONORINO, Pablo Raúl: *La Justificación de las Sentencias Penales, Una Perspectiva Lógica y Conceptual.* Unidad de Producción Bibliográfica, Consejo Nacional de la Judicatura. El Salvador, 2003.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan: *Manual de Derecho Penal Español Parte General, 1ª. Edic.* Editorial Ariel S.A. España, 1984.

CARNEVALI R. Raúl y MALDONADO F. Francisco, «El Tratamiento Penitenciario En Chile. Especial Atención a Problemas De Constitucionalidad», *Ius et Praxis (07172877)* 19, n.º 2 (Diciembre de 2013).

CARRANZA, Elías. *Situación Penitenciaria en América Latina y el Caribe, ¿Qué hacer?* .Anuario de Derechos Humanos 2012. Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente. (ILANUD). Costa Rica. 2012.

CARRANZA, Elías. *Situación Penitenciaria en América Latina y el Caribe ¿Qué Hacer?* ILANUD. Anuario de Derechos Humanos, Costa Rica. 2012.

CARRANZA, Elías y HOUED, Mario. *Sistemas Penitenciarios y alternativas a la prisión en América Latina y el Caribe*, Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1992.

CARRARA, Francesco, *Programa del curso de Derecho Criminal. Parte General*, vol. II, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1944.

CARRIO, Alejandro D. *Garantías Constitucionales en el Proceso Penal*. 3ª. Edición. Editorial Hammulabi. Buenos Aires, Argentina. 1944.

CASADO PEREZ, José María: *La Prueba en el Proceso Penal Salvadoreño*, 1ª. Edic., Imprenta Offset Cuscatlán, El Salvador, 2000.

CEREZO MIR, José, *Problemas Fundamentales del Derecho Penal*, 1ª. Edic. Editorial Tecno, S.A. Madrid, España. 1982.

CHANO-REGAÑA, Lorena: "*La Jurisprudencia En Karl Larenz Bajo El Prisma De Un Jurista Actual*", Boletín Científico, Sapiens Research Group. Vol. 5, n.º 2 (julio de 2015).

CHIAPPINI, Julio O. *Problemas de Derecho Penal*, 1ª. Edic. Editores Rubinzal y Culzoni S.C.C. Argentina, 1983.

CHOCLÁN MONTALVO José Antonio: *El Delito Culposos*, Corte Suprema de Justicia, Proyecto de Asistencia Técnica a los Juzgados de Instrucción y Tribunales de Sentencia. Cooperación Española. 2001.

CHOCLAN MONTALVO, José Antonio: *Culpabilidad y Pena*, 1ª. Edic. Corte Suprema de Justicia, 1999.

COLMENARES URIBE, Carlos: *El Rol del Juez en el Estado Democrático y Social de Derecho y Justicia*. Grupo de Investigación Derecho Procesal, Universidad Libre de Colombia, Seccional Cúcuta.

COLMENERO, Miguel, "*La Garantía Del Derecho a Un Juez Imparcial*", *Persona y Derecho*, nº 55 (diciembre de 2006).

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Organización de Estados Americanos. *El Acceso A La Justicia Como Garantía De Los Derechos Económicos, Sociales Y Culturales. Estudio De Los Estándares Fijados Por El Sistema Interamericano De Derechos Humanos*. Resumen Ejecutivo OEA/Ser. L/V/II.129. Doc. 4 7 septiembre 2007.

COPPOLA, Patricia. *Proyecto de Seguimiento de los Procesos de Reforma Judicial en América Latina*. INECIP Córdoba, Argentina. 2001.

COTERRELL, Roger, *Introducción a la Sociología del Derecho*. 1ª. Edic., Editorial Ariel. S.A. Barcelona, España, 1991.

CUELLO CALÓN, Eugenio. *La Moderna Penología*. 1ª. Edic. Casa Editorial BOSCH. España, 1958.

DE CERVANTES, Miguel, *Don Quijote de la Mancha*. Editorial Vicens Vives, Barcelona, 2004.

DIAZ CASTILLO, Marco Tulio. *La Protección de las Víctimas*. Revista Justicia de Paz No. 13, Año V- Vol. III. Corte Suprema de Justicia. El Salvador. 2002.

DONNA, Edgardo Alberto. *La Peligrosidad en El Derecho Penal*. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina. 1978.

EGUIGUREN PRAELI, Francisco José. *¿Qué Hacer con el Sistema Judicial?* 1ª. Edición. Edit. Carlos Valenzuela, Agenda Perú. 1ª. Edición Lima, octubre de 1999.

EZUIAGA GANUZAS, F. J., *Iuranovit curia y aplicación judicial del Derecho*, Lex Nova, Valladolid, 2000.

FENECH, Miguel. *Derecho Procesal Penal*, 3ª. Edición. Edit. Labor. Barcelona y Madrid, 1960.

FERRAJOLI, Luigi: *Garantismo Penal*. Serie Estudios Jurídicos No. 34. 1ª. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México. 2006.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Editorial Trotta, S.A. Madrid, 1995.

