

Finalidades
preventivo-generales
en el cumplimiento
de la pena de prisión
en El Salvador

Parte I

Moris Edgardo Landaverde Hernández

FINALIDADES PREVENTIVO-GENERALES EN EL CUMPLIMIENTO DE LA PENA DE PRISIÓN EN EL SALVADOR. Parte I

Moris Edgardo Landaverde Hernández.

RESUMEN

Al interior de la disciplina penal se han instaurados teorías concretas que estudian la pena como principal consecuencia jurídica del delito, mismas que actualmente, son objeto de discusión. En el ámbito jurídico salvadoreño, ha sido la Constitución que en su Art. 27 inc 3º, regula el principio de resocialización, que tiende sus efectos al ámbito penitenciario, interpretado por más de alguno, como la instauración constitucional de las finalidades preventivas especiales de la pena. No obstante lo anterior, las finalidades preventivo generales encuentran siempre cabida en orden jurídico salvadoreño. Lo anterior, ha ocasionado cierta tensión entre ambas finalidades a la hora de la conminación penal a través de la reforma legislativa, la aplicación de la norma con la respectiva sentencia o la ejecución penal mediante el cumplimiento de la pena, en las cuales no siempre ha existido equilibrio, sino que ha privado una en detrimento de la otra.

PALABRAS CLAVES: Pena de Prisión - Finalidades de la Pena - Sistema Progresivo - Sistema y Beneficios Penitenciarios - Derecho a la Resocialización.

GENERAL-PREVENTIVE PURPOSES IN THE COMPLIANCE WITH THE PRISON PENALTY IN EL SALVADOR. Part I

Moris Edgardo Landaverde Hernández.

ABSTRACT

Inside criminal discipline have established specific theories studying the penalty as the main legal consequence of crime that are currently the subject of discussion. In the Salvadoran legal field, the Constitution according its article 27 paragraph 3, regulates the principle of resocialization, which tends its effects to the penitentiary environment interpreted by more than one as the constitutional establishment of the Special preventive purposes of penalty. Notwithstanding the above, the general-preventive purposes are always fitted in Salvadorian legal order. This has caused some tension between both purposes at the time of the criminal commination through legislative reform, the application of the rule with the respective sentence or the penal execution through the enforcement of the penalty, which has not always been balance, but that has private one at the expense of the other.

KEYWORDS: Prison sentence - Purposes of the penalty - Progressive system - System and prison benefits - Right to resocialization.

Finalidades preventivo-generales en el cumplimiento de la pena de prisión en El Salvador.

Parte I

Moris Edgardo Landaverde Hernández¹

Introducción.

En el ámbito de la ejecución de la pena de prisión, se ve involucrado el sistema progresivo de cumplimiento de la misma junto a ciertos beneficios penitenciarios, los que en virtud de dichas fricciones, resultan limitados o restringidos, favoreciendo las finalidades preventivo generales en detrimento de las especiales.

En el primer apartado, se estudiarán las posturas de las teorías que pretenden detentar las finalidades de la pena, es decir las teorías absolutas y relativas de la pena, finalizando con el análisis de la teoría ecléctica o de la unión; aterrizando sobre lo que al respecto ha dicho la Sala de lo Constitucional (SC) en su jurisprudencia.

En el segundo y tercer apartado, se estudiará el ámbito penitenciario, el moderno sistema progresivo de cumplimiento de la pena de prisión en general y el salvadoreño en particular; el cual si bien es cierto, no ha sido normado por la Constitución salvadoreña (CS), sino por la norma secundaria, es desarrollado en

1 Abogado, profesor de Técnicas de Litigación Oral y Resolución Alterna de Conflictos en la Universidad Salvadoreña Alberto Masferrer (USAM). Licenciado en Ciencias Jurídicas y Master en Derecho Penal Constitucional de la Universidad Centroamericana "José Simeón Cañas" (UCA). Escritor de la Revista Virtual Enfoque Jurídico. Actualmente se desempeña como Colaborador Jurídico del Tribunal de Ética Gubernamental.

fases, que coinciden con el ideal resocializador que se instaura en aquella norma constitucional y que, auxiliados de los beneficios penitenciarios, le potencian.

Empero, se advertirá que el legislador y cierta jurisprudencia de la misma SC, han intentado anularlos, restringirlos o condicionarlos con el estandarte de las finalidades preventivo generales de la pena, pues según esta postura, las finalidades preventivo especiales no son las únicas finalidades constitucionalmente válidas.

Por último, en el cuarto apartado, se adoptará una postura respecto a la constitucionalidad de dichas restricciones, para lo cual se valdrá de la misma jurisprudencia de la SC que instaura la resocialización como principio constitucional y de una doctrina que lo señala como derecho fundamental.

I. Las Penas en general.

Existe pacífico consenso entre los doctrinarios sobre la función de control social que ejerce el Derecho Penal, diferenciándole del resto de controles por su alto componente formalizado, que norma la conducta humana conminándola mediante la amenaza de una sanción al darse el supuesto de hecho indeseable.² Por ello, es de rigor definir la pena en general.³

1. Definición y fundamento.

Conceptualmente, la mayoría de autores coinciden en que se trata de un mal⁴. Empero no cualquier mal, sino aquel impuesto por el Estado a una persona culpable, como retribución de un hecho adecuado en la ley como delito.⁵

2 Santiago Mir Puig, *Derecho Penal, parte general* (Barcelona: Reppertor, 2002).

3 Carlos Fontán Balestra, *Derecho Penal. Introducción y parte general* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998).

4 Bernardo Feijoo Sanchez, *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal* (Montevideo-Buenos Aires: B de F Ltda, 2007).

5 Ibid. Sobre la definición de pena como mal, 46. En idéntico sentido: Gerardo Landrove Diaz, *Las consecuencias jurídicas del delito* (Madrid: Tecnos, 1996), 17. Este autor señala que consecuencia de la estatización del Derecho Penal es la superación de la visión privatista de delito y pena. Sobre la definición de la pena como retribución: ver Ibid. 18. Unos autores hablan de reacción, otros de consecuencia, empero su fundamento es la retribución. Sobre la pena como consecuencia de un delito: Ver. Bernardo Feijoo Sanchez, *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la*

Cosa distinta es su fundamento, tomando en cuenta que las posturas abolicionistas no dejan de ser ideales, cualquier sociedad moderna, no puede soslayar su necesidad, lo cual viene a ser, además, su justificación. Aunque si bien es la más coactiva, resulta ser la más determinante para el combate represivo de la criminalidad, en búsqueda de mantener las condiciones de vida fundamentales para la convivencia de las personas en comunidad.⁶

JESCHECK al fundamentar la necesidad de la pena, distingue tres tipos de justificaciones, a saber: la primera, de índole *político-estatal*, según la cual, sin pena el ordenamiento jurídico renunciaría a la coacción, convirtiéndose en un conjunto de normas incoercibles al igual que la moral, religión y usos sociales. En segundo lugar, aprecia una justificación *psicológico-social*, en cuanto satisface demandas sociales colectivas de justicia; y por último, una **ético-individual**, según la cual el individuo al liberarse de la culpa, mediante la expiación de la pena, realiza una experiencia fundamental como ente moral.⁷

En ese sentido, la instauración del principio de necesidad en el ordenamiento jurídico salvadoreño, como justificación de la pena, -art. 5 CP- comporta una restricción a la facultad punitiva del Estado, que establece que la misma se impondrá solo cuando resulte indispensable.

De ello se deriva la exigencia -principio de subsidiaridad- de que el Derecho Penal debe actuar solo cuando otros controles fallen y cuando el hecho que se pretende evitar no puede ser controlado por otros medios menos gravosos -*ultima ratio*-; aunado al postulado de que solo debe proteger bienes jurídicos, -principio de lesividad- regulado en el Art. 3 del Código Penal (CP).⁸

teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal, 48. En idéntico sentido Carlos Fontán Balestra, *Derecho Penal. Introducción y parte general*, 537 y 538. No importa la corriente dogmática que se utilice para la definición de delito, así pena siempre será la consecuencia jurídica de un delito tanto para causalistas, finalistas, neokantistas y funcionalistas. Para muestra la definición de JAKOBS, para quien pena es "reacción ante la infracción de una norma". Ver. Gunther Jakobs, *Derecho Penal, parte general, fundamentos y teoría de la imputación*, Ediciones Jurídicas (Madrid: Marcial Pons, 1997), 8.

6 Ver. Jesús María Silvia Sánchez, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo* (Barcelona: José María Bosch, 1992). En idéntico sentido: Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Aran, *Derecho Penal, parte general*, Tomo I vols. (Valencia: Tirant lo Blanch, 1996), 47-48.

7 Ver. Hans-Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal* (Granada: Comares, 1993).

8 Ver. Santiago Mir Puig, *Derecho Penal, parte general*. Sobre el principio de subsidiaridad, 122-124. Ver. Claus Roxin, *Derecho Penal, parte general, Fundamentos. La estructura de la teoría del*

Estos principios limitan la conminación penal que de manera abstracta hace el legislador, pero la justificación de la pena a través del principio de necesidad, político-criminalmente irradia sus consecuencias a nivel individual.⁹ Es decir, al momento de la imposición judicial de la concreta sanción penal a través del principio de culpabilidad -regulado en el Art. 4 CP como responsabilidad-, según el cual solo es válido imponer pena cuando el hecho ha sido realizado con dolo o culpa, y a través de las reglas de determinación de la pena -establecidas en el Art. 63 CP- que mandatan que ésta debe equivaler al desvalor del hecho realizado por el autor y proporcional a su culpabilidad.¹⁰

En ese sentido, el principio de necesidad, junto al resto de principios y exigencias referidas, no solo establecen si la pena debe ser aplicada, sino también en qué medida; parámetros a los que agrega la exigencia de que la misma no debe ser ejecutada si el culpable no la necesita.¹¹

Por ello, se puede concluir, que el principio de necesidad al fundamentar la pena, limitándola en proporción, lo hace además, con todas aquellos beneficios penitenciarios que el ordenamiento jurídico regula, como serían los de renuncia, simplificación, sustitución y reemplazo de la pena, por cuanto constituyen herramientas aplicables cuando aquella no es necesaria en el caso concreto.

2. Finalidades de la pena en general.

Vasta es la discusión dogmática que busca dar sentido a las finalidades de la pena al momento en que el legislador la prescribe de manera general, como

delito, vol. Tomo I (Civitas, 1977), 49-67. Sobre la discusión de que es lo que protege el Derecho Penal, nos adherimos a la postura del funcionalismo racional-final de ROXIN, en cuanto a que el Derecho Penal protege bienes jurídicos. Ver. Gunther Jakobs, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional* (Madrid, 1996), 18. La postura contraria es la del funcionalismo sistémico, según el cual se protege la vigencia de la norma. Ver. Santiago Mir Puig, *Derecho Penal, parte general*. 124. Sobre el principio de lesividad.

9 Cf. Mercedes Pérez Manzano, *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena* (Madrid: UAM, 1989), 226. Esta autora distingue un nivel general de justificación de la pena, a través de la protección de bienes jurídicos, y un nivel concreto, sobre la base de que no todas las penas son necesarias, aunque sirvan para proteger bienes jurídicos, dependiendo de ciertos parámetros valorativos del caso concreto. Ver. José Antonio Choclán Montalvo, *Culpabilidad y pena, su medición en el sistema penal salvadoreño* (San Salvador: Justicia de Paz (CSJ-AECI), 1999), 41-47. Sobre la irradiación de consecuencias a nivel individual

10 Santiago Mir Puig, *Derecho Penal, parte general*.

11 *Ibid.* 44.

consecuencia de un hecho tipificado como delito; y en particular, al ser aplicada por el juzgador, dando cumplimiento a la norma secundaria de las disposiciones penales, que le ordenan penar, y al momento de su cumplimiento.¹²

2.1. Teorías absolutas.

Tal y como lo advirtió MAURACH en su momento, las teorías absolutas son en puridad teorías de la pena, y no teoría de los fines de aquella.¹³ Las mismas responden a la filosofía kantiana según la cual la pena es un fin en sí mismo y no un medio para obtener un objetivo determinado que se impone por pura compensación, reparación, expiación o retribución, siendo decisiva la reafirmación del Derecho, que se consigue al imponerla por el cometimiento de un mal encarnado en la definición de delito.¹⁴

Para los partidarios de estas teorías la idea de retribución es uno de los conceptos determinantes, ya que la pena no es más que el castigo que merece el culpable, distinguiéndose al menos dos sentidos que colman dicha acepción;¹⁵ a saber:

- i) *Retribución moral*, que lleva a los polémicos conceptos de “el bien y el mal”, por lo que si el primero debe premiarse, el segundo debe castigarse como imperativo categórico derivado del mandato de la Ley, siendo lo razonable en términos filosóficos.¹⁶
- ii) *Retribución jurídica*, al revelarse el individuo contra el ordenamiento jurídico, es necesario restablecer ese orden violado, que por tanto, necesita una

12 Cf. Santiago Mir Puig, *Introducción a las Bases del Derecho Penal* (Buenos Aires: B de la F Ltda, 2007). Según dicho autor, norma primaria es aquella prohibitiva que va dirigida al ciudadano a abstenerse de realizar el supuesto de hecho de la disposición penal, y la secundaria, es la que obliga al juez a sancionar, una vez constatado dicho supuesto.

13 Citado por. Gerardo Landrove Diaz, *Las consecuencias jurídicas del delito*.

14 Ver. Ibid. 18

15 Ver. Carlos Fontán Balestra, *Derecho Penal. Introducción y parte general*, 539.

16 Ver. Kant, *La metafísica de las costumbres*, 1978. Ilustrativa la fábula de Kant, según el cual la población de una isla decide disolver su comunidad, planteándose que deben hacer con los condenados pendientes, a los que brinda como única salida ejecutarlos, hasta el último asesino que se halle en prisión, para que todos comprendan el valor de sus actos. Aquí la pena ha de imponerse por el delito cometido aunque resulte innecesaria para el bien de la comunidad.

reparación a través de la pena para reafirmar la soberanía del Estado.¹⁷ HEGEL en su dialéctica, estableció que el delito es negación del derecho y por lo tanto, pena es negación del delito, por lo que pena es negación de una negación.¹⁸

Igual importancia tiene el concepto de justicia como fundamento jurídico de las teorías absolutas de la pena, en el sentido de que se busca dar satisfacción al mandato legal de justicia, resultando irrelevante los efectos que se puedan obtener en el reo o para la sociedad.¹⁹ Empero, dicha idea exige no solo la imposición de la pena, sino la retribuida en la medida de la culpabilidad manifiesta en el hecho.²⁰

En ese sentido, la retribución se ve limitada por el principio de culpabilidad, que exige que la pena debe ser equivalente al injusto culpable de conformidad al principio de justicia distributiva²¹; siendo inherente la idea de que aquella pueda ser medida según su gravedad convirtiéndose en límite y medida de la pena.²²

Tan severa es la implicación de la justicia como retribución de la pena, que instituciones como los sustitutivos penales, la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la prescripción del delito o pena, o la posibilidad de renuncia de la acción penal por el ofendido son incompatibles.²³

17 Gunther Jakobs, *Derecho Penal, parte general, fundamentos y teoría de la imputación*, 8-61. De hecho este postulado es fundamento de la teoría del delito de este autor.

18 Hegel, *Líneas Fundamentales de la Filosofía del Derecho*, 1821.

19 Ver. José Antonio Choclán Montalvo, *Culpabilidad y pena, su medición en el sistema penal salvadoreño*, 50.

20 Ibid. 53.

21 Hans-Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*, 58.

22 Ramón Falcón y Tella, *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?* (Madrid: Marcial Pons, 2005), 133.

23 Ver. Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malareé, *Lecciones de Derecho Penal*, vol. 1 (Madrid: Trotta, 1997). 44. Las teorías absolutas de la pena parten de una premisa: la existencia de verdades o valores absolutos anteriores al hombre.; y Diego Manuel Luzón Peña, *Antinomias penales y medición de la pena*, La reforma del Derecho Penal (Barcelona: MIR, 1980), 199.

Siguiendo con las consecuencias del principio de culpabilidad, solo puede ser retribuido un hecho antijurídico que haya sido realizado voluntariamente; y por ende reprochable a su autor, por lo que la pena no debe rebasar el marco fijado por la culpabilidad del hecho cometido por éste.²⁴

Por último, es necesario aclarar que el supuesto de la retribución para equilibrar la justicia, tiene a la base la idea del reconocimiento del libre albedrío, que fundamenta la postura iusfilosófica del indeterminismo, según el cual el ser humano goza de libertad y por consiguiente, responsabilidad; así, la acción humana es fruto de la libre determinación de dicha libertad, siendo justo y merecido que se pague por los delitos cometidos al haber hecho mal uso de esa libre disposición.²⁵

Actualmente, casi no existen autores serios que propugnen la pena como retribución sin asignarle ningún contenido utilitarista.²⁶ De igual manera, existen muchos reparos a dicha teoría en su versión radical. Una de ellas es que, siguiendo el pensamiento idealista, propugna el Derecho y el Estado como “exigencias a priori de la razón”, alejándose de la concepción de que el Derecho Penal, como se dijo *supra*, es un medio de control social. En ese sentido, actualmente al Estado no le incumbe garantizar la justicia divina en la tierra, sino buscar la convivencia pacífica de la sociedad,²⁷ por ello es menester darle utilidad a la pena en beneficio del bien común.²⁸

En segundo lugar, se apunta a la consecuencia desmotivadora del delincuente, quien cultivará “*un intenso resentimiento que le espoleara a perseverar*

24 Juan Cordoba Roda, *Culpabilidad y pena* (Barcelona: Bosch, 1977), 20.

25 Ramón Falcón y Tella, *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?*, 132. La postura contraria es el indeterminismo, que predica que el actuar humano no es más que un eslabón en una conexión de hechos causales que no está regida por la libertad. Ambas posturas son explicadas por los hermanos FALCON Y TELLA.

26 Ver. Santiago Mir Puig, *Derecho Penal, parte general*, 85.

27 Carlos Fontán Balestra, *Derecho Penal. Introducción y parte general*, 88. Al respecto refiere que no tomar en cuenta la diferencia entre justicia divina y humana, nos llevaría a una presunción de infalibilidad de la justicia terrenal.

28 Antonio Obregón García y Antonio Gómez Lanz, *Teoría general de la pena*, La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito (Barcelona: Bosch, 2005), 24-25.

*en el delito”, y además... “se desanimará en un hipotético intento por mejorar su vida futura”.*²⁹

En tercer lugar, no es cierto que una pena, así concebida, sea racional, puesto que es indudable que lo racional implica reaccionar jurídicamente a la consecución de un fin, por lo que cuando hace falta, al no haber fundamento y sentido, se vuelve irracional.³⁰

Por último, tampoco resulta cierto que con la retribución, se compensa o repara el delito cometido, puesto que un nuevo mal, que no sirve para enmendar el que ha causado el delincuente, tampoco es útil para compensar su culpa.³¹

CHOCLAN MONTALVO afirma que la crisis de la idea retributiva como fin de la pena es consecuencia de la crisis de la concepción normativa del concepto de culpabilidad.³² Si se parte de que la pena en sentido de retribución presupone la reprochabilidad del comportamiento a través de la declaratoria de culpabilidad del delincuente, a la vez presupone que su actuar es producto de su libre voluntad, tal y como lo propugna el indeterminismo sobre la base del libre albedrío, (concepto filosófico cuya existencia no se puede probar). En otras palabras, la base del concepto de culpabilidad, así entendida, está en crisis.³³

Con influencia de ciencias como la psicología y el psicoanálisis, se pone entre dicho la normatividad de la culpabilidad, ya que es imposible demostrar si una persona ante una situación concreta ha actuado conforme a esa libertad o no.³⁴

ROXIN refiere que el concepto de culpabilidad favorece al ciudadano, puesto que al limitar al Estado, crea una presunción a favor del delincuente, en

29 Ibid. 25.

30 Carlos Fontán Balestra, *Derecho Penal. Introducción y parte general*, 88

31 Ibid.

32 José Antonio Choclán Montalvo, *Culpabilidad y pena, su medición en el sistema penal salvadoreño*, 55-68.

33 Gunther Stratenweeth, *Culpabilidad por el hecho y medida de la pena*, El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad (Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1981), 89.