FERRAJOLI, Luigi, “*Garantismo Penal*”, 1ª. Edic. Colección de Lecturas Jurídicas No. 34, México DF 2006.

FERRER BELTRÁN, Jordi, “*Está Probado qué P,*” Ensayos sobre Interpretación y Aplicación del Derecho. Ara Editores. Lima, Perú 2010.

FIX FIERRO, Héctor, y otros, *Culturas Jurídicas Latinas de Europa y América en Tiempos de Globalización*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica No. 139, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2003.

FOCAULT Michael. *Vigilar y Castigar, Nacimiento de la Prisión*. 1ª. Reimpresión. Siglo Veintiuno Editores, Argentina. 2003.

FONTANET MALDONADO, Julio E. *Principios y Técnicas de la Práctica Forense*. 3ª. Edición, Jurídica Editores, San Juan Puerto Rico. 2010.

GALLEGO GIRALDO, Elkin Eduardo y otro. *Delito y Tratamiento Penitenciario en el Contexto de los Derechos Humanos*. Ediciones UNAULA, 1ª. Edic. Colombia, 2013.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Derecho Penal*, 1ª. Edic. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1983.

GASO, María Elisa y otros: *El Proceso Civil en el Siglo XXI. Tutela y Garantías, Ponencia: “El Principio Dispositivo y el Rol del Juez”*.

GATTINONI DE MUJÍA, María, *La Responsabilidad y sus Dimensiones*. Tomo II, Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma. Buenos Aires, 1994.

GÓMEZ MARAVER, Mario. *Consideraciones Político-Criminales Sobre El Tratamiento Penal De Los Delincuentes Imputables Peligrosos*, Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, nº 31 (enero de 2015).

GONZALEZ, Reinaldo, *Prueba indiciaria, Fundamentos para una Formulación Teórica en Materia Criminal*. 1ª. edic., Aequus Editorial, San Salvador, El Salvador, 2015.

HASSEMER WINFRIED, *Derecho Penal y Ciencias Sociales*, 1ª. Edic. Universidad Autónoma de Barcelona. 1982.

HERNÁNDEZ ÁLVARES, Lácides. *Delito y Tratamiento Penitenciario en el Contexto de los Derechos Humanos*. 1ª. Edic. Ediciones UNAULA. Colombia 2013.

JAULAR BARRIENTOS, Dionisio. *Ayudantes de Instituciones Penitenciarias*. 1ª. edic. Vol. II. Editorial MAD, S.L. España. 2011.

JAULAR BARRIENTOS, Dionisio, *Ayudantes de Instituciones Penitenciarias*, Temario Vol III. Editorial MAD, S.L primera Edición. Febrero de 2011.

KENT, Jorge. *Sustitutivos de la Prisión, Penas sin Libertad y Penas en Libertad*. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1987.

KENNEDY Anthony, *La Ética Judicial y el Imperio del Derecho*. Revista Americana de Panamá, Agosto de 2004.

LARRAUR PIJOAN, Elena. *La Necesidad de un Informe Social para la decisión y Ejecución de las Penas Comunitarias*. Boletín Criminológico No. 139, Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología. Art. 7/2012.

LARRAURI PIJOAN, Elena. *Fundamentos de Política Criminal. Ciencias Penales*. Publicación del Consejo Nacional de la Judicatura. El Salvador. 2001.

LELLO, Iván Gustavo: *Justicia Penal y Medios de Comunicación*, Revista Latina de Comunicación Social, Vol. 4, No. 41, Laboratorio de Tecnologías de la Información y Nuevos Análisis de Comunicación Social, España. Mayo, 2001.

LEYVA ESTUPIÑÁN, Manuel Alberto y LUGO ARTEAGA, Larisbel: *El Bien Jurídico Y Las Funciones Del Derecho Penal*, Revista Derecho Penal y Criminología, volumen xxxvi, n° 100. Colombia. (Enero de 2015).

LÓPEZ YAGÜES, Verónica. *El Derecho de Defensa del Imputado, Derecho a la Asistencia y Defensa Letrada. Su Ejercicio en Situaciones de Privación de Libertad*, Fuente Académica Premie, Alicante, España, enero de 2002.

MARAVÉR GÓMEZ, Mario, *Consideraciones Político-Criminales Sobre El Tratamiento Penal De Los Delincuentes Imputables Peligrosos*. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid. Tomo 31, enero 2015.

MARTINEZ LAZARO, Javier; RACIONERO CARMONA, Francisco. *La Ejecución de la Sentencia Penal*. Publicación de la Corte Suprema de Justicia. Proyecto de Asistencia Técnica a los Juzgados de Paz de la Cooperación Española. 1999.

MARTÍNEZ OSORIO, Martín Alexander, *La Reincidencia y la Habitualidad en la Legislación Salvadoreña* Publicado en la Revista De Legibus, N° 2, Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”, San Salvador, 2008.

MARTINEZ OSORIO, Martín Alexander, *Jurisprudencia Penitenciaria Comentada*, 1ª. Edic. Consejo Nacional de la Judicatura, Unidad Técnica Ejecutiva del sector de Justicia, El Salvador, 2012.