34 Ver. Enrique Gimbertat Ordeig, *¿Tiene un futuro la dogmática jurídica-penal?*, Estudios de Derecho Penal (Madrid: Civitas, 1981), 143.

el sentido de que actuó en pleno uso de su libertad; de lo contrario, al suprimirla, no habría más remedio que aplicar medidas de seguridad a favor del Estado, lo que le perjudicaría.

En ese sentido, no se trata de declarar ontológicamente la existencia del libre albedrío, sino postular político criminalmente un mandato al juez, que debe tratar al ciudadano como persona capaz de tomar una decisión autónoma y de responsabilidad, siempre y cuando tenga capacidad de motivación. Por lo tanto, la culpabilidad debe enjuiciarse según criterios de utilidad o dañosidad social.³⁵

2.2. Teorías relativas.

La base fundamental de las teorías relativas descansa en que la pena es siempre un medio para alcanzar un fin utilitarista, prescindiendo de consideraciones trascendentes, como lo sería un concepto absoluto e ideal, anterior al hombre, de la justicia.³⁶ En ese sentido, se despreocupan del fundamento de la pena y buscan dar respuesta a la pregunta: ¿Para qué sirve? Lo anterior se resuelve tomando a consideración las funciones del Derecho Penal en general y la pena en particular, por lo que en sentido amplio, se justificaría en razones sociales, políticas y jurídicas y, en último término, por su utilidad social.³⁷

En otras palabras, se castiga no porque se haya delinquirido en el pasado, sino para evitar que se delinca en el futuro, protegiendo de esa manera la sociedad en su convivencia pacífica.³⁸

La doctrina distingue dos tipos de teorías relativas, como lo son las *preventivo-generales* y *preventivo-especiales*, las cuales se estudiarán a continuación.

35 Ver. Claus Roxín, *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*, Trad. Muñoz Conde (Madrid: Reus, 1981), 48-49.

36 Ver. Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malareé, *Lecciones de Derecho Penal.*; y Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Aran, *Derecho Penal, parte general*, 47.

37 Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Aran, *Derecho Penal, parte general*, 47.

38 Cf. Antonio Obregón García y Antonio Gómez Lanz, *Teoría general de la pena*, 25.

2.2.1. Finalidades preventivo generales.

Para esta teoría, la pena irradia su alcance de manera general a la comunidad en varios momentos diferentes: *i)* mediante la amenaza que hace el legislador con la norma penal; *ii)* la imposición concreta de la pena de parte del juzgador al declarado culpable; y *iii)* la ejecución de la misma.³⁹ Con ello se pretende la prevención de delitos actuando de manera general sobre la comunidad, amenazada que de actuar conforme a un supuesto de hecho contenido en una norma penal, será objeto de una sanción.⁴⁰ Empero, no basta la simple amenaza de una pena, es necesario que exista certeza de su imposición y ejecución, puesto que de esto depende su eficacia.⁴¹

FREUD señaló que algunas personas detienen sus impulsos antijurídicos cuando advierten que el que actúa fuera de la ley, con la finalidad de salirse con la suya, no consigue éxito; sino que al contrario, sufre graves inconvenientes (la pena), apaciguando la tentación de todos los miembros de la sociedad.⁴²

Es decir que la norma proyecta en la *psique* humana una serie de mecanismos conformados por procesos psicológicos que inducen a respetar los bienes jurídicos que protege la norma. Este proceso, al ser parte integrante de la norma penal, lleva a la conclusión que la función motivadora es además, objeto del Derecho Penal.⁴³

Empero no solo intimidación se logra con dicha categoría, sino también la *“motivación integradora del consenso a través de la confirmación y aseguramiento de las normas básicas que rigen la convivencia social”*.⁴⁴ Lo anterior pues, al ser el Derecho Penal parte del control social, se asegura el cumplimiento de las expectativas

39 Claus Roxín, *Derecho Penal, parte general, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 89.

40 Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Aran, *Derecho Penal, parte general*. 48. FEUERBACH le denominaba “coacción psicológica”. Citado por MUÑOZ CONDE/GARCIA ARAN. En idéntico sentido: Santiago Mir Puig, *Derecho Penal, parte general*, 87.

41 Claus Roxín, *Derecho Penal, parte general, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 90.

42 Ver. Ibid. Citado por ROXIN.

43 Francisco Muñoz Conde, *Derecho Penal y control social* (España: Fundación Universitaria de Jerez, 1985), 31.

44 Ibid. 41.

de conducta y los intereses contenidos en las normas, confirmándolas contra fácticamente, al haber sido frustradas, con la respectiva sanción.⁴⁵

2.2.1.1. Finalidad preventiva- general negativa.

Esta teoría busca la prevención de delitos mediante la intimidación general de las personas con potencial de delinquir a través de la conminación penal.⁴⁶ En ese sentido, opera como coacción psicológica en el momento abstracto de la incriminación penal;⁴⁷ y por lo tanto, la ejecución de la misma solo tiene sentido para confirmar la seriedad de la amenaza legal.⁴⁸

Obviamente, sin el contrapeso de la proporcionalidad, que sería la medida racional entre culpabilidad y pena -Art. 63 CP-, que se vuelve un freno frente a la actuación estatal, se cometerían extremos irracionales⁴⁹, a saber: *i*) delitos menos graves, que cometidos con frecuencia y cuya persecución sea débil, podrían ser castigados con penas gravísimas para evitar su cometimiento; *ii*) la falta de eficacia de una norma penal, que provocada por la nula reacción de la sociedad, generaría una exasperación en la amenaza penal mediante una reforma, aumentando la discrepancia entre la voluntad del legislador y la de la comunidad. Por otra parte, *iii*) casos que la sociedad considera gravísimos, “v.g. el parricidio”, por el mismo hecho de ser reprochados con extrema gravedad

45 Ibid. No obstante dicho autor refiere que la tesis del Derecho Penal como derecho igualitario y de la pena como prevención integradora del consenso es insostenible con un modelo basado en la desigualdad y en la explotación del hombre por el hombre. Ver. Sentencia dictada en el proceso de inconstitucionalidad referencia 11-2004 (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2006).

46 Claus Roxin, *Derecho Penal, parte general, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 91.

47 Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Aran, *Derecho Penal, parte general*. 48. FEUERBACH, citado por MUÑOZ CONDE/GARCIA ARAN; y Santiago Mir Puig, *Derecho Penal, parte general*, 87.

48 Ver. Santiago Mir Puig, *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, 53.

49 Ver. José Antonio Choclán Montalvo, *Culpabilidad y pena, su medición en el sistema penal salvadoreño*, 81. Sobre el principio de proporcionalidad, la SC ha dicho que si bien es cierto no está contemplado expresamente en el texto constitucional, puede derivarse dicho principio del Art. 246 CS, en tanto limite a la potestad legislativa al desarrollar disposiciones constitucionales, que alteren derechos y principios que la misma consagre. Ver SC DE LA CSJ, sentencia dictada en el proceso de inconstitucionalidad referencia 15-1996, 14 de febrero de 1997. Con respecto a la culpabilidad resulta ser el instrumento tradicional, a la vez más seguro, en su función limitadora de la pena. En ese sentido, la teoría de la prevención general no aporta dicho baremo de medición, sino que se debe recurrir a otra categoría independiente.

mediante otros controles sociales y que al cometerse muy pocos, podrían ser penados por el legislador con menos pena que los cometidos frecuentemente.⁵⁰

ROXIN agrega, como reparo, que la tarea de fundar la pena en la necesidad de amenazar a la colectividad, supondría utilizar al condenado como instrumento, castigándole para que los demás no delinca.n.⁵¹

De igual manera, hay autores que añaden como crítica, que los efectos preventivos generales no son comprobables empíricamente.⁵² Lo mismo sucede con la pretensión de que el potencial delincuente, gracias a la motivación de la pena, hará una ponderación de costes y beneficios al representarse el cometimiento del delito, presuponiendo su abstención una racionalidad homogénea de todas las personas;⁵³ mucho menos si la población en general, sencillamente desconoce la vigencia de la norma prohibitiva.⁵⁴

Por último, siguiendo con los reparos que se le formulan, la teoría gradúa la pena no por la gravedad del hecho, sino por la necesidad de prevención, lo que puede dar lugar al terror penal, al autoritarismo y a la arbitrariedad.⁵⁵

2.2.1.2. Finalidad preventiva - general positiva.

Busca la prevención de delitos mediante la afirmación de las convicciones jurídicas fundamentales, de la conciencia social de la norma o de una actitud de respeto por el Derecho.⁵⁶

50 José Antonio Choclán Montalvo, *Culpabilidad y pena, su medición en el sistema penal salvadoreño*, 53-54.

51 Santiago Mir Puig, *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, 54-55.

52 Cf. Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malareé, *Lecciones de Derecho Penal*, 48.

53 Ibid. "volume": "1", "event-place": "Madrid", "author": [{"literal": "Juan Bustos Ramírez"}, {"literal": "Hernán Hormazábal Malareé"}], "issued": {"date-parts": [{"1997"}]}, "schema": "https://github.com/citation-style-language/schema/raw/master/csl-citation.json"} Pág. 48; y José Antonio Choclán Montalvo, *Culpabilidad y pena, su medición en el sistema penal salvadoreño*, 81.

54 José Antonio Choclán Montalvo, *Culpabilidad y pena, su medición en el sistema penal salvadoreño*, 81. HASSEMER, citado por CHOCLÁN MONTALVO.