MATA MARTÍN, Ricardo M., *El Principio De Legalidad En El Ámbito Penitenciario*, Revista de Derecho Vol 10, n.º 93. Colombia, (julio de 2011).

MAÑALICH R. Juan Pablo, *La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno*. Revista Ius Et Praxis, Año 20, No. 2, Chile. 2014.

MAQUEDA ABREU, María Luisa. *Suspensión Condicional de la Pena y Probation*. 1ª. Edic. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, España. 1985.

MEINI, Iván: *La Pena: Función y Presupuestos*, Revista de la Facultad de Derecho. No. 71, Perú, 2013.

MELÉNDEZ, Florentín. *Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos Aplicables a la Administración de Justicia*. 6ª. Edición, Publicación Especial, Corte Suprema de Justicia. El Salvador, 2008.

MENDAÑA, Ricardo J y SALGADO, Alicia Arias. *El Ministerio Público y la Atención Primaria de la Conflictividad Penal*. Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana. Ecuador, 2008.

MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, Santiago, 5ª. Edic., Barcelona, España, Ed. Tecfoto, S.L., 1998.

MIR PUIG, Santiago, “*Sobre la Posibilidad y Límites de una Ciencia Social del derecho Penal*.” *Derecho Penal y Ciencias Sociales*, 1ª. Edic. Universidad Autónoma de Barcelona. 1982.

MOLINA LÓPEZ, Ricardo, *El Debido Proceso Penal en Colombia y España*, Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Vol. 40, n° 112 Medellín, Colombia. (Enero de 2010).

MORENO CARRASCO, Francisco, *Código Penal de El Salvador Comentado*, 1ª. Edic. Corte Suprema de Justicia, Proyecto de Asistencia Técnica a los Juzgados de Paz, 1999.

MORENO CATENA, *Derecho Procesal Penal*, 6ª. Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2015.

MONTAÑEZ-RUIZ, Julio César. *El debate entre la expansión del derecho penal hacia la criminalidad de la clase alto y el derecho penal mínimo*, Estudios Jurídicos no. 12, Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia. (Junio de 2010).

MURILLO RODRÍGUEZ, Roy. *Sobre la judicialización de la pena: garantía ejecutiva, control jurisdiccional y Estado de Derecho*, Cotidiano - Revista de la Realidad Mexicana 28, n.º 180 (7 de agosto de 2013).

NAVARRO VILLANUEVA, Carmen, *Ejecución de la Pena Privativa de Libertad. Garantías Procesales*. 1ª. Edic. J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2002.

PACIELLO, Patricia: *La Prisión, ¿Es Una Buena Práctica Educativa?*, Revista Científica *Convergence* Vol. 42, n.º 2-4 Venezuela, (mayo de 2009).

PALMA, Luis María, *Una Propuesta para la Justicia del Siglo XXI*. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo PNUD, Programa Regional de Justicia. Argentina. 1994.

POSADA SEGURA, Juan David. *Tratamiento Penitenciario: Dificultades y Posibilidades*. 1ª. Edic. Ediciones UNAULA. Universidad Autónoma Latinoamericana. Colombia. 2013.

PRIETO GODOY, Carlos Alberto: *El Pretendido Modelo Constitucional Mexicano de Estado Democrático de Derecho. Entre la Dignidad Humana y el Derecho Penal del Enemigo, Cotidiano - Revista de la Realidad Mexicana* 32, nº 197 (5 de junio de 2016).

RIVERA BEIRAS, Iñaki, *Política Criminal y Sistema Penal, Viejas y Nuevas Racionalidades punitivas*. 1ª. Edic. Anthropos Editorial. Barcelona, 2005.

RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. *Panorama de las Alternativas a la Prisión en América Latina*. Ediciones DEPALMA, Buenos Aires, 1992.

RODRÍGUEZ, María Noel, *Delito y Tratamiento Penitenciario en el Contexto de los Derechos Humanos*. 1ª, edición. Ediciones UNAULA, Medellín, 2013.

ROXIN, Claus *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. 7ª. Edic. Editorial Marcial Pons, Buenos Aires, Argentina. 1970.

ROXÍN, Claus, *Derecho Penal, Parte General* Tomo I, 2ª. Edit. Civitas, Edic., Madrid, España, S.A. 1999.

RUIZ DE ALARCÓN, Juan, *La culpa busca la pena y el agravio la venganza, Diferencias* (Barcelona: Linkgua ediciones, 2007).

RUEDA GARCÍA, Luis. *Consideraciones Sobre los Delitos Relativos a las Drogas*. Revista Justicia de Paz, Publicación de la Corte Suprema de Justicia, No. 11, Vol. I. El Salvador, 2002.

SALAVERRÍA, Juan Igartua, *El Razonamiento en las Resoluciones Judiciales*. 1ª. Edic. Edit. Palestra Temis. Lima-Bogotá.

SAMPEDRO-ARRUBLA, Julio Andrés, *Los Derechos Humanos De Las Víctimas: Apuntes Para La Reformulación Del Sistema Penal*, *VICTIM'S HUMAN RIGHTS: BRIEFINGS FOR THE REFORMULATION OF THE CRIMINAL JUSTICE SYSTEM.*, N.º 13 (noviembre de 2008)

SÁNCHEZ ESCOBAR, Carlos Ernesto, *El Principio de Culpabilidad Penal*, artículo de la Revista Justicia de Paz No. 13, Año V-Vol. III, Publicación de la Corte Suprema de Justicia, septiembre-diciembre 2002.

SANCHEZ ESCOBAR, Carlos Ernesto: *Límites Constitucionales al Derecho Penal*, 1ª. Edic. Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador. 2004.

SERRET LARA, Anet. *Los Problemas Del Objeto Del Proceso a La Luz Del Principio De Correlación Imputación - Sentencia En El Proceso Penal Cuban*, *THE PROBLEMS OF THE OBJECT OF THE PROSECUTE AND THE PRINCIPLE OF CORRELATION-ALLOCATION IN THE CUBAN PROCEDURAL LAW*. 33, nº 95 (julio de 2012).

SCHVARSTEIN, Leonardo. *Repensar la Reforma Judicial en América Latina*. Foro Nacional "Estrategias para el mejoramiento de la administración de justicia en Honduras", (Noviembre de 1994) menciona el diagnóstico realizado por el Banco Interamericano De Desarrollo. Elementos para la modernización del Estado. Elaboración grupal coordinada por Néstor Humberto Martínez (1994).

SORIANO, Ramón, *Sociología del Derecho*. 1ª. Edic. Editorial Ariel, Barcelona España, 1997.

SOSA GÓMEZ, Cecilia. *El Poder del Juez en el Proceso Oral*. III Encuentro Latinoamericano de Postgrados en Derecho Procesal Universidad Central de Venezuela. 2008.

SZCZARANSKI VARGAS, Federico León «*El rol de la retribución en una teoría de la pena como institución regulativa*». Artículos de Investigación, Revista Ius et Praxis 21, nº 1 (enero de 2015), Universidad de Talca, Chile.

TAPIA PARREÑO, Jaime. *La Determinación de la Pena y la Elaboración de la Sentencia en la Jurisdicción Penal Juvenil*. Consejo Nacional de la Judicatura, Proyecto de Fortalecimiento de la Capacitación Inicial y Continua. El Salvador.

TRAVERSSA, Ramiro: *Neopunitivismo Y Control Social. Reflexiones Sobre La Represión Selectiva De La Política Populista*, Revista Panorama. Universidad Nacional de Córdoba, Vol. 8, n° 15. 2014.

TOSCANO LÓPEZ, Fredy Hernando, *Aproximación conceptual al “acceso efectivo a la administración de justicia a partir de la teoría de la acción procesal”*, n.º 24 (enero de 2013).

VAELLO ESQUERDO, Esperanza, *Formas Sustitutivas De La Ejecución De Las Penas Privativas De Libertad, Consecuencias Jurídicas Del Delito*, Lección 4: enero de 2006, EBSCO host.

VIGO, Luis Rodolfo: *“Ética y Responsabilidad Judicial”*, 1ª. Edic. Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina. 2007.

VIGO, Rodolfo Luis. *Razonamiento Justificadorio Judicial*. Revista Peruana de Derecho Procesal Penal, No. 6, 2003.

VAELLO ESQUERDO, Esperanza "Lección 4: Formas Sustitutivas De La Ejecución De Las Penas Privativas De Libertad», *Consecuencias Jurídicas Del Delito*", enero de 2006.

VERDROSS, Alfred, *Derecho Internacional Público*, Edit. Aguilar, 1ª. Edic. Madrid, 1957.

WROBLEWSKI, J., “La Interpretación en el Derecho: Teoría e Ideología”, en su *Sentido y Hecho en el Derecho*, Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1989, trad. de J. Igartua y F. J. Ezquiaga,

ZAGREBELSKY Gustavo: *“La Ley y su Justicia “1ª. Edic., Editorial Trotta, Bologna – Italia, 2008.*

REVISTAS DIGITALES

ASTARLOA, Esteban, y otros. *Procesal Penal*, Actualidad Jurídica (1578-956X), No 20 (junio de 2008).

BARQUÍN SANZ, Jesús y LUNA DEL CASTILLO, Juan de Dios. *Aplicación Práctica De La Suspensión Y La Sustitución De Las Penas Privativas De Libertad: Una Aproximación Estadística*. Revista de Derecho Penal y Criminología, vol. 10 Granada, España. (Julio de 2013).

BERMÚDEZ TAPIA, Manuel, «*La fragilidad de la política criminal y los derechos fundamentales en el sistema penitenciario peruano*», *The fragility of criminal policies and fundamental rights in the Peruvian penal system.*, n° 1 (mayo de 2007).

CAL LAGGIARD, Maximiliano, *PRINCIPIO DE CONGRUENCIA EN LOS PROCESOS CIVILES*: EBSCOhost, Artículo accedido 30 de mayo de 2016. <http://web.b.ebscohost.com/ehost/detail/detail?vid=8&sid=5890e731-07f4-413d-b48d-b94d54f5e5ab%40sessionmgr105&hid=107&bdata=Jmxhbmc9ZXMmc2l0ZT1laG9zdC1saXZl>.