55 Ver. Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malareé, *Lecciones de Derecho Penal*, 48.

56 Ver. Claus Roxin, *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*, 101-103; Santiago Mir Puig, *Derecho Penal, parte general*, 88. Santiago Mir Puig, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho* (Barcelona: Bosch, 1982), 31. Winfried Hassemer, *Fines de la pena en el Derecho Penal de orientación científico-social*, *Derecho Penal y Ciencias Sociales* (Barcelona:

En otras palabras, busca demostrar la “inviolabilidad del ordenamiento jurídico ante la comunidad jurídica y así reforzar la confianza jurídica del pueblo”⁵⁷; o lo que es lo mismo, cumple la función de robustecimiento de la pretensión de validez de las normas jurídicas en la conciencia social a través de la pena, restableciendo la confianza en el Derecho.⁵⁸

La norma jurídica es un sistema de expectativas que no solo se espera que se evite la conducta prohibida; sino también que, en caso de que sea realizada, se imponga una pena. Al violentarse la primera, se está frustrando la norma, por lo que la pena vendría a garantizar vigencia de la primera.⁵⁹ Desde el punto de vista de esta teoría, el ámbito de actuación de la pena es evitar delitos a futuro, influyendo psicológicamente en los ciudadanos en general, potenciales delinquentes o no, estabilizando, manteniendo o fortaleciendo su conciencia de lo antijurídico y la fidelidad interna a las normas.⁶⁰

KAUFMANN atribuye tres significados a esta teoría, a saber: (i) una función informativa de lo prohibido y de lo que se debe hacer (y lo que no); (ii) la misión de reforzar la confianza, y mantenerla, en la capacidad del derecho de permanecer e imponerse; y (iii) crear y fortalecer en los ciudadanos una actitud de respeto por el derecho.⁶¹ ROXIN agrega una más, que tiene que ver con esta última: el efecto de pacificación, que se produce cuando la conciencia jurídica general se tranquiliza, en virtud de la sanción, sobre el quebrantamiento de la ley y considera solucionado el conflicto con el autor.⁶²

Santiago Mir, 1982), 137. Armin Kaufmann, *La misión del Derecho Penal*, Política criminal y reforma del Derecho Penal (Bogotá: Mir Puig, 1982), 127.

57 Claus Roxín, *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*, 91.

58 Ver. José Antonio Choclán Montalvo, *Culpabilidad y pena, su medición en el sistema penal salvadoreño*, 82-83.

59 Francisco Muñoz Conde, *Derecho Penal y control social*, 25.

60 Cf. Bernardo Feijoo Sanchez, *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal*, 307.

61 Ver. Armin Kaufmann, *La misión del Derecho Penal*, 127.

62 Claus Roxín, *Derecho Penal, parte general, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 91. De dicha función deriva el nombre de función integradora.

MIR PUIG critica las posturas extremas que pretenden legitimar la finalidad de la pena en base a los postulados radicales de esta teoría, en el sentido de que pretende “moralizar” al ciudadano mediante la coacción penal, buscando la adhesión interna de valores jurídicos, intromisión no permitida por respeto al principio de dignidad de la persona humana -Art. 2 CS- y menos coactivamente.⁶³

De igual manera, MUÑOZ CONDE señala, que el Derecho Penal puede volverse legitimador de un orden social injusto, y que por lo tanto, al crear delincuencia, más bien realizar un proceso de criminalización, busque introyectar a la población, mediante la prevención general positiva, ciertos valores en particular que le convengan, volviéndose manipulador.⁶⁴

La prevención general positiva, parte al igual que la negativa del concepto de motivación; pero no a través del miedo, sino por el Derecho que comunica a la población determinados valores jurídicos, contribuyendo al aprendizaje social. Esto presupone la consideración de una racionalidad libre de la persona y la existencia de miembros de una sociedad homogénea y motivable.⁶⁵ Es decir, que ese efecto que se espera, no es comprobable empíricamente en todas las personas que se pretenden motivar.

Esta teoría ha encontrado actualmente en el funcionalismo de JAKOBS, que descansa sobre la base de las finalidades preventivo generales positivas de la pena, su principal promotor, quien parte de que al ser entendida la pena como un mal, la secuencia externa del hecho (delito) y pena, se produciría según la conocida expresión de HEGEL, la irracional secuencia de dos males. Sólo sobre la base de una comprensión comunicativa del hecho entendido como afirmación que contradice la norma y la pena entendida como respuesta que confirma la

63 Ver. Santiago Mir Puig, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, 32.

64 Francisco Muñoz Conde, *Derecho Penal y control social*, 43.

65 Cf. Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malareé, *Lecciones de Derecho Penal*, 50.

norma, puede hallarse una relación ineludible entre ambas.⁶⁶

En ese sentido, al ser la pena una muestra de la vigencia de la norma a costa de un responsable surgiendo un mal, cumple su cometido sólo con la estabilización de la norma lesionada.⁶⁷ De igual manera, para esta teoría el acto de comunicación que la pena supone no tiene destinatario prevalente al delincuente, sino al conjunto de ciudadanos que poseen ciertas expectativas, que la norma expresa (expectativa normativa), mostrándoles que al respetar la norma, están en lo cierto y que el defecto está en el actuar del otro (que la ha incumplido).

Por otra parte, para dicho autor, el delito es una comunicación defectuosa, una defraudación de expectativas que lesiona la vigencia de la norma, por lo que la pena, que se mueve en el plano simbólico o comunicativo, tiene la función de mantener dichas expectativas; siendo así, de ninguna manera es un instrumento de protección de bienes jurídicos.⁶⁸ Por ello, la imposición de la pena es la forma que tiene el sistema social de tratar las defraudaciones a costa del infractor y cumplir su función de estabilización normativa.⁶⁹

Así JAKOBS afirma que el Derecho Penal confirma la identidad social;⁷⁰ y no es tan solo un medio para mantenerla, sino que ya constituye ese mantenimiento.⁷¹ En ese sentido, le corresponde la función de velar por la parte más esencial de tales normas y solventar su subsistencia, estructurando de esa forma la base de lo social.

66 Cf. Gunther Jakobs, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional*, 10 y ss.

67 Cf. Gunther Jakobs, *Derecho Penal, parte general, fundamentos y teoría de la imputación*, 9

68 Ver. Gunther Jakobs, *¿Cómo protege el Derecho penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma.*, Libro homenaje al Profesor Dr. Günther Jakobs, *Desafíos del Derecho penal en el Siglo XXI* (Ara, 2005), 147 y ss.

69 Ver. Bernardo Feijoo Sanchez, *La Normativización del Derecho Penal: ¿Hacia una teoría sistémica o hacia una teoría intersubjetiva de la comunicación?*, *Teoría de Sistemas y Derecho Penal, Fundamentos y posibilidad de aplicación* (Lima: Ara, 2007), 553.

70 Ver. Gunther Jakobs, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional*, 11.

71 *Ibid.* 11.

Por lo tanto, es imposible desgajar al Derecho Penal de la sociedad, ya que existe una dependencia recíproca entre ambos: cabe asumir al Derecho Penal que realice esfuerzos para afrontar nuevos problemas sociales, hasta que el sistema jurídico alcance una complejidad adecuada con referencia al sistema social.⁷²

Ahora bien, desde su concepción el Derecho Penal no está orientado al servicio del orden de lo materialmente justo, sino precisamente que este derecho se justifica por su prestación para el mantenimiento del todo social, y éste se ha desarrollado por la comunicación.

En conclusión, para JAKOBS, las normas jurídicas serían “*expectativas del comportamiento contrafacticamente estabilizadas*”; el delito, una comunicación defectuosa que quebranta la vigencia de la norma; y la pena, un instrumento de aseguramiento contrafáctico y cognitivo de la vigencia de la norma.⁷³

Por último, es importante destacar que en cierta jurisprudencia de la SC empieza a tener eco la concepción funcionalista, ya que ha dicho con respecto a la misión del Derecho Penal y Procesal Penal, que “*parte de la base de asegurar los valores fundamentalmente consensuados dentro del marco de la Constitución y el afianzamiento de la identidad normativa de la sociedad conforme la aplicación de la pena en aquellos casos en que se ha realizado un delito*”.⁷⁴

2.2.2. Finalidades preventivo – especiales.

A diferencia de la función preventivo general de la pena que se proyecta a la colectividad, estas teorías propugnan que su objeto principal es la prevención de delitos que puedan proceder de una persona determinada.⁷⁵ Empero no cualquier sujeto, sino solo aquel que ya ha delinquido y que por lo

72 Ibid. 15.

73 Cf. Gunther Jakobs, *La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma*, Teoría de Sistemas y Derecho Penal, Fundamentos y Posibilidad de Aplicación, Trad. de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles y Carlos Gómez-Jara Díez (Lima: Ara, 2007), 277.

74 Ver. Sentencia dictada en el proceso de inconstitucionalidad referencia 6-2009 (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2012).

75 Claus Roxín, *Derecho Penal, parte general, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 85. Lo que la convierte en teoría relativa es la finalidad preventiva, diferenciándola de las absolutas.

tanto ha sido sancionado, por lo que se trata de que quien la sufre no vuelva a delinquir.⁷⁶ No opera, por lo tanto, en el momento de la conminación penal, sino en el momento de su ejecución.⁷⁷

Ha sido VON LISZT quien en su “Programa de Marburgo” sentó como postulado político criminal, a la fecha vigente, de que la finalidad de prevención especial se cumple de forma distinta según el tipo de delincuente: *i)* para el delincuente ocasional necesitado de correctivo, la pena es un recordatorio que le inhibe de ulteriores delitos. *ii)* Con respecto al delincuente no ocasional corregible, debe buscarse la resocialización con una adecuada ejecución de la pena; y *iii)* frente al delincuente habitual incorregible, la pena le tiene previsto la inocuización a través de su aislamiento.⁷⁸

Para el referido autor, a través de la intimidación del delincuente, no de la sociedad, la función de la pena se lleva a cabo mediante la corrección o resocialización y la inocuización. En ese sentido, el Derecho Penal lucha contra el delito, combate sus causas a través de la personalidad del delincuente, protegiendo de esta manera los bienes jurídicos más importantes de la sociedad.⁷⁹

Agrega dicho autor, que la prevención especial actúa de tres formas: *i)* asegurando a la comunidad frente a los delincuentes, mediante el encierro de éstos; *ii)* intimidando al autor mediante la pena, para que no cometa futuros delitos; y *iii)* preservándole de la reincidencia mediante su corrección.⁸⁰ Esta postura, es compatible con la que justifica la pena a través de su necesidad, en el sentido de que se han creado una serie de instituciones, como los beneficios penitenciarios, que permiten dejar de imponer la pena o ejecutarla total o parcialmente, cuando las condiciones propias del delincuente lo permitan.⁸¹

76 Cf. Santiago Mir Puig, *Derecho Penal, parte general*, 88.

77 Santiago Mir Puig, *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, 55.

78 Ver. Fran Von Liszt, *La idea de fin en el Derecho Penal. Programa de la Universidad de Marburgo*, Trad. Carlos Perez del Valle (Granada: Comares, 1995), 77-91.