CHANG KCOMT, Romy. *Función constitucional asignada a la pena: bases para un plan de política criminal*, n.º 72. Perú. Biblioteca EBSCOhost. (Diciembre de 2013).

DEL PIAZO, Carlo E.: *El Principio de Seguridad Jurídica en el mundo virtual*, Revista de Derecho, Vol. 6, Uruguay, 2007.

DE MAEYER, Marc. *La Prisión. ¿Es una Buena Práctica Educativa?* Revista Científica Converge. Vol. 42 No. 2-4. Bruselas. Mayo 2009.

FAVAROTTO, Ricardo S. *El Derecho a la Última Palabra*. Artículo publicado en Revista Jurídica. Red de Jueces Penales de Buenos Aires. Argentina. 2016.

GANDULFO R. Eduardo, *Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica*, Revista Político Criminal, Vol. n.º 9. Chile. (diciembre de 2009)

NIGEL Blackaby y otro, *Consideraciones sobre la aplicación del principio iura novit curia en el arbitraje Comercial*: EBSCOhost», accedido 30 de mayo de 2016. <http://web.a.ebscohost.com/ehost/detail/detail?vid=3&sid=35f5831a-65cd-45b2-95af-fef7451f95cd%40sessionmgr4005&hid=4209&bdata=Jmxhbmc9ZXMmc210ZT1laG9zdC1saXZl>.

PEIRANO FACIO Jorge, *El Código Civil de Bello y su influencia en los principales códigos Latinoamericanos*, Trabajos Científicos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 1965. <http://www.analesderecho.uchile.cl/index.php/ACJYS/article/view/4108/4002>. Consultado el 26 de junio de 2016.

ÍNDICE LEGISLATIVO

LEGISLACIÓN NACIONAL

Constitución de la República de El Salvador, Decreto Legislativo N° 38, publicado en el Diario Oficial N° 234, Tomo N° 281 del 16 de diciembre de 1983.

Constitución promulgada por el Congreso Constituyente del Estado de El Salvador, en la ciudad de San Salvador, el 12 de junio de 1824,

Constitución de 1841, Decreto Legislativo de 24 de julio de 1840, publicado en el D.O. S/N de 22 de febrero de 1841.

Constitución de 1864. Decreto Legislativo Fecha de emisión: 19 de marzo de 1864. Fecha de Publicación en el D.O.: 19 de marzo de 1864. Diario Oficial: S/N.

Constitución de 1871, Fecha de emisión de Decreto Legislativos: 16 de agosto de 1871. Publicada en el D.O. S/N el día 16 de agosto de 1871.

Constitución de 1880. Fecha de emisión: 16 de febrero de 1880. Fecha de Publicación en el D.O.: 16 de febrero de 1880 Número de Diario Oficial: S/N.

Constitución de 1883. Fecha de emisión: 04 de diciembre de 1883. Fecha de Publicación en el D.O.: 04 de diciembre de 1883.

Constitución de 1962. Fecha de emisión: 08 de enero de 1962. Fecha de Publicación en el D.O.: 08 de enero de 1962.

Código Penal de El Salvador, Decreto Legislativo N° 1030, publicado en el Diario Oficial N° 105, Tomo N° 335, el día 10 de junio de 1997.

Código Penal de El Salvador, Decreto Legislativo N° 270, publicado en el Diario Oficial N° 103, Tomo 63, del 13 de febrero del año 1973. Derogado.

Reforma al Código Penal mediante Decreto 313 de 16/3/16, publicado en el Diario Oficial No. 67, Tomo 411 de fecha 13 de abril de 2016.

Código Procesal Penal de El Salvador, Decreto Legislativo N° 733, publicado en el Diario Oficial N° 20, Tomo 382, del 30 de enero del año 2009.

Código Procesal Penal de El Salvador, Decreto Legislativo N° 450, publicado en el Diario Oficial N° 208, Tomo 421, del 9 de noviembre del año 1973. Derogado.

Código Procesal Penal de El Salvador, Decreto Legislativo N° 904, publicado en el Diario Oficial N° 11, Tomo 334, del 20 de enero del año 1997. Derogado.

Código de Instrucción Criminal, Decreto de la Asamblea Nacional Constituyente, de 3 de abril de 1882, publicado en el D.O. No. 81, Tomo 12, del 20 de abril de 1882.

Ley Especial contra Actos de Terrorismo, Decreto Legislativo No. 108 del 21 de septiembre de 2006, publicado en el Diario Oficial 193, Tomo No 373, del 17 de octubre de 2006.

Código de Justicia Militar, Decreto Legislativo No 562, publicado en el Diario Oficial No 97, Tomo 203, del 29 de mayo de 1964.

Código de Trabajo de El Salvador, Decreto Legislativo N° 15, publicado en el Diario Oficial número 142, Tomo 236 del 31 de julio de 1972.

Código Municipal, Decreto Legislativo N° 274, publicado en el Diario Oficial N° 23, Tomo N° 290, del 5 de febrero de 1986.

Ley del Consejo Nacional de la Judicatura, Decreto Legislativo N° 536, publicado en Diario Oficial N° 30, Tomo N° 342, del 12 de febrero de 1999.

Ley Penitenciaria, Decreto Legislativo 1027, publicada en el Diario Oficial número 85, Tomo 335, del trece de mayo de 1997.

Reglamento General de la Ley Penitenciaria, Decreto Legislativo número 95, publicado en el Diario Oficial número 215, Tomo 349, del día dieciséis de noviembre del año 2000.

Ley Orgánica Judicial, Decreto No 123, publicado en el Diario Oficial N° 115, Tomo N° 283, publicado el 20 de junio de 1984.

Ley de la Carrera Judicial. Decreto Legislativo no. 536, fecha de emisión 12 de julio de 1990, publicada en el D.O. No. 182 del 24 de julio de 1990.

Acta de Independencia de la Provincia, emitida el 12 de junio de 1824, publicada en el D.O. S/N de fecha 21 de julio de 1821.

Código Penal de 1904, Decreto de la Asamblea Nacional Legislativa de la República de El Salvador, del 8 de abril de 1904, publicado en el Diario Oficial S/N del 10 de octubre de 1904.

Código Penal, Decreto Legislativo número 270 del 13 de febrero de 1973, publicado en el Diario Oficial No. 63, Tomo No. 238 del 30 de marzo de 1973.

Código Penal Decreto 1030 de fecha 26 de abril de 1997, publicado en el D.O. No. 105, Tomo No. 335, del 10 de junio de 1997.

Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, Decreto No. 153, de fecha 02/10/2003, Publicado en el D.O. número 208 del 7 de noviembre de 2003.

Ley Especial Contra el Delito de Extorsión, Decreto No. 953 del 18 de marzo de 2015, publicado en el D.O. No. 56 de 23 de marzo de 2015.

Disposiciones Especiales Transitorias y Extraordinarias en los Centros Penitenciarios, Granjas Penitenciarias, Centros Intermedios y Centros Temporales de Reclusión. Decreto Legislativo No. 321 de fecha 1 de abril de 2016, publicado en el D.O. No. 59 del 1 de abril de 2016. Vigente desde el 1 de abril de 2017 y sus efectos caducarán hasta el día 30 de abril de 2018, previa su publicación en el Diario Oficial.

Decreto Legislativo No. 602 de fecha 9 de febrero de 2017, publicado en el Diario Oficial No. 33, Tomo 414 de fecha 16 de febrero de 2017, mediante el cual se proroga las Disposiciones Especiales Transitorias y Extraordinarias en los Centros Penitenciarios, Granjas Penitenciarias, Centros Intermedios y Centros Temporales de Reclusión.

LEGISLACIÓN EXTRANJERA

Código Penal de España, Jefatura del Estado, publicado en BOE número 281, de 24 de noviembre de 1995. Vigente desde el 24 de mayo de 1996.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Adoptada el 15 de diciembre de 1999 mediante un referéndum popular.

Cánones de Ética Judicial el Tribunal Supremo de Puerto Rico en resolución In re González Acevedo, 165 D.P.R. 81, 92 (2005).

Cánones de Ética Judicial el Tribunal Supremo de Puerto Rico 165 D.P.R. 81, 92 (2005),

Constitución Nacional de Argentina, Ley N° 24.430 sancionada en 1853 con las reformas de los años 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994. Sancionada: Diciembre 15 de 1994. Promulgada: Enero 3 de 1995.

Ley Orgánica de la Responsabilidad Penal de los Menores en España, 5/2000, publicada el 12 de enero de 2000, entró en vigencia el 12 de enero de 2001.

Ley No. 20.603 Congreso Nacional Chileno, aprobada en Santiago, el 5 de junio de 2012.

LEGISLACION INTERNACIONAL

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 aprobada por la Asamblea Nacional Francesa, el 26 de agosto de 1789.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, (ONU) en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948. Publicada en el Diario Oficial del 10 de diciembre de 1948.

Convención Americana Sobre Derechos Humanos (PACTO DE SAN JOSE, OEA 1969) Fecha de emisión: 14 de septiembre de 1950. Publicada en el Diario Oficial No. 82 el día: 05 de mayo de 1995.

Principios de Bangalore, Organización de las Naciones Unidas, Nueva York, 2013.

Convención Contra La Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Fecha de emisión: 4 de septiembre de 1950, Ratificado por El Salvador. Decreto Legislativo No. 833 de 23 de marzo de 1994. Publicado en el D.O. No. 92 del 19 de mayo de 1994.

Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos, Adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 45/111, de 14 de diciembre de 1990.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Proclamado por la ONU en 1966, publicado en el Diario Oficial No. 218 del 23 de noviembre de 1979.

Reglas Mínimas Para El Tratamiento De Los Reclusos. Fecha de emisión: 1/06/2012. Fecha de Publicación en el D.O.: 01/01/1900.