79 *Ibid.* 91.

80 Claus Roxín, *Derecho Penal, parte general, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 85-86.

81 Santiago Mir Puig, *Derecho Penal, parte general*, 91.

Históricamente, han sido denominadas teorías de la enmienda, y refiere que la pena al ser correctiva, deja de ser un mal, por cuanto el condenado es una persona necesitada de mejoramiento moral y severa disciplina que le vuelvan a ser útil para la sociedad.⁸²

Por último, estas teorías parten de un sustrato filosófico diferente al de las preventivos generales, ya que para las primeras, el ser humano no es libre y por lo tanto está determinado al delito como ser defectuoso; en cambio para las últimas, el ser humano es libre, “*corriente denominada indeterminista*”.⁸³

2.2.2.1. Finalidad preventivo - especial positiva.

Esta teoría ve en la pena la oportunidad de resocializar y reeducar al delincuente, es decir volverlo apto para vivir en sociedad. En ese sentido, la pena solo tendría sentido, si lleva implícita en la ejecución un plan reeducador correccional, de readaptación social en definitiva, partiendo de ese modo de la idea de fin.⁸⁴ Estos postulados partieron las teorías extremas correccionalista, que entiende el Derecho Penal como protector de los criminales, y del positivismo criminológico, que llevó a la sustitución de la pena por medida de seguridad.⁸⁵

La fundamentación de la pena por la vía de esta teoría, por sí sola, se le recriminan varias posturas: *i*) puede generar supuestos de condenas con penas de larga duración, mientras dura el proceso resocializador, para delitos menos graves;⁸⁶ *ii*) de igual manera puede resultar ilícita, en el caso de intentar la persuasión a fuerza de tratamientos, sin que medie voluntad del penado;⁸⁷

82 Cf. Carlos Fontán Balestra, *Derecho Penal. Introducción y parte general*, 541.

83 Ver. Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malareé, *Lecciones de Derecho Penal*, 51.

84 Santiago Mir Puig, *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, 55-58.

85 *Ibid.* 56; y José Antonio Choclán Montalvo, *Culpabilidad y pena, su medición en el sistema penal salvadoreño*, 73-75.

86 Santiago Mir Puig, *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, 57; y Claus Roxín, *Derecho Penal, parte general, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 88.

87 Santiago Mir Puig, *Derecho Penal, parte general*, 91.

iii) casos de inocuización perpetua cuando sea incorregible;⁸⁸ o iv) casos de impunidad, aun para delitos graves, cuando el condenado no necesite ningún tratamiento resocializador o reeducador, en los que habría falta de necesidad de la pena.⁸⁹ Tampoco es necesaria la pena para el caso de delinquentes que para cometer el delito, obedecieron estímulos y circunstancias que, con seguridad, no volverán a repetirse en la vida del individuo.⁹⁰

Asimismo, se enfrenta con el cuestionamiento de con qué derecho deben dejarse educar y tratar los ciudadanos adultos por el Estado; al grado que tanto KANT como HEGEL veían en ello una violación de la dignidad humana, interpretación que no está alejada de la realidad en el orden jurídico salvadoreño, que contempla como un valor fundamental constitucional, la dignidad del ser humano -Art. 2 CS-, y a la vez como un principio limitador del Derecho Penal -Art. 2 CP-.⁹¹

Por último, se enfrenta a la dificultad de dar respuesta al delincuente reincidente que supuestamente ha sido reeducado, tomando en cuenta que, si se pretende una finalidad concreta como lo es su readaptación, no se ha tenido éxito; por lo que el problema de su justificación se tornó en su desencanto, quedó plasmado en el lema “*nothing works*” (nada funciona).⁹²

2.2.2.2. Finalidad preventivo - especial negativa.

Esta teoría propugna la pena con la función de proteger a la comunidad, aislando al delincuente peligroso para evitar su reincidencia delictiva.

88 Santiago Mir Puig, *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, 58.

89 Ibid. 58; y Claus Roxín, *Derecho Penal, parte general, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 89. En idéntico sentido ROXIN, quien además agrega que esta teoría en ocasiones no haya que hacer con esta clase de delinquentes –los que no necesitan reeducación-, ejemplificando el caso de los delinquentes del nacional-socialismo que hoy en día son inofensivos y viven en sociedad discretamente.

90 Santiago Mir Puig, *Derecho Penal, parte general*, 92. Frase de ROXIN, citado por MIR PUIG.

91 Cf. Claus Roxín, *Derecho Penal, parte general, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 88.

92 Ibid. 89.

Al entenderse como exclusiva dicha finalidad, se convierte en un planteamiento reduccionista, objeto de graves críticas, como lo sería, en primer lugar: *i)* la utilización de la persona humana como instrumento, la cual se ve cosificada, sin respetarse su dignidad reconocida por la CS, en su Art. 2⁹³; *ii)* al apartarle, sin más, de la sociedad en beneficio de ésta, se escoge la opción social en detrimento de la persona humana, lo cual olvida el fin del Estado salvadoreño, según el Art. 1 CS; *iii)* los sujetos peligrosos e incorregibles, recibirían un tratamiento especial, concretamente se generarían casos de inocuización perpetua;⁹⁴ y *iv)* por último, la pena sería más que un mal, un encierro para los indeseables.

2.3. Teorías eclécticas o de la unión.

Tal y cual hemos expuesto, cada una de las posturas que buscan dar sentido a la pena, por si solas, radicalizan sus planteamientos, generan soluciones injustas y por lo tanto se vuelven criticables.⁹⁵ No pasó mucho tiempo para que aparecieran teorías eclécticas, que trataran la retribución, la prevención general y especial, como distintos aspectos de un fenómeno complejo como lo es la pena.⁹⁶

Varias han sido las teorías eclécticas que han sido puestas sobre la mesa, pero ha sido ROXIN, quien propuso la más simple y unitaria.⁹⁷ Este autor, señala que debe existir una “*recíproca complementación y restricción*”⁹⁸ entre las finalidades antes estudiadas, en el que sus aciertos sean conservados en una concepción amplia y que sus deficiencias amortiguadas, denominándole “*teoría unificadora preventiva dialéctica*”.⁹⁹

93 Ver. Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malareé, *Lecciones de Derecho Penal*, 51.

94 Cf. Santiago Mir Puig, *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, 58.

95 Cf. Claus Roxin, *Derecho Penal, parte general, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 94.

96 Cf. Santiago Mir Puig, *Derecho Penal, parte general*, 93.

97 Ibid. 96.

98 Claus Roxin, *Derecho Penal, parte general, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 95.

99 Ibid. 95.

No obstante lo anterior, manifiesta expresamente la renuncia a la retribución, agregando que aunque es cierto que toda pena es una intervención coercitiva del Estado y una carga para el condenado, en cuanto es inherente a ella un elemento represivo, las finalidades preventivo generales vendrían a suplir las “bondades” de la retribución;¹⁰⁰ así por ejemplo, el caso según el cual solo la teoría de retribución podría resolver, cual es el de los nazis que se dice que, luego de cometer crímenes horrendos, vivieron apegados a la ley, sin necesidad de reeducación alguna, la teoría preventivo general positiva obligaría imponer una pena.¹⁰¹

Empero ROXIN afirma por otro lado, que el principio de culpabilidad exige que la pena sea proporcional a la culpabilidad del reo;¹⁰² lo cual debe pasar a formar parte también de la teoría ecléctica como medio de limitación de la pena, ya que remedia el defecto propio a todas las teorías preventivas, cual es que para su enfoque se dejan de lado las barreras del poder sancionador.¹⁰³ A ello hay que agregar otra exigencia de dicho principio que debe respetarse, y es que las necesidades de prevención (general o especial) no pueden legitimar una pena que supere la gravedad de la culpabilidad.¹⁰⁴

Por ello, todavía hay autores que no renuncian a la retribución en las teorías eclécticas, salvando de ellas, al igual que ROXIN, esa parte que resume el principio de culpabilidad.¹⁰⁵ A pesar de lo anterior, este último autor defiende que el fin de la pena sólo puede ser de tipo preventivo, y que la búsqueda simultánea, tanto de finalidades preventivo generales como especiales, no es problema si se

100 Ibid. 98.

101 Ibid. 98.

102 Ver. Hans-Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*, 58. Ramón Falcón y Tella, *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?*, 133. Según dichos autores, la culpabilidad es presupuesto base de la teoría de la retribución.

103 Cf. Claus Roxin, *Derecho Penal, parte general, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 99.

104 José Antonio Choclán Montalvo, *Culpabilidad y pena, su medición en el sistema penal salvadoreño*, 95. El principio de proporcionalidad en nuestro ordenamiento jurídico, es una limitante de la pena en ambas vertientes, ya que el Art. 63 CP establece que la pena no podrá exceder el desvalor que corresponda al hecho realizado por el autor y será proporcional a su culpabilidad.