Reglas de Tokio, Adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990.

Declaración de Kadoma fue aprobada por el Seminario Internacional sobre las condiciones Penitenciarias en África, celebrada en Kampala del 19 al 21 de septiembre de 1996.

Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok), adoptadas por la Asamblea General en resolución 65/229, del 21 de diciembre de 2010.

Convención Única Sobre Estupefacientes de la ONU, emitida el 14 de septiembre de 1950. Aprobada por D.L. No. 120 del 30 de octubre de 1997. Publicado en el D.O. No. 235, Tomo 337, de fecha 16 de diciembre de 1997.

Convenio Sobre Sustancias Psicotrópicas de la ONU 1971. Fecha De Emisión: 14/09/1950, A.E. N° 906, del 7 de agosto de 1997, publicado en el D.O. No. 100, Tomo 339, del 2 de junio de 1998.

Convención de las Naciones Unidas Contra El Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas Fecha De Emisión: 14/09/1950. Aprobada por A.E. N° 232, del 39 de marzo de 1993, publicada en el D.O. N° 107, Tomo 327, del 12 de junio de 1995.

El Estatuto del Juez Iberoamericano se acordó en la VI Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada en Santa Cruz de Tenerife, Canarias, España, en mayo de 2001.

Los Principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial, revisado en Reunión en Mesa Redonda de Presidentes de Tribunales del sistema de derecho civil, celebrada en el Palacio de la Paz de La Haya, Países Bajos, en noviembre de 2002.

JURISPRUDENCIA NACIONAL

Sentencia de Inconstitucionalidad, Sala de lo Constitucional, CSJ número 15- 1996 y acumulados de fecha 14 de febrero de 1997.

Sentencia de Inconstitucionalidad de la Sala de lo Constitucional, C.S.J, número 52-2003 de fecha 1 de abril de 2004.

Resolución de Improcedencia de inconstitucionalidad ante la Sala de lo Constitucional de la CSJ. Ref. 404-2005, del 6 de octubre de 2005.

Sentencia de Inconstitucionalidad de la Sala de lo Constitucional, C.S.J números 36-2005 y 26-2006, de fechas 13 de abril de 2007 y 12 de marzo de 2007.

Sentencia de Inconstitucionalidad de la Sala de lo Constitucional de la CSJ en procesos acumulados 27-2006/30-2006/31-2006/38-2006/39-2006/ 41-2006/42-2006/49-2006/54-2006/56-2006/61-2006 de la SC dictada el día 9 de octubre de 2007, publicada en el D.O. No. 196, Tomo No. 377, del 22 de octubre de 2007.

Sentencia de Inconstitucionalidad de la Sala de lo Constitucional de la CSJ acumulados números 32- 2006/ 48-2006/ 52-2006/81-2006/91-2006/ del 25 de marzo de 2008. Publicada en el Diario Oficial No. 61, Tomo 379, del 4-IV-2008.

Sentencia de Inconstitucionalidad Sala de lo Constitucional de la CSJ número 32-2006AC de fecha 25 de marzo de 2008.

Sentencia de Inconstitucionalidad, Sala de lo Constitucional, C.S.J, número 11/2007, de fecha 3 de octubre de 2011.

Sentencia de Inconstitucionalidad de la Sala de lo Constitucional de la CSJ número 164-2005/79-2006, de fecha: 9 de marzo de 2012.

Sentencia de Inconstitucionalidad de la Sala de lo Constitucional acumuladas números 63-2010, 69-2010, 77-2010, 93-2010, 11-2010, 27-2011, del día veintinueve de abril de dos mil trece, publicada en el D.O. No. 92, Tomo 399, del 22 de mayo de 2013.

Sentencia de Inconstitucionalidad de la Sala de lo Constitucional de la C.S.J. número 45- 2010 del día 11 de octubre de 2013.

Sentencia de Competencia, Corte Suprema de Justicia, número 29-comp-2011, de fecha 28 de abril de 2011, promovida por el Juzgado Segundo de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena de San Salvador, con el Juzgado de Paz de Villa Agua Caliente del Departamento de Chalatenango.

Sentencia de Apelación de la Cámara de lo Penal de la Primera Sección del Centro, expediente número 65-12-98 de fecha 15 de diciembre de 1998.

Sentencia de Habeas Corpus de la Sala de lo Constitucional, C.S.J. número 266-2002 de fecha 22 de abril de 2003.

Sentencia de Habeas Corpus de la Sala de lo Constitucional, C.S.J. número 74-2003 de fecha 22 de diciembre de 2003.

Resolución de Habeas Corpus de la Sala de lo Constitucional de la CSJ número HC 130-2007, de fecha 10 de agosto de 2009.

Resolución de Hábeas Corpus de la Sala de lo Constitucional de la CSJ número 190-2009, del 16 de junio de 2010.

Sentencia de Habeas Corpus de la Sala de lo Constitucional, C.S.J. número 90-2011, de fecha 18 de mayo de 2012.

Sentencia de Habeas Corpus de la Sala de lo Constitucional, C.S.J. número 138-2014 de fecha 14 de enero de 2015.

Sentencia de Habeas Corpus de la Sala de lo Constitucional, CSJ número 390-2014, de fecha 29 de junio de 2015.

Sentencia de Hábeas Corpus de la Sala de lo Constitucional de la CSJ número HC 119-2014, de fecha 27 de mayo de 2016.

Sentencia de Proceso de Amparo de la Sala de lo Constitucional de la CSJ número 642-99, de fecha 26 de julio de 2000.

Sentencia de Proceso de Amparo de la Sala de lo Constitucional de la C.S.J número 70-2006, de fecha 29 de marzo de 2006.

Resolución Interlocutoria de la Sala de lo Civil de la CSJ, número 17-AP-2007 de fecha 04 de febrero de 2008.

Sentencia de Casación, de la Sala de lo Penal, C.S.J número 18-CAS-2006, de fecha 07 de agosto de 2006.

Sentencia de Casación Sala de lo Penal de la CSJ, número 151-C-2013, del 6 de mayo de 2014.

Sentencia de Casación Sala de lo Penal de la CSJ número 96 C 2013 de fecha 30 de junio de 2015.

Sentencia del Tribunal Primero de Sentencia de San Miguel, Ref. 143-2012, de fecha 4 de octubre de 2012.

Sentencia del Tribunal de Sentencia de La Unión, Ref. 243-2012, de fecha 15 de octubre de 2012.

Sentencia del Tribunal de Sentencia La Unión, Ref. 258-2015, de fecha 14 de octubre de 2015,

Sentencia del Tribunal de Sentencia de La Unión, Pr. Pn. número 106/2016, de fecha 8 de junio de 2016.

Sentencia del Tribunal de Sentencia de La Unión, Pr. Pn. número. 158-2-16, de fecha 13 de julio de 2016.

Sentencia del Tribunal de Sentencia de La Unión, Pr. Pn. número 125/2017, de fecha 31 de julio de 2017.

Resolución del Juzgado Segundo de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena de San Miguel, número 227-A/10 de fecha 10 de febrero de 2011.

Resolución dictada por el Juzgado de Paz de Nueva Esparta departamento de La Unión en Proceso Penal 71/ 2017, de fecha 5 de agosto de 2017.

OTRAS FUENTES

Ejemplo: Informe de Amnistía Internacional del año 2011, sobre el estado de los Derechos Humanos en el mundo, que comprende el periodo de enero a diciembre de 2010, Madrid, Ed., Amnistía Internacional (EDAI), 2011, p. 48, Vid., www.files.amnesty.org/air11_2001_full_es.pdf.

CEJA- JSCA. Conferencia Regional “Gestión por Resultados en la Administración de Justicia” 24 y 25 de noviembre 2008. www.cejamericas.org.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 106;

Corte Suprema de Justicia, Dirección Financiera Institucional, Departamento de Presupuesto, Ejercicio Financiero Fiscal 2015.

Curso MOOC de Derecho Penitenciario. Material de Apoyo, Consejo Nacional de la Judicatura. El Salvador. 2016.

Departamento de Disminución de Reos sin Sentencia de la Corte Suprema de Justicia. Primer trimestre de 2014.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Los Derechos Humanos y las Prisiones*. Manual de Capacitación en Derechos Humanos para Funcionarios de Prisiones. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Serie de Capacitación Profesional No. 11, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra 2004.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas Para los Derechos Humanos, *Los Derechos Humanos y las Prisiones*. Serie de Capacitación Profesional No. 11.

Portal de Transparencia de la Dirección General de Centros Penales, consulta realizada el día 7 de diciembre de 2016.

http://www.dgcp.gob.sv/images/stories/Estadistica%20Penitenciaria/2016/Noviembre/Estadistica_General_28-11-16.pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 106.

Portal de Transparencia de la Dirección General de Centros Penales, consulta realizada el día 7 de diciembre de 2016.

http://www.dgcp.gob.sv/images/stories/Estadistica%20Penitenciaria/2016/Noviembre/Estadistica_General_28-11-16.pdf.

Resumen Ejecutivo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y la OEA del 7 de septiembre de 2007.

Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América, Lochner vs. People of State of New York (1905).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Organización de Estados Americanos. *El Acceso A La Justicia Como Garantía De Los Derechos Económicos, Sociales Y Culturales. Estudio De Los Estándares Fijados Por El Sistema Interamericano De Derechos Humanos*. Resumen Ejecutivo OEA/Ser. L/V/II.129

PAGINAS WEB

http://www.dgcp.gob.sv/images/stories/Estadistica%20Penitenciaria/2016/Noviembre/Estadistica_General_28-11-16.pdf Página consultada el día 7 de diciembre de 2016.

<http://www.solonoticias.com/2017/07/18/diputada-arena-solicita-reformar-codigo-penal-incrementar-penas-violacion-menores/>. Página consultada el día 12 de agosto de 2017.

http://www.sv.undp.org/content/el_salvador/es/home/countryinfo.html. Página consultada el día 7 de septiembre de 2017.