105 Ibid. 96. ZIPF, citado por CHOCLÁN MONTALVO.

logra un correcto equilibrio entre ambas, aunque no se necesite resocialización alguna, la necesidad de prevención general fundamentaría la pena.¹⁰⁶

Por otro lado agrega que es necesario, por el principio de dignidad humana, que la resocialización sea opcional al condenado para que sea eficaz, y que en casos en que haya conflicto entre ambas funciones, en el sentido de que una aconseje una pena más grave por ejemplo, es necesario sopesar los fines de prevención especial y general y ponerlos en un orden de prelación, teniendo preferencia la prevención especial, por lo que se debería cumplir la pena más baja y buscar un sustituto penal;¹⁰⁷ y al contrario, por motivo de los efectos preventivo especiales, la pena no puede ser reducida hasta tal punto que la sanción ya no se tome en serio en la comunidad, pues quebrantaría la confianza en el ordenamiento jurídico.¹⁰⁸

Por último, refiere que las finalidades de la pena se acentúan en diferentes momentos en la vida de la misma; así, en primer lugar, con la conminación penal se logra la prevención general. En segundo lugar, en la imposición de la pena en la sentencia, privan fines y necesidades preventivas especiales y generales. Por último, en la ejecución de la pena pesa la prevención especial.¹⁰⁹ Con la conminación legal se busca la protección de bienes jurídicos y prestaciones públicas imprescindibles a través de la prevención general de los hechos que atenten contra tales bienes.¹¹⁰

En el segundo momento, es decir con la aplicación judicial, sirve de complemento a la función de prevención general, confirmando la seriedad de la amenaza abstracta expresada por la ley; pero sin sobrepasar la culpabilidad del autor, sirviendo a la vez a la prevención especial.¹¹¹ En el momento de la

106 Ibid. 95.

107 Ibid. 96-97.

108 Ibid. 96.

109 Ibid. 97.

110 Santiago Mir Puig, *Derecho Penal, parte general*, 96. ROXIN, citado por MIR PUIG.

111 Ibid. 96-97. ROXIN, citado por MIR PUIG.

ejecución de la pena, sirve de confirmación a los fines anteriores, tendiendo a la resocialización del delincuente, como forma de prevención especial.¹¹²

3. Jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional.

La CS habilita a los Tribunales de justicia penal la facultad de imponer penas, siempre y cuando se respeten las garantías constitucionales instauradas y los principios limitadores del *ius puniendi*, de conformidad a los Arts. 13 y 14.

Empero es el Art. 27 inciso tercero de la Carta Magna el que regula la pena, puntualizando que los centros penitenciarios estarán organizados con la finalidad de procurar la readaptación y resocialización de los delincuentes junto a la prevención de los delitos, prohibiendo en los incisos primero y segundo, la pena de muerte para casos civiles, la prisión por deudas, las penas perpetuas, las infamantes, las proscriptivas y toda especie de tormento.

Dicha disposición conlleva un mandato a favor de las finalidades preventivo-especiales a la pena. Con respecto a ello, la SC en reciente jurisprudencia, reconoce una directriz constitucional de asignar a la ejecución penitenciaria una orientación preventivo-especial positiva, entendida como la búsqueda de la reeducación y reinserción social de los condenados, estipulando de esta manera la resocialización como principio rector de la ejecución penitenciaria. Advierte que, a pesar de que la prisión tiene de hecho este efecto neutralizador mientras se está ejecutando (prevención-especial negativa), la simple retención o custodia del recluso no puede convertirse en un objetivo constitucionalmente válido por sí mismo, que no tome en cuenta los efectos que la privación de libertad haya tenido en la resocialización del penado o en la realización de otro fin constitucionalmente legítimo.¹¹³

Empero también se refirió a las finalidades preventivo generales, ya que agregó además que la referida disposición constitucional, no contiene una

112 Ibid. 97.

113 Ver. Sentencia dictada en el proceso de inconstitucionalidad referencia 63-2010 (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2013).

prohibición para el legislador de atender dichos criterios, en relación con la intensidad de la afectación a la libertad, concretamente la finalidad disuasiva de la pena en el momento de la conminación penal. Sin embargo, aclaró que no pueden existir penas que imposibiliten un tratamiento penitenciario y mucho menos que supongan un encierro prolongado, que sea indefinido o de por vida.¹¹⁴

De esa manera, la SC si bien es cierto no derivó de los postulados constitucionales las finalidades preventivo generales de la pena, abrió la puerta para que el legislador se valiese de la misma para combatir el fenómeno delincencial desde ese punto de vista; no significando que se habilite sancionar en abstracto el delito con marcos de penalidad, que lleven ya en la dosimetría penal a imponer penas extremadamente largas.¹¹⁵

Fue más allá en otra resolución, y refirió que la prevención especial (positiva) no es el único fin constitucional de la pena, pues ésta también sirve para la prevención de delitos (prevención general negativa). En ese entendido, estableció que existe un amplio margen de configuración legislativa del Derecho Penal, tanto respecto a la selección de las consecuencias jurídicas, como en relación a la forma en que serán cumplidas; por lo que aunque el Art. 27 de la CS muestre coincidencias con el ideal resocializador, no supone que exista una obligación constitucional para el legislador de regular tal beneficio para todos los delitos.¹¹⁶

En definitiva, la SC sin decirlo expresamente, al reconocer el mandato preventivo especial contenido en el Art. 27 de la CS y al abrir paso a finalidades preventivo generales en su jurisprudencia, reconoce la necesidad de una pena cuyo sentido no sea potenciar una única teoría sobre las finalidades de la pena, sino parece se ha decantado por la teoría ecléctica o de la unión, al combinar las finalidades estudiadas en diferentes momentos de la vida de la pena.

114 Ver. Sentencia dictada en el proceso de inconstitucionalidad referencia 5-2001, acumulada (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2010).

115 Ver. José Antonio Choclán Montalvo, *Culpabilidad y pena, su medición en el sistema penal salvadoreño*, 96.

116 Ver. Sentencia dictada en el proceso de inconstitucionalidad referencia 25-2006 (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2008).

4. Fricción entre finalidades preventivo generales y especiales en el orden jurídico salvadoreño.

Hasta aquí hemos analizado las diferentes posturas sobre la finalidad de la pena, las cuales son aplicables a nuestro derecho interno, por lo que el esfuerzo que se pretende hacer a continuación es enunciar algunos momentos de tensión entre ambas finalidades y los problemas generados, y en algunos casos, las soluciones aportadas por la jurisprudencia y la doctrina.

El legislador al dictar el CP que entró en vigencia en el año 1998, creó un catálogo de delitos, los cuales sancionó en abstracto con un marco penal mínimo y máximo de pena, cual conminación penal que pone en vigencia la función preventivo general que busca motivar a la población mediante la amenaza de un mal, en el sentido de que se abstenga de realizar las conductas ahí prohibidas.

Según el Art. 63 del mismo cuerpo de leyes, dependiendo de la culpabilidad del sujeto, siguiendo los criterios de determinación de la pena que ahí se exigen, el juez decreta una pena en particular, reafirmandose la expectativa violentada por el delito, nutriéndose de esa manera la confianza en el Derecho.

De igual manera, en ese mismo año, entró en vigencia la Ley Penitenciaria (LP), que en su Art. 3 define su objeto: *“procurar la readaptación social de los condenados y la prevención de los delitos, así como la custodia de los detenidos provisionales”*. En dos líneas define la función preventivo especial en sus aspectos positivo y negativo, respectivamente. En ese sentido, los centros penales, de conformidad al Art. 27 de la CS, están organizados para la búsqueda de finalidades preventivas especiales de readaptación social de los condenados; y a la vez, apartándoles de la población en general por el tiempo en que deben cumplir dicha condena.

Empero, tanto el CP como la LP empezaron a sufrir reformas, las cuales ponían énfasis en la prevención general atemperando la prevención especial. Para el caso, se señalan el Art. 45 n° 1, que establecía la pena de prisión como

pena principal, con una duración de seis meses a setenta y cinco años; Art. 71, que regulaba la penalidad del concurso real, advirtiendo que el conjunto de penas impuestas en ningún caso podrá exceder de setenta y cinco años de prisión; y Art. 129 inc. final, todos los anteriores del CP, que señalaba como pena máxima la de cincuenta años para el homicidio agravado.¹¹⁷

En un primer momento la SC avaló tal proceder, ya que reconoció al legislador, como parte de la libertad de configuración legal, la facultad de compaginar finalidades preventivo-generales o retributivas a la hora de la conminación penal, aun exacerbando las penas en cuasi perpetuas¹¹⁸. Afortunadamente la SC, teniendo una conformación diferente, enmendó tal decadente jurisprudencia, manifestando en lo medular que esa libertad de configuración legal que tiene el legislador a la hora de la formulación abstracta de la pena no es ilimitada, ya que el marco penal no puede: *i*) ir en contra de la dignidad humana; *ii*) impedir el proceso de reinserción del condenado; y *iii*) exacerbar al máximo el carácter aflictivo o expiatorio, que ya de por sí es inherente a la cárcel.¹¹⁹

En ese sentido, declaró inconstitucionales parcialmente en cuanto a la determinación de los montos de las penas, los referidos artículos del CP, por cuanto la magnitud prevista por el legislador (75 años) vuelve nugatoria la función resocializadora de la pena contemplada en los incs. 2° y 3° del Art. 27 CS.

Empero, difirió los efectos de dicha declaratoria, a fin de que la Asamblea Legislativa determine la sanción penal a imponer en relación con los máximos de prisión como pena principal (Art. 45 del CP), con la penalidad del concurso real de delitos (Art. 71 del CP), y los límites máximos de la pena

117 D. L. N° 486 del 18-VII-2001 (D. L. 486/2001), publicado en el D. O. N° 144, tomo 352, correspondiente al 31-VII-2001.

118 Ver. Sentencia dictada en el proceso de inconstitucionalidad referencia 32-2006 (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2008). Declaró que en el número uno del Art. 45, en el inciso último del Art. 129 y en el Art. 149, todos del CP, no existe contradicción con el Art. 27 inciso tercero de la CS, porque esta disposición constitucional reconoce al Órgano Legislativo un amplio margen de acción en las políticas públicas en materia criminal.

119 Ver. Sentencia referencia 5-2001, acumulada. (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia).

de prisión en el delito de homicidio agravado (Art. 129 del CP); lo cual fue cumplido por este último órgano, estableciendo la pena de 60 años de prisión.¹²⁰

No obstante lo anterior, se considera que la pena de prisión de sesenta años sigue volviendo nugatoria la función resocializadora contemplada en los incs. 2° y 3° del Art. 27 CS, ya que no busca ninguna finalidad reeducadora, sino inocuizadora, por cuanto que una persona condenada a esa cantidad de años de prisión, nunca podría resocializarse saliendo de la misma como adulto mayor. De igual manera, la ejecución penitenciaria de corte preventivo especial, presenta fricciones con las finalidades preventivo generales. A su estudio se dedican los siguientes apartados.

II. La Pena de Prisión en Particular.

Lo dicho sobre las finalidades de la pena en general en el primer capítulo, no aplica a todas las penas existentes -tomando en cuenta que la legislación salvadoreña ofrece un catálogo más amplio en los Arts. 45 y 46 del CP que las clasifica en principales y accesorias, verbigracia la de prisión, arresto de fin de semana, arresto domiciliario, multa y prestación de trabajo de utilidad pública-. En ese sentido, penas como la de multa, en las que no existe privación de libertad, no es posible hablar de prevención especial negativa o función inocuizadora, por ejemplo.

Aclarado lo anterior, la finalidad de este trabajo va orientado al estudio de los límites legales a los beneficios penitenciarios, los cuales solo son predicables para la pena de prisión.

1. Concepto y finalidades de la pena de prisión en particular.

La prisión es aquella pena que implica afectación al bien jurídico *libertad* mediante la reclusión por un tiempo determinado, efectuada en un

120 D.L. No. 1009, 29 de febrero de 2012, publicado en D.O. No. 58, T. 394, 23 de marzo de 2012.

establecimiento penitenciario y bajo un determinado régimen de actividades.¹²¹ De las penas principales es de las más importantes y coactivas por antonomasia, siendo una de las consecuencias jurídicas del delito más gravosas que existen.¹²²

La legislación salvadoreña no hace un esfuerzo para clasificarla, limitándose a establecer el marco penal, mínimo y máximo, de su duración, estableciendo que va de seis meses a sesenta años -Art. 45 numeral 1) del CP-, agregando que será cumplida en una celda o pabellón especial de aislados.

Empero en la LP, se regula una clasificación de delitos en base a la duración de la pena de prisión, así en el Art. 18 inciso 2 del CP, se establece que los delitos son graves y menos graves, siendo los primeros aquellos que están castigados con pena de prisión con un máximo superior a los tres años, y por deducción, los menos graves, son aquellos señalados con pena de prisión cuyo límite máximo es inferior a los tres años de prisión. En ese sentido, podemos clasificar también las penas en graves y menos graves, siendo la línea divisoria entre una y otra la cantidad de tres años de prisión.

2. Los sistemas penitenciarios.

La prisión como pena no siempre fue el eje del Derecho Penal en la historia, ya que antes del siglo XVIII, no era más que una medida cautelar para garantizar las resultas de otras penas como la de muerte, castigos corporales y las infamantes.¹²³

121 Ver. Miguel Ángel Boldova Pasamar, Luis Gracia Martín, y M. Carmen Alastuey Dobón, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2004), 55. Entendida como consecuencia jurídica del delito. Gerardo Landrove Diaz, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 45. José Lorenzo Salgado, *Penas privativas de libertad. Referencia especial al arresto de fin de semana.*, Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código Penal (Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1996), 18-22. Miguel Ángel Boldova Pasamar, Luis Gracia Martín, y M. Carmen Alastuey Dobón, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 57.

122 Ver. Santiago Mir Puig, *Derecho Penal, parte general*. Sin lugar a dudas la más grave es la pena de muerte, 658-664; y Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Aran, *Derecho Penal, parte general*, 526.

123 Cf. Gerardo Landrove Diaz, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 45.

A partir de ese siglo, los procesos de ejecución de la pena de prisión se organizan de acuerdo a unos determinados principios, dando lugar a distintos tipos de sistemas penitenciarios.¹²⁴ Se entiende por sistema penitenciario al conjunto de normas que regulan el funcionamiento de los centros penales, orientadas a los fines que debe lograr la prisión.¹²⁵

2.1. Sistema Progresivo.

Su fundamento es la preparación del penado para la libertad, estimulando en ellos la emulación que habría que conducirles a dicha meta, orientando progresivamente, es decir distribuyendo el tiempo de duración de la condena en diversos períodos en los cuales se acentúan privilegios o ventajas para el recluso, paralelo a su buena conducta y aprovechamiento del tratamiento del que es objeto.¹²⁶ En ese sentido, el avance o regresión de una fase a otra, es recompensa o castigo, según el comportamiento del penado.¹²⁷

Empero la labor de preparar al condenado para su libertad, mediante trabajo, tratamiento y un régimen, no es otra cosa que adaptar la ejecución de la pena a las necesidades resocializadoras de la misma (prevención especial positiva).¹²⁸ Adviértase que, en ese sentido, la finalidad del sistema progresivo, es acorde a las exigencias del Art. 27 inc. 3 CS.¹²⁹

Este sistema debe su éxito a la planificación de la fase ejecutiva, en dos aspectos: la primera, terapéutica, que se sucede a una investigación de la personalidad y relaciones vitales del interno, lo cual en el orden jurídico

124 Ver. Miguel Ángel Boldova Pasamar, Luis Gracia Martín, y M. Carmen Alastuey Dobón, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 88. En esa obra se sostiene que la evolución de las penas que castigaban al cuerpo y la vida, a las que privan de libertad, tuvo que ver el sistema de producción capitalista, en el que cobra valor la fuerza de trabajo del hombre y por lo tanto, su cuerpo, siendo en consecuencia los reclusos, una importante fuerza de trabajo de la que se puede disponer, aún a costa de su voluntad individual.

125 Ver. Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Aran, *Derecho Penal, parte general*, 577.

126 Ver. Ibid. Pág. 578; y Gerardo Landrove Diaz, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 52-53.

127 Ver. Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Aran, *Derecho Penal, parte general*, 578.

128 Cf. Borja Mapelli Caffarena y Juan María Terradillos Basoco, *Las consecuencias jurídicas del delito* (Madrid: Civitas, 1996), 139.

129 Ver. José Antonio Choclán Montalvo, *Culpabilidad y pena, su medición en el sistema penal salvadoreño*, 103-108.

salvadoreño es realizado por el Consejo Criminológico Nacional (CCN), Art. 29 LP; y la segunda, la penitenciaria que, basada en la primera, determina el tipo de régimen a aplicar.¹³⁰

La doctrina establece para dicho sistema, con variantes, alrededor de cuatro fases o periodos;¹³¹ a saber: *i*) aislamiento celular, para el reconocimiento del recluso y su clasificación; *ii*) ordinario, vida en común, en el que se es objeto de acción conjunta de todos los medios a disposición de la institución penitenciaria: instrucción, educación, trabajo, etc.; *iii*) confianza o pre-libertad, que busca la preparación para la vuelta a la sociedad, fomentando lazos con el exterior, mediante permisos de salida, búsqueda de trabajo; y *iv*) la libertad condicional o bajo palabra.

La SC ha dicho, a propósito de la libertad condicional, que para algunos doctrinarios constituye la última fase de “los regímenes penitenciarios progresivos”, cuya principal característica es la importancia que le conceden a la buena conducta del recluso en prisión y su prognosis de reinserción social, lo que supera incluso el cumplimiento íntegro de la pena en un régimen cerrado.¹³²

No obstante lo anterior, en dicha jurisprudencia, no deja de dar a entender que esa interpretación es una mera propuesta doctrinaria, la cual le parece irrelevante, ya que sin decirlo expresamente, se decanta interpretando la libertad condicional como un beneficio penitenciario que se da en la última etapa de la ejecución de la pena, y que puede limitarse en abstracto, es decir mediante ley, por finalidades preventivo generales.

En otra línea jurisprudencial, la SC ha dicho que la LP está inspirada en el “ideal resocializador”, el cual descansa sobre dos ejes: el régimen y el tratamiento penitenciarios.¹³³ El primero, entendido como el orden normal de

130 Cf. Borja Mapelli Caffarena y Juan María Terradillos Basoco, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 140.

131 Ver. Gerardo Landrove Diaz, *Las consecuencias jurídicas del delito*. Págs. 53-54. Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Aran, *Derecho Penal, parte general*. Pág. 580. Miguel Ángel Boldova Pasamar, Luis Gracia Martín, y M. Carmen Alastuey Dobón, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 90.

132 Ver. Sentencia de inconstitucionalidad referencia 25-2006. (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia).

133 Ver. Sentencia de inconstitucionalidad referencia 5-2001. (El Salvador, Sala de lo Constitucional

convivencia al interior de un establecimiento penitenciario, a través de normas, y el segundo, como el conjunto de actividades dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados. En ese sentido, el Art. 124 de la LP especifica 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.*”

En la misma sentencia, dijo que régimen penitenciario salvadoreño responde esencialmente a los principios: *i) legalidad*, según el cual la actividad penitenciaria debe respetar garantías y límites establecidos por la LP, los reglamentos dictados conforme a ella y por las sentencias judiciales (Art. 4 de la LP); *ii) subordinación*, ya que según el Art. 3 de la LP, es de rigor procurar la readaptación social de los condenados y la prevención de los delitos, así como la custodia de los detenidos provisionales, preponderando el tratamiento penitenciario sobre el régimen (Arts. 2 y 3 de la LP); *iii) afectación mínima*, según el cual las medidas disciplinarias no pueden contener más restricciones que las necesarias para conservar en armonía, la seguridad y la vida interna del centro (Art. 4 de la LP); y por último, *iv) coordinación*, según el cual, en base al inc. 2° del Art. 127 de la LP, el Consejo Criminológico Regional (CCR) cuidará de armonizar el tratamiento penitenciario con las actividades del régimen.¹³⁴

Sobre ello, añadió la SC, la LP regula la división del régimen penitenciario de carácter progresivo en cuatro fases: *i) fase de adaptación*: acomodación de los internos a las condiciones de vida en el centro; *ii) fase ordinaria*: de desarrollo normal del cumplimiento de la condena; *iii) fase de confianza*: de flexibilización de la disciplina, concesión de algunos beneficios como los permisos de salida, así como poder optar a puestos de trabajo de mayor responsabilidad; y *iv) fase de semilibertad*: el interno podrá realizar actividades fuera del centro y gozar de permisos de salida más amplios, además de contar con apoyo profesional para su posterior reinserción en la vida social.¹³⁵

de la Corte Suprema de Justicia). Dicho análisis es parte del “*ober dictum*” de la sentencia, con la finalidad de determinar si el Art. 103 LP es inconstitucional o no.

134 Ibid.

135 Ibid.

En reciente jurisprudencia, afortunadamente matizó la postura inicial, manifestando que: ...“*el diseño de un sistema progresivo de cumplimiento de la pena constituye la estructura fundamental sobre la cual se asienta el régimen penitenciario salvadoreño, a partir de la individualización del penado*”. Enseguida lo definió como varias fases en las cuales, conforme a su evolución positiva, el recluso adquiere más ventajas y privilegios, como mayores responsabilidades, de cara a su salida. El objeto del mismo es que la persona se supere progresivamente en dichas fases, hasta alcanzar el cumplimiento total de la pena o ser beneficiada con la libertad condicional.¹³⁶

En esta jurisprudencia, los cambios de criterio político-criminal respecto al sistema progresivo, cayeron en tierra fértil, ya que reconoció que la libertad condicional, vértice de dicho sistema, aunque caracterizada como un beneficio penitenciario es una forma de cumplir la pena, ya que el condenado sigue sujeto a control.¹³⁷ Por último, aclaró que es imprescindible el máximo contacto de los internos con el exterior durante el cumplimiento de la pena para el éxito de cualquier política de reinserción. Así, se suaviza la institucionalización de la prisión y se facilita la reincorporación del condenado a la sociedad y a la libertad, acercándolo gradualmente.¹³⁸

3. Crisis de la ideología resocializadora.

MUÑOZ CONDE dice que la prisión en lugar de resocializar, agrava indefectiblemente la “desocialización”.¹³⁹ Otros autores van más allá, y hablan de crisis del pensamiento resocializador, no solo como ideología, sino también del medio para conseguirla: el tratamiento penitenciario, produciendo una involución del Derecho Penal a posiciones retribucionistas.¹⁴⁰

136 Ver. Sentencia de inconstitucionalidad referencia 63-2010, (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia).

137 Ibid.

138 Ibid.

139 Cf. Francisco Muñoz Conde, *Derecho Penal y control social*, 89.

140 Ver. José Antonio Choclán Montalvo, *Culpabilidad y pena, su medición en el sistema penal salvadoreño*, 108.

En ese sentido, las principales posturas que le critican, lo hacen desde el concepto de tratamiento, negando la posibilidad o eficacia del mismo y por otro lado, su legitimidad. En cuanto a lo primero, se dice cómo educar para la libertad en condiciones de ausencia de libertad. Para lo segundo, se dice que no hay que resocializar al delincuente, sino a la sociedad misma y que la intervención constituye una injerencia en la persona humana.¹⁴¹

MUÑOZ CONDE, al referir el único sentido que puede y debe tener en la actualidad la realidad penitenciaria el concepto de resocialización y tratamiento, concluye de manera pesimista: *“procurar la no desocialización del delincuente o, en todo caso, no potenciarla con instituciones de por sí desocializadoras”*.¹⁴²

Con todo, muchas han sido las construcciones teóricas que señalan la imposibilidad de obtener resultados positivos con la ejecución de la pena, desde el punto de vista resocializador, los cuales teniendo de base resultados palpables, como lo serían estadísticas de reincidencia de los penados, las que a veces no son alentadoras, resulta inadecuado criticar el tratamiento en función de sus efectos, ya que el éxito de la ejecución no depende únicamente de ello, sino de múltiples factores extrapenitenciarios que le afectan:¹⁴³ miseria, desintegración familiar, falta de efectividad de otros controles sociales, etc. En ese sentido, solo es exigible a un Estado Social de Derecho, que el tratamiento funcione para algunos delincuentes a fin de justificar su subsistencia.¹⁴⁴

4. El sistema penitenciario salvadoreño.

Tal como se ha expresado, siguiendo a la SC, el sistema penitenciario salvadoreño es de orden progresivo, ya que el mismo descansa sobre fases, las cuales se suceden unas a otras con mejores beneficios y mayores responsabilidades penitenciarias, que de acuerdo a la prognosis inicial de su readaptación y el desempeño en su tratamiento, constituye un *iter* de la ejecución

141 Ver. Jesús María Silvia Sánchez, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, 30-31

142 Cf. Francisco Muñoz Conde, *Derecho Penal y control social*, 117.

143 José Antonio Choclán Montalvo, *Culpabilidad y pena, su medición en el sistema penal salvadoreño*, 112. GARCÍA GARCÍA, citado por CHOCLÁN MONTALVO.

144 Ibid. 114.

de la pena, hasta llegar a la obtención de la libertad.

Subjetivamente, se crea una situación jurídica peculiar, entre el interno y la Administración Penitenciaria, denominada de “sujeción especial”, conformada por un entramado de derechos y obligaciones que afecta a reclusos y funcionarios.¹⁴⁵ En ese sentido, la relación penitenciaria desencadena un conjunto de derechos y obligaciones recíprocas, que de ninguna manera debe servir de excusa para privar derechos fundamentales de los internos o limitar los controles jurisdiccionales en la ejecución de la pena.¹⁴⁶

A continuación se describirán las fases del sistema progresivo salvadoreño:

4.1. Fase de adaptación.

Su finalidad es la acomodación de los internos a las condiciones de vida en el centro penitenciario,¹⁴⁷ suponiendo su llegada a la prisión, caracterizándose por reuniones explicativas y amplio horario de visitas, tal y cual lo regula el Art. 96 LP. Su duración es de 60 días, en los cuales el CCR debe evaluar si el interno se encuentra en condiciones para pasar a la fase ordinaria, o de lo contrario debe ampliar el término por igual período tiempo. En caso de ser afirmativo, dicho Consejo debe evaluar el estatuto jurídico al cual será sometido el interno, así como deberá establecer el tratamiento a aplicársele de conformidad al Art. 3 y 31 No. 2 LP.

Esta etapa sirve para que el CCR se nutra de información vital sobre la personalidad del interno, estando obligados a realizarle un estudio criminológico que comprenda sus características personales y la prognosis de adaptabilidad a la sociedad.¹⁴⁸

145 Ver. Juan Carlos Ferré Olivé, *Consecuencias jurídicas del delito* (San Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, 2001), 223.

146 Ibid. 224.

147 Ver. Sentencia de inconstitucionalidad referencia 5-2001, (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia).

148 Cf. Juan Carlos Ferré Olivé, *Consecuencias jurídicas del delito*, 250.

4.2. Fase ordinaria.

Prácticamente es la fase de desarrollo normal de la condena,¹⁴⁹ por lo que supone el eje de su cumplimiento.¹⁵⁰ Se caracteriza por su escasa flexibilidad. Está regulada en el Art. 97 LP, cuyos pilares son el trabajo, instrucción, recreación y de descanso. Todo ello distribuido en horarios determinados. Así, para el trabajo, se establece que no podrá ser superior a ocho horas y el de instrucción, una hora, salvo que asista a cursos regulares.

El trabajo es regulado como una obligación para todos los internos, salvo autorización del Consejo, por lo que el Estado está obligado a brindar dicha posibilidad a todos los internos. De igual manera, en el aspecto recreacional, los centros deberán poner énfasis en actividades deportistas, culturales y artísticas. Con respecto a la instrucción, se establece como una obligación del Estado brindarla a cada interno. Todo lo anterior, con apego al principio de dignidad humana, promoviendo las relaciones comunitarias, para preparar la vida en libertad.

4.3. Fase de confianza.

Se caracteriza por la flexibilización de la disciplina, concesión de algunos beneficios como los permisos de salida ordinarios, opción a puestos de trabajo de mayor responsabilidad,¹⁵¹ un incremento del régimen de visitas y mayores libertades ambulatorias dentro del centro.¹⁵² Está regulada en los Arts. 98 y 99 LP.

Requisitos para ello son haber cumplido un tercio de la condena y probar objetivamente, avances en el desarrollo de la personalidad. Lo anterior deberá ser evaluado por el CCR, quienes tomarán en cuenta las relaciones del

149 Ver. Sentencia de inconstitucionalidad referencia 5-2001. (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia).

150 Cf. Juan Carlos Ferré Olivé, *Consecuencias jurídicas del delito*, 250.

151 Ver. Sentencia de inconstitucionalidad referencia 5-2001. (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia).

152 Cf. Juan Carlos Ferré Olivé, *Consecuencias jurídicas del delito*, 250.

interno con la comunidad penitenciaria y con el exterior, su predisposición a participar en la vida de su grupo social, la conducta, los progresos demostrados en su instrucción educativa, su actividad laboral y, en caso de recibir tratamiento, los resultados producidos en el mismo.

No obstante lo anterior, previo dictamen favorable del CCR, se podrá obviar el requisito de haber cumplido la tercera parte de la pena, atendiendo a las circunstancias personales del condenado, las del hecho cometido, la duración de la pena o por méritos demostrados en el régimen ordinario.

4.4. Fase de semilibertad.

Es la fase de prisión abierta, en el sentido de que se buscarán para el interno, centros abiertos para su reclusión. En ella el interno podrá realizar actividades fuera del centro penitenciario, gozar de permisos de salida más amplios, contar con un régimen de visitas amplio, además de contar con apoyo profesional para su posterior reinserción en la vida social, que incluye búsqueda de trabajo y vivienda, y preparación de documentación.¹⁵³ Está regulada en los Arts. 100 y 101 de la LP.

Se requiere para ello haber cumplido dos cuartas partes de la condena o estar a seis meses de la fecha en que el interno se pueda beneficiar con libertad condicional, es decir seis meses antes de cumplir las dos terceras partes de la condena.

153 Ver. Sentencia de inconstitucionalidad referencia 5-2001. (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia).