LAS ESCUELAS Y PRINCIPALES CORRIENTES DEL DERECHO PENAL EN LA LEGISLACION SALVADOREÑA PREVIO AL CODIGO PENAL DE 1998

Por Oswaldo Ernesto Feusier Ayala

1. INTRODUCCIÓN.

"Tres palabras rectificadoras del legislador, y bibliotecas enteras se convierten en inútiles pliegos impresos", tres palabras modificadoras y en los términos delineados por Hermann von Kirchmann en su famosa conferencia de 1947, *La falta de valor de la jurisprudencia como ciencia,* libreras enteras de especulaciones jurídicas caen hechas añicos. Welzel, padre de la doctrina finalista, no estaba de acuerdo con la anterior afirmación y desde su *Derecho Penal* de 1956 supo dar respuesta a Kirchmann:

> Es creencia errónea positivista la que supone que el derecho en su integridad es un producto del legislador; que el legislador puede administrar arbitrariamente la materia jurídica y que la dogmática jurídica es, por tanto, sólo la elaboración técnica de esta materia jurídica "casual" (…) El libro presentado está en posición diametralmente opuesta a semejante concepción del derecho y de la ciencia jurídica. Parte de la convicción de que el legislador no es en manera alguna omnipotente, y que está ligado a determinados límites dados en la materia del derecho. Encontrar y llevar al conocimiento estos límites, es la misión de una tarea científica en derecho penal[1].

[1] Hans Welzel, *Derecho Penal. Parte General,* (Buenos Aires, Ariel, 1956), 8.

Frente a la omnipotencia del legislador, Welzel opuso ciertas realidades "lógico objetivas" que deben preceder cualquier análisis o estudio jurídico, realidades impresas desde siempre en la naturaleza de las cosas que deben ser respetadas por el legislador, y a la vez descubiertas y protegidas por el jurista o el investigador del derecho, siendo una de estas estructuras "lógico objetivas" la constitución finalmente dirigida del actuar humano, una formulación que cambiará el entendimiento del delito por las próximas décadas en toda la zona de influencia de la tradición continental europea, incluyendo nuestro pequeño país.

De hecho, casi cuarenta años después de la publicación de Welzel, la exposición de motivos del código penal de 1998 estaría aceptando uno de los postulados fundamentales del finalismo, uno que se repite mecánica e irreflexivamente en prácticamente todo requerimiento fiscal y resolución definitiva judicial:

> El anteproyecto toma los postulados de la posición mayoritaria de la doctrina actual adoptando la clasificación del error de tipo y de prohibición (...) Esta posición es acorde con los postulados de la doctrina finalista de la acción, la cual distingue entre un dolo natural, integrante de la tipicidad, referida entonces al aspecto objetivo de ella y por tanto relacionado con un error sobre ese aspecto objetiva

Basta leer sin mayor esfuerzo el anterior fragmento, para caer en la cuenta de la inconsistencia entre la justificación de la exposición de motivos y la talla del autor cuya influencia se reconocía en nuestra legislación. Welzel, una suerte de iusnaturalista de su época, plantaba cara contra la todavía potente influencia del positivismo formalista de su época, enfrentándose contra un legislador que se creía omnipotente, y que en parte, consideraba responsable de la devastación que azotaba Europa en las medianías del siglo XX. Por su parte, la exposición de motivos de 1998, pese a desarrollarse en un contexto post-conflicto armado similar al que observó el alemán, acepta el finalismo porque se trataba de "la posición mayoritaria de la doctrina actual", una aceptación sin convencimiento, sin un interés de dialogar con los postulados del autor, de comprenderlos, se trata más bien de una repetición acrítica que parece ser un padecimiento extendido en toda Latinoamérica:

> La codificación penal de América Latina presenta un mosaico de elementos ideológicos provenientes de Europa, que algunas veces son casi supervivencias, lo que da la sensación de un conjunto poco ordenado de dinosaurios vivos y computadoras, que resulta de la importación de textos -a veces parciales- de los códigos de modelos continentales europeos[2]

Si esto es así, caemos en la cuenta de la importancia por la reflexión jurídica crítica, y profunda de los principales filones que alimentan nuestro pensamiento jurídico en general, una labor que desafortunadamente se encuentra pendiente en la mayoría de escuelas de derecho de nuestro país, mas ocupadas en las labores de docencia que las de investigación, en la replicación acrítica del conocimiento que en la creación del mismo[3]. En el campo penal, un paso por lograr esta reflexión fue dado por Miguel Alberto Trejo, quien describió en su "Curso de Derecho Penal Salvadoreño"[4], las principales características en la evolución de nuestra codificación penal desde la época colonial hasta nuestros días.

Pero lo anterior no es suficiente, y el presente esfuerzo pretende ir más allá de lo descriptivo, tratando de identificar las principales influencias ideológicas reconocibles en el largo devenir de nuestra legislación penal, una historia de las ideas en el ámbito penal, trabajo limitado por lo ingente de su objeto, el escaso material disponible a nuestro alcance y la poca formación en investigación histórica del autor, pero sin duda un esfuerzo necesario, si es que deseamos algún día conformar un pensamiento jurídico propio, auténticamente nacional y no una mala digestión del extranjero. Nunca podremos alcanzar la

---

[2] Cfr. Eugenio Zaffaroni *Los códigos penales de Latinoamérica,* en *Códigos penales de los países de América Latina*, (México, ILANUD, 2000), 22

[3] En un análisis de las concepciones curriculares en América latina, el informe final del proyecto Tuning, destacaba que "La dogmática jurídica ha sido la matriz teórica dominante en la mayor parte de las facultades o cursos, con énfasis metodológico en la transmisión de contenidos teóricos por parte del docente y la absorción de éstos por el estudiante. No hay una aproximación sistematizada entre la enseñanza y los procesos de aprendizaje, que, en la mayoría de las instituciones, son aún muy conservadores, fundados en una metodología de asimilación acrítica de proposiciones teóricas, o memorización de normas jurídicas" (Cfr. Pablo Beneitone, *Reflexiones y perspectivas de la Educación Superior en América Latina. Informe Final Proyecto Tuning. América Latina*, 110-111).

[4] Miguel Alberto Trejo, *Curso de Derecho Penal Salvadoreño* (San Salvador, editorial Triple D, 2002), 216-239.

originalidad y profundidad deseada, si antes no comprendemos las bases sobre las cuales hemos construido y caminado.

En dicho afán, y luego de un estudio de nuestra legislación penal punitiva previa al código penal de 1998, considero que puede vislumbrarse una evolución compuesta por las siguientes etapas:

2. PRIMERAS CODIFICACIONES PENALES: LA IMPLANTACIÓN DEL MODELO LIBERAL Y PRESENCIA DE LA ESCUELA CLASICA.

El iluminismo representó, entre otras muchas cosas, un rompimiento sustancial con los parámetros de legitimación del poder político monárquico, el poder deja de justificarse desde arriba, mediante la apelación a las más altas tradiciones y la voluntad divina, justificando un sistema cerrado con un monarca a la cabeza, y ahora, para el pensador ilustrado, el poder solo puede legitimarse "desde abajo", desde el individuo en sociedad, autentica signataria del contrato social que a través de sus representantes plasma su voluntad en la ley, único vehículo capaz de articular la voluntad de pueblo.

Con la ilustración, el poder político -y dentro de este el poder penal-, encontrara nuevas limitantes basadas en el re-posicionamiento del ciudadano frente al poder, y en esta nueva situación de privilegio, no podrá ser objeto de restricciones sin proceso previo, de tortura sin pena, de penas inhumanas, de procesos arbitrarios, de condenas basadas en interpretaciones analógicas o antojadizas de la ley, surgiendo la mayoría de garantías y derechos que limitan al poder penal, y que damos por sentados en los primeros artículos de nuestros códigos penales.

Este hervidero de ideas que representó el pensamiento ilustrado, sería trasladado al ámbito del derecho penal de la mano de varios pensadores que abogaron por la "racionalización" del poder punitivo del Estado, autores como John Howard y su *Estado de las cárceles en Inglaterra y Gales* (1782), en el cual realiza una ácida crítica al sistema carcelario de la época, Cayetano Filangieri y su *Ciencia de la legislación* (1788) que coloca la "felicidad de los ciudadanos" como máxima finalidad del orden jurídico, y dentro de este, el

orden penal, Paul Ritter von Feuerbach y su *Teoría del impulso psíquico,* que re-interpreta las finalidades de la pena encauzándola a las necesidades de la sociedad (cobra fuerza la prevención general negativa), Karl Hommel y su *Recompensa y pena conforme a las leyes turcas* (1770), en la cual crítica el principio determinista de la pena, y por supuesto, no puede olvidarse la influencia de Manuel de Lardizábal y Uribe, quien en 1782 publica su *Discurso sobre las penas,* obra que diseminó el pensamiento jurídico penal de la ilustración en América y España (aunque en Europa esta influencia fue menor)[5].

Sin embargo, el nombre más representativo en este re-pensar el contenido del derecho penal, fue de quien "encendió la llama", nos referimos al filosofo, literato, economista y jurista Cesare Bonesana marqués de Beccaria, quien a sus veintiséis años de edad, en 1764 publica de forma anónima su *Dei delitti e della pene* (De los delitos y de las penas), en la cual deja sentir toda la influencia recibida del pensamiento francés de la época, resonando la influencia de D'Alambert, Diderot, Helvecio, Buffon, Hume, entre otros.

La obra "De los delitos y de las penas" desarrolló de forma pormenorizada muchos de principios, instituciones y garantías constitucionales que actualmente damos por sentadas en nuestras cartas magnas a la hora de limitar el poder de castigar: La ley como único vehículo de formulación de la norma penal (principio de legalidad), lo tiránico de la violencia pública que no se fundamente en la estricta necesidad (principio de mínima intervención), la vocación utilitaria y social de las penas (teorías de la prevención), la proscripción de las normas oscuras o ambiguas (otra faceta del principio de legalidad), la necesidad de proporción entre la violencia de la pena y el delito penado (principio de proporcionalidad), la prohibición de jueces o comisiones especiales y las acusaciones secretas (garantía del juez natural, y en parte, del derecho de defensa), la crueldad del tormento y la tortura en la tramitación del proceso, la prontitud y la humanización de las penas, entre otras ideas.

[5] R. Domingo, *Juristas Universales, volumen II* (Madrid, Marcial Pons, 2004), 700-702

Con el tiempo, el pensamiento penal de la ilustración se sistematizó en una serie de axiomas y principios básicos, surgiendo la mal llamada "Escuela Clásica" del derecho penal, una etiqueta creada *a posteriori* por los detractores positivistas de estos autores, y dentro de la cual se aglutinaba una variopinta gama de penalistas con diferentes planteamientos (Carrara, Rossi, Filangieri, Pacheco, Pagano, Pessina, etc), que a pesar de lo antagónico de sus posiciones en ciertos puntos, parecían coincidir en los siguientes:

1. Una visión del castigo que se cimienta en el libre albedrio del perpetrador del delito, el delito es pues, una decisión o expresión de la voluntad, y quien tomo tal decisión debe hacerse cargo de la misma, no hay ninguna dificultad en hablar de la "culpabilidad" que demuestra el delincuente por su hecho, y solo la persona libre puede reputarse como culpable. Quien no es libre no es culpable, y por ende no merece pena, o quien es menos libre, será menos culpable recibiendo una sanción atenuada.
2. La principal, sino única consecuencia del derecho penal es la pena, que tiene un carácter de "mal" que se impone sobre el mal realizado por el perpetrador del delito. Todavía hasta nuestros días, la palabra pena significa "Castigo", "aflicción", "dolor" o "tormento" (RAE). La finalidad de esta pena puede variar entre ser una justa retribución por el acto libremente realizado, o un fin preventivo de restablecer el orden social mediante la intimidación de potenciales delincuentes, o redención del delincuente a través del trabajo, aunque los autores "clásicos" debaten ávidamente sobre este punto, todos dan por sentado el carácter aflictivo de la pena.
3. El método de acercarse a su objeto de estudio es un método deductivo que parte de premisas o valores generales ("justicia", "retribución", "libertad", "proporcionalidad", igualdad"), para llegar a normas más particulares o precisas a un caso concreto, hablamos del método más usual entre los juristas en la actualidad, en el cual se interpretan los contenidos de la ley a partir de su contraste con ciertos valores o principios de justicia.

El pensamiento penal liberal, tendría su influencia en el proceso de independencia centroamericano, y por supuesto, en todas las codificaciones legales posteriores a esa época, específicamente en el ámbito penal, nuestro primer código penal, el de 1826 (relacionado en la recopilación de leyes entre 1821 y 1855 del presbítero Isidro Menéndez), sería claramente un referente del pensamiento liberal de la época.

Para Napoleón Rodríguez Ruiz, en su *Historia de las instituciones jurídicas salvadoreñas* (1951), el código penal de 1826 no sería más que una adaptación del también liberal código español de 1822, en palabras del mismo autor "a pesar de ser, ya en aquella época, un código de ideología rezagada, en lo que a las nuevas teorías penales que iba abriéndose paso desde principios de siglo se refiere, no puede menos que considerarse como bastante adelantado, con las modificaciones que nuestros legisladores le introdujeron"[6]. Las causas que motivaron la adaptación del código, también son relacionadas por el autor:

> Esta adopción se fundamenta en la ineludible filiación legislativa en que estábamos respecto de España, y en una circunstancia muy particular: don José Mariano Méndez, diputado por el departamento de Sonsonate (…) en donde se discutió durante tres meses el Código Penal español, influyó para que este se adoptara en El Salvador, y fue nuestro connacional, don Jose Mateo Ibarra, que estaba en Madrid, quien trajo a esta capital, San Salvador, el primer ejemplar del Código, siendo asi conocido por los encargados de dictar las leyes en nuestro país[7]

Como decíamos, si partimos de la existencia de esta relación entre ambos códigos, que se corrobora con la simple comparación capitular entre los mismos, debemos entonces concluir que nuestra primera legislación penal posee una fuerte influencia del pensamiento liberal, lo anterior puesto que el código español de 1822 (decretado por las cortes en junio, y mandado a

[6] Cfr. Napoleón Rodríguez Ruiz, *Historia de las instituciones jurídicas salvadoreñas,* San Salvador, 1951, 245. Esta tesis también se confirma en las primeras páginas de la publicación del Ministerio de Justicia, *Códigos penales de El Salvador,* según la cual el código penal de 1826 "con algunas variantes, fue tomado del Código Penal Español de 1822 y aparece insertado en la Recopilación de leyes patrias del Presbítero y doctor Isidro Menendez" (Cfr. Ministerio de Justicia, *Codigos penales de El Salvador,* San Salvador, 1960, 9)

[7] Cfr. Napoleón Rodríguez Ruiz, *Historia de las instituciones jurídicas salvadoreñas,* San Salvador, 1951, 245

promulgar el nueve de julio de 1822) es una legislación que en términos de Zaffaroni, constituye una "obra penal del liberalismo español de la época", mientras que para Garcia Garcia "su promulgación tiene lugar en 1822, esto es, dentro de la segunda experiencia constitucional que conoció nuestro país al amparo de la constitución de 1812 (…) nos encontramos con los liberales en el poder, y con sus planteamientos regulados en ese texto constitucional"[8], volviendo a Zaffaroni, se trata de una codificación con una importante presencia del pensamiento francés, aunque también con aspectos originales, reconociéndose ideas de Filangieri y Manuel de Lardizabal y Uribe[9].

En ese sentido, nuestro primer código penal de 1826, inicia con una declaración de principios que limitan el poder penal del Estado, tal como sugería Beccaria, en su *Dei delitti e della pene,* principios todavía vigentes en nuestro código actual, principios tales como: La necesidad de dolo ("a sabiendas y con mala intención") o culpa en la realización del delito (artículo 1, lo que conocemos en la actualidad como "principio de dolo o culpa"), La prohibición de imposición de pena que no se encuentre previamente en la ley (referencia al principio de legalidad, articulo 5), relacionando penas diferenciadas entre delitos consumados y tentados (una forma de proporcionalidad, artículo 7), proscribiendo (salvo casos especiales que determine la ley) la sanción penal al pensamiento y resolución de delinquir aun no exteriorizada (una expresión del principio de culpabilidad, artículo 9), regulando algunas formas de error de prohibición (al menos en caso de extranjeros transeúntes, o domiciliados por menos de tres meses en el país, articulo 11) y de inexigibilidad de otra conducta (un hacer "forzado en el acto por alguna violencia material", artículo 24), y dejando exentos de de responsabilidad penal a los inimputables ("sin discernimiento y malicia", o bien "en estado de demencia o delirio"), ya sean menores de catorce años o

[8] Ricardo García García, *El primer Código Penal español de 1822 y su regulación de la religión católica,* en la revista "Derecho y opinión", número 7, 1999, 343
[9] Eugenio Zaffaroni, *Los códigos penales de Latinoamérica,* en *Códigos penales de los países de América Latina*, 41

mayores de edad (artículos 27 y 29, lo que conocemos como principio de responsabilidad en sentido estricto)[10].

En esencia, se trató de un código penal con una parte general corta en comparación a su parte especial, conteniendo la primera parte 130 artículos en cinco capítulos: 1) De los delitos y culpas, 2) De los delincuentes y culpables, 3) penas y sus efectos, 4) graduación de delitos y penas, y, 5) reincidencia, contrastando con una voluminosa parte especial de aproximadamente 540 comportamientos perseguidos, que a diferencia de nuestra parte especial vigente iniciaba con los delitos que protegían bienes jurídicos colectivos, para luego regular los delitos que protegen bienes jurídicos individuales. En ausencia de un código procesal penal en esa época, el código penal albergaba las reglas generales del procedimiento penal (aproximadamente 70 artículos en este sentido).

El delito para ser sancionado, requería ser una manifestación de voluntad libremente realizada (como todo texto liberal o "clásico", el libre albedrio es parte fundamental del actuar criminal), el mismo artículo uno de dicho código penal consideraba como delito "todo acto cometido u omitido voluntariamente", y todo acto voluntario como "cometido a sabiendas y con mala intención", incluso en la regulación culposa de la responsabilidad se hablaba de un actuar que el autor "puede y debe evitar" (artículo 2), o bien en la que tiene "conocimiento de exponerse a violar la ley", la posibilidad de elegir es entonces un elemento fundamental.

La libertad y consecuente culpabilidad era tan fundamental para la existencia del delito, que el código conocía una amplia gama de situaciones en las que se eximia de pena de faltar esta libertad, por ejemplo, se regulaba que una persona "en ningún caso puede ser considerado delincuente ni culpable" si cometía una acción "forzado en el acto por alguna violencia material" (artículo 24), en el caso del menor de ocho años "tampoco puede ser considerado como delincuente o culpable" (artículo 26) [11], ni tampoco tenía tal calidad el que

[10] Isidro Menéndez, *Recopilación de las leyes del Salvador en Centro América [1821-1855],* (San Salvador, Secretaria de la presidencia de la república, 1956), 386-512.

[11] En el caso de los menores infractores todas las penas, por muy graves que fuesen, eran modificadas a la pena de "reclusión", que tenía un máximo de quince años (artículo 70),

cometía su actuar "hallándose dormido, o en estado de demencia o deliro, o privado del uso de su razón de cualquier otra manera independiente de su voluntad", para todos estos casos no había pena, y aun no se conocía la expresión "medida de seguridad".

En cuanto a las consecuencias jurídico-penales que regulaba el código penal de 1826, la pena era la única consecuencia a la comisión del delito[12], y la misma podía ser de tres tipos: Corporales, no corporales y pecuniarias.

El espíritu humanista del pensamiento ilustrado no caló lo suficiente como para evitar una regulación de penas verdaderamente inhumanas, lo que ya sucedía con el código penal español de 1822, Anton Oneca nos recuerda que si bien es cierto dicha legislación consideraba la educación del delincuente como fin de la pena, "la preferida es la (prevención) general, por medio de la intimidación"[13], en el mismo sentido Zaffaroni , para quien se trata de un "texto retributivo y ejemplificador, pero sin la extremada crueldad del código Napoleón"[14].

El código penal salvadoreño de 1826 no varió ni un ápice la dureza de su legislación modelo, y conoció castigos verdaderamente inhumanos desde nuestra perspectiva actual, castigos como la pena de muerte por garrote, la infamia la pena perpetua, la obligación de observar la pena de muerte y la vergüenza pública. La declaración de infamia consistía en ser declarado indigno del nombre de salvadoreño (artículo 31), la de vergüenza pública en la obligación, por espacio de una hora, a estar atado a un palo de "la plaza más pública del pueblo en donde cometió el delito" (artículo 66).

En el caso de la pena de muerte, se trataba de un castigo ceremonioso, siempre público, entre las once y doce de la mañana, el condenado debía ser conducido a un cadalso de madera o mampostería sobre una mula, vestido con una túnica negra, ojos tapados y atado de manos, en caso de ser un asesino,

---

consistiendo esta sanción en la obligación de laborar en algún oficio, arte u ocupación en una casa de reclusión (artículo 64).

[12] Aunque En una pequeña parte de la regulación del delito, dedicaba un artículo (art. 30) a las consecuencias civiles del delito.

[13] José Anton Oneca, *Historia del Código penal de 1822*, Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 18, 1965, 277

[14] Cfr. Eugenio Zaffaroni *Los códigos penales de Latinoamérica,* en "Códigos penales de los países de América Latina", 42

la túnica era color blanco manchada de sangre, y con una soga al cuello. En todos los casos, el condenado a morir debía llevar un cartel con letras grandes que anunciaba el delito cometido, llevándolo tanto en su pecho como espalda (artículos 41 y 42). Una especie de "sorteos de la muerte" eran regulados en caso que el número de condenados a muerte superase las tres personas, si ese era el caso, solo se aplicaría la mortal pena a tres personas, el azar decidiría cuales, si el número de condenados llegaba a diez, los ganadores serian cuatro, aumentando proporcionalmente en uno el numero de afortunados, por cada diez condenados a muerte que se iban sumando (artículo 109), ahora bien, ni siquiera esta buena fortuna libraba a los ganadores de realizar "trabajos perpetuos", luego de ser obligados a presenciar la ejecución de quienes el azar no favorecía.

Como mencionamos, se trata de sanciones que bajo nuestros estándares actuales fácilmente pueden calificarse como inhumanas, pero que en aquel entonces no parecían tan alejadas de las tasas de violencia que acostumbraba utilizar el sistema colonial y con el cual no fue posible romper en su totalidad en tan poco tiempo, para el caso, Coralia Álvarez caracteriza dicho periodo colonial como un espacio de terror, un periodo en el cual:

> (….) se vivía con temor. Para los tributarios de la corona española, que habitaban los pueblos de las provincias de San Salvador y Guatemala, el miedo mayor y más persistente era el que el propio régimen imperante inducía en ellos, con fines de control social y político. El ejercicio del poder se hacía presente en la vida cotidiana de la mayoría a base del castigo público, la amenaza de castigo y de los instrumentos asociados a estas presiones, entre los cuales resaltaba el látigo[15].

Para la misma autora, entre los medios con que se administraba el miedo, sobresalía el tormento por azotes, el castigo por antonomasia de los indios, "Hombres mujeres y niños podían ser azotados por cualquiera, en cualquier

[15] Coralia Gutiérrez Álvarez, El espacio de muerte: el miedo y el terror en los espacios coloniales de San Salvador, Sonsonate y Guatemala, en "los rostros de la violencia", (San Salvador, UCA editores, 2007), 43

momento y por el motivo más fútil"[16], castigo que podía devenir en cualquier momento, por cualquier razón, por motivos tales como quejarse ante tribunales superiores, haberse reunido para presentar quejas a la audiencia, por motivos domésticos, riñas o infidelidad e incluso por causas económicas. Si esto fue lo usual en la época colonial, no es de extrañarse que el legislador salvadoreño viese con alguna naturalidad las duras penas que imponía el código penal de 1826.

Al código penal de 1826, le seguirían otras tres codificaciones penales que harían pocas variaciones en cuanto a su estructura, manteniéndose una fuerte declaración de principios que limitaban el poder, una noción de delito basada en la ley y la existencia de culpabilidad, y la pena como consecuencia jurídica principal (sino la única) frente al delito, pena que se dosificaba proporcionalmente al daño cometido, al grado de participación o la culpabilidad del autor. En otras palabras, hablamos de legislaciones con una clara impronta liberal, y conformes a los principales postulados de la llamada "escuela clásica".

Quizás lo más importante en cuanto al resto de codificaciones legales liberales, sería la progresiva humanización del castigo, el código penal de 1859 (inspirado en el código penal español de 1848) suprimió la pena de infamia, el código penal de 1881 (inspirado en el código penal español de 1870) no hizo cambios sustanciales en este punto, pero el código penal 1904 elimina el sorteo en caso de existir varios condenados con pena de muerte[17], la exhibición de los presidiarios arrastrando cadenas al momento en que salieran a trabajar en obras públicas[18], las penas de extrañamiento, relegación,

---

[16] Coralia Gutiérrez Álvarez, El espacio de muerte: el miedo y el terror en los espacios coloniales de San Salvador, Sonsonate y Guatemala, en "los rostros de la violencia", 39

[17] Según informe de la comisión de legislación, realizada en marzo de 1904, y conformada por Teodosio Carranza, Manuel Delgado y Salvador Gallegos, tal supresión responde a que "nos parece chocante e inmoral que el legislador fíe al azar el resolver sobre la vida o muerte de los hombres, y porque no existiendo en nada la igualdad absoluta, creemos que nunca han de faltar a los tribunales razones suficientes para establecer en la sentencia el orden de culpabilidad de los reos" (Cfr. Ministerio de Justicia, *Informe de la comisión de legislación 15 de marzo de 1904*, en "Códigos penales de El Salvador" (San Salvador, Publicaciones de Ministerio de Justicia, 1960), 28).

[18] "la constante exhibición de los presidiarios arrastrando la cadena en las calles de nuestras poblaciones, al mismo tiempo que les quita a los que no están avezados al delito lo poco o mucho que puedan tener de dignidad o vergüenza, es un espectáculo indigno de una sociedad

confinamiento y destierro[19], y finalmente la pena de represión[20]. Por lo demás, se mantiene la misma idea de delito, y la pena sigue dominando el panorama de la sanción punitiva.

Sin embargo, resulta curioso que a la vez que se desarrollaba la anterior legislación penal de corte liberal, mesurada por principios basados en el ideal ilustrado, se gestaba en el interior del sistema penal salvadoreño, formas de castigo y punición que renunciaban al paradigma de culpabilidad por el hecho, y servían de antesala a un discurso antagónico al de la escuela clásica: El positivismo penal.

3. EL DERECHO PENAL DE AUTOR, Y LA ALARGADA SOMBRA DEL POSITIVISMO PENAL EN NUESTRA LEGISLACIÓN.

El derecho penal de autor y el peligrosismo penal positivista no son lo mismo, pero se trata de conceptos que fácilmente se reconducen uno al otro. Mientras que el *derecho penal de autor* tiene la tendencia a castigar lo que el autor *es,* y no lo que *hace, el peligrosismo penal positivista* consiste, entre otras cosas, en la persecución penal de una persona por presentar cierto patrón o forma de vida que se presume peligroso para la sociedad, y que por ende se reprime independientemente se verifique alguna exteriorización criminal o resultado concreto. Aunque sean conceptos diferentes, bien puede decirse que ambas figuras nos llevan al mismo lugar.

La legislación penal salvadoreña ha recurrido al derecho penal de autor y el peligrosismo penal por más tiempo del que ha prescindido de estas figuras, al final, si se mira con atención el desarrollo de nuestra legislación punitiva, el retorno en los últimos años al peligrosismo penal y el derecho penal de autor no constituye otra cosa que "un retorno a casa".

---

que aspira a merecer el nombre de culta y civilizada" (Cfr. Ministerio de Justicia, *Informe de la comisión de legislación*, en "Códigos penales de El Salvador", 28)

[19] Según el informe de la comisión de legislación, estas penas "tienen, a nuestro juicio, el gravísimo inconveniente de que, según la condición social y demás circunstancias del reo, pueden ser para él una pena enteramente ilusoria o un castigo más o menos grave que no guarde proporción alguna con el delito cometido" (Cfr. Ministerio de Justicia, *Informe de la comisión de legislación 15 de marzo de 1904*, en "Códigos penales de El Salvador", 26)

[20] Según la comisión, dicha pena tiene el defecto "de carecer de toda eficacia precisamente cuando mas convendría que tuviera; es decir, cuando el culpable esta destituido de sentimientos de dignidad y delicadeza" (Cfr. Ministerio de Justicia, *Informe de la comisión de legislación*, en "Códigos penales de El Salvador", 26)

Es posible distinguir varios discursos que justificaron el castigo por la personalidad (y no la actividad) en el curso de nuestra legislación penal, los primeros en ser utilizados giraban en torno a la apelación al progreso, o bien conservar el orden o el funcionamiento social, con el paso del tiempo, a los anteriores se añadió el muy influyente y refinado discurso de la escuela positivista del derecho penal, del cual todavía conocemos resabios e invocaciones en la actualidad. En suma, ambos discursos avalaron lo que sería una vigencia ininterrumpida del derecho penal de autor y el peligrosismo por más de ciento cincuenta años en nuestro país. Analicemos a continuación, cada uno de estos discursos.

3.1. Leyes agrarias, de vagancia y policiales.

Como hemos mencionado, el derecho penal de autor se encuentra proscrito en nuestros primeros códigos penales de corte liberal, es decir, en los códigos penales entre 1826 y 1904, en los cuales la responsabilidad criminal exigía como regla general un hecho realizado con dolo, incluso el código penal de 1826 realizaba una transcripción del *Cogitationes poenam nemo patitur* de Ulpiano, afirmando que "el pensamiento y la resolución de delinquir, cuando todavía no se ha cometido ninguna ejecución para preparar o empezar el delito, no están sujetos a pena alguna, salvo la sujeción a la vigilancia especial de las autoridades en los caso que la ley determine" (artículo nueve). La proposición al delito también era la excepción, y cuando se realizaba sin ser aceptada o sin constituir un delito tentado, no había sanción alguna "sino en los casos que la ley lo determine expresamente" (artículo seis).

Sin embargo, el panorama antes mencionado contrastaba con las leyes especiales, códigos de policía y leyes agrarias de la época, mismas que no guardaban reticencia a la hora de perseguir y castigar a vagos, ociosos, fulleros, tahúres y prostitutas, no por lo que hacían, sino por lo que eran. Se trataba de normas que aunque formalmente estaban fuera del código penal, poseían la consecuencia más distintiva del mismo, la capacidad para reducir al condenado violentamente y privarlo de libertad.

Existieron varias de estas normas y leyes especiales en nuestra legislación, por citar las que se encuentran en la recopilación de leyes de Isidro

Menéndez, puede mencionarse el "decreto legislativo de 29 de abril de 1825, sobre vagos, coimes y mal entretenidos"[21], según el cual se "perseguirán a los vagos, holgazanes, mal entretenidos y coimes considerándolos suspensos en los derechos de ciudadanía, y los reducirán a prisión" (artículo tres), la legislación facultaba a sus aplicadores (jefes políticos, alcaldes y regidores de todas las municipalidades) para realizar "levas" frecuentes, a efectos de "recojer a los que no tienen ocupación, no ejercen su oficio, o no tienen modo de vivir conocido"(sic), e incluso permitía ingresar a la morada ajena sin autorización a efectos de "ejecutar la prisión de los conocidamente vagos", pudiendo allanarse un inmueble aun frente a la resistencia del "amo de ella" (artículo doce) en busca de los perseguidos.

Al anterior decreto legislativo le siguió el "reglamento de policía, decretado por el Gobierno, en 12 de mayo de 1843"[22] donde las levas, antes potestativas, se volvían una obligación, y los alcaldes, regidores y jefes de policía:

> "son obligados, sin escusa ni pretesto alguno, a rondar los lunes y jueves de cada semana, desde las siete de la mañana en adelante, por estanquillos, billares, casas de juego y reuniones por las calles públicas, para aprehender a todos los que se encuentren ebrios, portando armas prohibidas, y jentes sin ocupación ni oficio, ni un modo de vivir conocido" (sic).

Más adelante, proporcionará continuidad a la anterior normativa un más detallado "reglamento de policía"[23], decretado el seis de agosto de 1854, en el cual ya se aprecia una diferenciación capitular sobre las formas proscritas de conducir la vida. Para el caso, "el delito de vagancia" (como fue relacionado por el articulo dos del referido reglamento), y la mendicidad son formas de vida perseguida con sanciones de hasta quince días de obras públicas, la primera ocasión, y dos meses en caso de reincidencia, haciéndose una excepción en caso que la vagancia o mendicidad fuese ejercida por una mujer, en cuyo caso la sanción debía cumplirse en una cárcel pública. La "ebriedad de profesión" en

[21] Isidro Menéndez, *Recopilación de las leyes del Salvador en Centro América [1821-1855]* (San Salvador, Secretaria de la presidencia de la república, 1956), 205-206.
[22] Isidro Menéndez, *Recopilación de las leyes del Salvador en Centro América [1821-1855]*, 206-209.
[23] Isidro Menéndez, *Recopilación de las leyes del Salvador en Centro América [1821-1855]* (San Salvador, Secretaria de la presidencia de la república, 1956), 210-215.

el reglamento, era sancionada con quince días de obras públicas la primera ocasión, y dos meses en caso de reincidencia (articulo siete), lo que variaba en el caso de las mujeres, que por esta forma de vida merecían la prisión.

El reglamento también mencionaba ciertos comportamientos peligrosos, como los juegos prohibidos, la fabricación y venta de aguardiente clandestina y chicha fuerte, faltar a los contratos en el caso de los artesanos y jornaleros, e incluso, desertar de las haciendas o de las casas de sus amos en el caso de los domésticos

La aplicación del Reglamento de Policía quedó en manos de los jueces de paz y alcaldes de los respectivos poblados, aunque luego se consideró que dicho control debía ampliarse a las zonas despobladas, naciendo el "Reglamento de Policía Rural"[24], decretado por el gobierno el veinticuatro de julio de 1855, y en el cual surgía la figura del "inspector de policía", un funcionario nombrado por el gobierno[25] que tenia "jurisdicción preventiva con los jueces de paz y alcaldes de los pueblos de sus respectivos departamentos".

Dentro de las competencias concedidas al inspector de policía figuraba perseguir "constantemente en los campos, caminos, haciendas, hatos, valles y reducciones donde no haya municipalidad", a los ladrones, vagabundos, mujeres holgazanas y traficantes en artículos vedados, entre otros. Así también estaba facultado a requerir "a los habitantes de los campos y reducciones de la clase de trabajadores, para que les presenten periódicamente los boletos de los dueños de las haciendas y labores por mayor, en que conste que están ocupados y guardando buena conducta".

Explicar la razón de este tipo de normativas en un contexto social post-colonial resulta un poco más difícil, sobre todo tratándose de un periodo influenciado por la filosofía ilustrada francesa, o las amplias libertades de la revolución norteamericana. De nuevo, debemos recordar que el proceso de independencia centroamericana no representó un rompimiento en todos los campos, para el caso, ya hemos mencionado que el código penal de 1826 era una transcripción en casi todos los sentidos del código penal español de 1822,

[24] Isidro Menéndez, *Recopilación de las leyes del Salvador en Centro América [1821-1855]* (San Salvador, Secretaria de la presidencia de la república, 1956), 215-221

[25] Los requisitos para ser inspector de policía eran tener más de 25 años, tener buena conducta, tener alguna propiedad conocida, estar en ejercicio de la ciudadanía y no haber sido encausado por hurto, robo, estupro o violación (artículo dos).

mientras que la constitución de la república federal de Centroamérica fue diseñada a la medida de la constitución de Cádiz de 1812.

Por otra parte, también debemos recordar que nos encontramos en un periodo histórico bastante caótico y convulsionado, que busca desesperadamente sentar las primeras bases de un modelo económico, político y social que sea sostenible en el tiempo. Por citar algunos datos sobre este punto, debe recordarse que apenas tres años antes de la promulgación del primer código penal (1826), tropas mexicanas se tomaron San Salvador para integrarnos al "impero del septentrión", y dos años antes de la misma fecha, la provincia salvadoreña se había constituido como parte de una endeble república federal centroamericana, sin contar que para ese entonces San Salvador estaba a las puertas de una guerra civil entre los así llamados "liberales" y "conservadores". Citando a Hector Lindo Fuentes en este punto, quien a su vez se apoya en Alejandro Marure, "entre 1824 y 1842 el ejercito del Estado de Guatemala se vio envuelto en cincuenta y un batallas, el de El Salvador en cuarenta, el de Honduras en veintisiete y el de Costa Rica en cinco"[26].

Estamos hablando entonces, de un momento histórico en el cual era necesario mantener a toda costa una endeble sensación de orden en la población, más aun, es necesario mantener el débil funcionamiento del sistema económico heredado de la colonia, un sistema que depende de la tierra, y que se mantenía con el sudor y trabajo del campesino salvadoreño de aquel entonces, al cual la vagancia, la ociosidad y ebriedad, amenazaban su "productividad".

Finalmente, no debe olvidarse que el pensamiento ilustrado centroamericano siempre tuvo mucho de elitista y autoritario, si bien es cierto la independencia generó cambios para todos los sectores de la sociedad salvadoreña, estos cambios no generaron beneficios en la misma medida. La ley penal, que en muchas ocasiones es un reflejo del sistema político y económico, tampoco tuvo reparos en manejarse a "dos velocidades", la primera para el ciudadano "decente", y la otra para el mendigo, ebrio de profesión o el

[26] Cfr. Lindo Fuentes, *Economía y sociedad (1810-1870),* en Historia General de Centroamérica, tomo III, (Madrid, ediciones Siruela, 1993), 157

vago. Esta falta de igualdad es expresada por Eugenia López Velásquez en los siguientes términos:

> Al efectuarse la independencia, en las nuevas naciones, los grupos de poder impulsan los cambios que requerían y que el despotismo ilustrado no pudo hacer. Bajo la fuerza de un patriotismo criollo y mestizo, como un discurso de nación, se continuará una práctica de violencia y despojo de tierras. Desde esta perspectiva se encuentran explicaciones sobre porque en El Salvador, en la región y en toda América Latina, en las antiguas colonias no prosperó la parte social del liberalismo, que proponía acabar la pobreza y provocar la felicidad. Lo que se sostuvo fueron los intereses económicos y comerciales de los grupos de poder y el sentimiento de superioridad y desprecio racial frente a los pueblos indios, que anulaba cualquier sentimiento de comunidad o solidaridad de sociedad dominante frente a los pueblos indios y frente a los sectores más pobres[27]

En el mismo sentido Lowell Gudmundsun, para quien:

> (…) en todos estos casos la norma era que las elites pelearan entre sí sin cuartel, pero que cerraran filas cuando se trataba de suprimir todo tipo de movimientos de clases subalternas que amenazaran echar abajo esta contienda política predominantemente intraclasista o intraoligarquica de liberales frente a conservadores[28].

En suma, bajo las narices mismas de las codificaciones liberales comienza a gestarse un derecho penal de autor con rasgos claramente autoritarios, un derecho de autor que sin embargo, aun no ha alcanzado su expresión más acabada, o al menos más "científica", lo que sucederá con el positivismo penal.

3.2. **El positivismo penal**.

[27] Cfr. Velasquez, Eugenia Lopez, *Representaciones de los pueblos originarios en la sociedad salvadoreña: siglo XVI a inicios del xx,* en "Las figuras del enemigo. Alteridad y conflictos en Centroamerica", 33

[28] Cfr. Lowell Gudmundsun, *Sociedad y Política (1840-1871),* en Historia General de Centroamérica, tomo III, 210

Siguiendo las líneas planteadas por Iñaki Rivera[29], las líneas fundamentales del positivismo penal pueden ser sintetizadas en los siguientes presupuestos:

a) Una metodología de acercamiento a su objeto de estudio (el delito y el delincuente) que emula la metodología de las ciencias naturales. Es decir, la observación y estudio cuantitativo de casos particulares para la posterior formulación de reglas generales (método inductivo), sustituyendo la interpretación de principios generales para extraer consecuencias particulares (método deductivo, usual en las ciencias jurídicas y el utilizado por la "Escuela Clásica"). Si esta absolutización de las ciencias naturales en las ciencias sociales representó los primeros pasos de la "sociología", en el campo criminal la presencia del positivismo representaría el nacimiento de la "criminología", es decir, aquel conocimiento que busca deducir las causas y efectos de la criminalidad. Se dejan de lado conceptos o referencias que aludan a realidades que no se puedan medir, o que estén dadas en el mundo objetivo (*positum* en latin viene de lo "puesto" o lo "dado"), hasta ese momento usuales en código penales, palabras como "culpabilidad", "libre albedrio", "mal", "pena", entre otras tantas a las que recurría la escuela clásica.
b) Una visión del delito como fenómeno con origen biológico (positivismo lombrosiano)[30], o bien, producto de condiciones sociales (por ejemplo el positivismo de Ferri), verificables y mesurables, y que por ende permiten realizar un juicio de proyección sobre la criminalidad a futuro, así como el "tratamiento" o la "profilaxis" correspondiente.

[29] Iñaki Rivera Beiras, *Política Criminal y sistema penal* (Barcelona, Anthropos, 2005) *,* 55

[30] "El interés científico de Lombroso por las taras genéticas hereditarias o congénitas, que tan reiteradamente observara en locos y delincuentes alterados, fue llevándole gradualmente a la idea de que debía existir una relación de carácter biológico entre la degeneración y los instintos perversos o destructivos. Por esa vía, se acentúa en su pensamiento la sospecha de que el delincuente tiene una *tendencia malvada innata* ligada a su estructura física y psíquica, que se manifiesta hasta en su fisonomía. En especial, Lombroso fija su atención en caracteres somáticos y biológicos del delincuente, convencido de que atavismo y degeneración se combinan, de modo tal, que en cada delincuente pueden detectarse un buen número de características degenerativas, como la relación peso-altura, la capacidad craneana o características como mirada extraviada, orejas grandes, asimetrías, labios leporinos, granos, etcétera" (Cfr. C. Elbert, *Manual Básico de Criminología* (Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 1998)*,* 66).

c) Una visión de responsabilidad determinista, en donde el delincuente es prisionero de una causalidad biológica o social que le compele a delinquir. Frente a este "delincuente natural" el Estado puede válidamente protegerse sin necesidad de esperar la exteriorización del comportamiento, o la lesión de bien jurídico alguno.
d) Si el delito es una especie de situación morbosa o anomalía en la personalidad del delincuente, y la sanción constituye su cura, esta sanción no puede comprenderse como otro mal, y pasa a convertirse en un remedio, una suerte de bálsamo curativo o tratamiento que repara la enfermedad presente en el cuerpo del delincuente, previniendo a su vez el "contagio" o expansión de la enfermedad en el resto del cuerpo social. Por supuesto, la "medicina" o "tratamiento" puede durar tanto como se prolonga la enfermedad, haciendo que las medidas perpetuas o indeterminadas son aceptables en el positivismo penal.

En síntesis, para las corrientes positivistas, el delito o el daño al bien jurídico no es más que una manifestación externa, contingente y accesoria de una forma de vivir peligrosa y disfuncional, uno de los muchos síntomas que expresa la enfermedad, pero que en ningún caso se reduce a ella ¿Porque esperar una indeseable manifestación de la enfermedad cuando es tan palpable la condición que la ocasiona? Se preguntan los defensores de estas posturas, que corren apresurados a administrar el "remedio" que protegerá la sociedad de las señales -síntomas- de un delito -enfermedad- tan eminente como grave.

Sin duda, el exponente más conocido del positivismo penal criminológico fue el médico, psiquiatra y criminólogo italiano Cesare Lombroso, que luego de realizar al mejor estilo del método científico, innumerables anotaciones y análisis de casos que conoció durante su práctica médica (Lombroso fue director del Manicomio de Pesaro), terminó concluyendo que la delincuencia se debía esencialmente a causas de origen biológico o natural que actúan en el cuerpo del delincuente, Gina Lombroso nos narra este proceso justo cuando atravesó un momento fundamental, el análisis del cráneo de Vilella (1871):

Mientras estudia a los criminales en masa en las estadísticas, y personalmente con sus ojos y con la ayuda de sus estudiantes, desaparecen los límites entre la locura y el delito que él quería fijar. Los criminales presentan muchas anomalías, así como las presentan los locos —y aun más graves y evidentes—; pero él no sabe cómo coordinarlas, cuando una mañana, abriendo el cráneo de un famoso bandolero, Vilella, que tenía ya 70 años y se había escapado de los gendarmes corriendo ágilmente por los montes, Lombroso encontró en la base del cráneo una foseta occipital media. También los que no han hecho estudios médicos saben que nuestro cerebro está dividido en dos hemisferios y que en el cráneo, casi para separarlos, hay una cresta mucho más pronunciada en la base: cresta occipital media, que se irge donde en las aves se presenta una fosa destinada a contener un tercer lóbulo medio. Ahora bien, en aquel cráneo, precisamente en el lugar de la cresta occipital, se presentaba una fosa, tan lisa y exenta de vasos inflamatorios que parecía haber sido como receptáculo a un tercer lóbulo medio, como se ve en los embriones en el tercero y cuarto mes, y normalmente en las aves; anomalía rarísima que Lombroso nunca más debía encontrar en aquella proporción.

Viendo aquella fosa —escribe Lombroso—, me apareció bruscamente, como en una amplia llanura bajo un horizonte infinito, aclarado el problema de la naturaleza del delincuente, que debía reproducir en nuestros tiempos los caracteres del hombre primitivo hasta los carnívoros.

Esta era la razón de los pómulos salientes, de la fosa temporal, de las mandíbulas voluminosas, de todas las analogías que había encontrado entre los delincuentes, los salvajes, los enajenados y los hombres prehistóricos: todos representaban estadios sobrepasados de la evolución. Entre los locos y los delincuentes no hay diferencia de calidad sino sólo de intensidad[31]

[31] Cfr. Nora Lombroso, V*ida de Lombroso* (México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2009), 97-98. Por su parte, Elbert también se refiere al trabajo de Lombroso en los siguientes términos "El interés científico de Lombroso por las taras genéticas hereditarias o congénitas, que tan reiteradamente observara en locos y delincuentes alterados, fue llevándole gradualmente a la idea de que debía existir una relación de carácter biológico entre la degeneración y los instintos perversos o destructivos. Por esa vía, se acentúa en su pensamiento la sospecha de que el delincuente tiene una *tendencia malvada innata* ligada a su estructura física y psíquica, que se manifiesta hasta en su fisonomía. En especial, Lombroso fija su atención en caracteres somáticos y biológicos del delincuente, convencido de que atavismo y degeneración se combinan, de modo tal, que en cada delincuente pueden detectarse un buen número de características degenerativas, como la relación peso-altura, la capacidad craneana o características como mirada extraviada, orejas grandes, asimetrías,

Para 1880 se estaría fundando la revista "Archivo de psiquiatría, antropología criminal y ciencias penales para servir al estudio del delincuente", que sería la plataforma desde la cual, Lombroso y su escuela positivista estaría publicando sus principales hallazgos, para 1885 las tesis del italiano serian el objeto de discusión en el Primer Congreso de Antropología Criminal celebrado en la ciudad de Roma. Con su obra, Lombroso impactó profundamente el pensamiento europeo de su época, y por ende, no tardaría en hacerse sentir en Latinoamérica.

Por su parte, Beorlegui narra que el desembarco del positivismo (como sistema general de pensamiento) en Latinoamérica, se desarrolla en la segunda mitad del siglo XIX, y constituye una de las fases más importantes e influyentes en la historia de las ideas de nuestros pueblos, esto tras "representar el primer intento, tras de la escolástica, de proponer un sistema positivo y completo para la situación hispanoamericana. Las demás teorías anteriores se habían contentado con superar y criticar el escolantismo conservador, pero no tuvieron pretensión de constituir una alternativa global"[32].

En cuanto a la faceta penal del positivismo, es decir, el positivismo penal esbozado, Zaffaroni encuentra sus primeros ecos en los que denomina primer y segundo desembarco de textos y códigos europeos en Latinoamérica. Respecto a este "segundo desembarco" realizado en la medianía del siglo XIX (en el cual se diseminan códigos como el de Baviera de Alemania, el de Zanardelli de Italia, y los código españoles de 1848-1850 y 1870), el profesor argentino destaca como se "transportaron a América los primeros impulsos del positivismo criminológico italiano y francés, pudiendo afirmarse que es el periodo de fundación de la criminología Latinoamérica por obra de médicos alienistas y legistas"[34].

Por su parte, Rosa del Olmo nos recuerda como en los últimos quince años del siglo XIX, Latinoamérica experimentó un claro ascenso de la

labios leporinos, granos, etcétera"(Cfr. Elbert, Carlos Alberto, *Manual Básico de Criminología*, 49)

[32] C. Beorlegui, *Historia del pensamiento filosófico latinoamericano* (Bilbao, Universidad de Deusto, 2006), 265-266

[34] Cfr. Eugenio Zaffaroni, *Los códigos penales de Latinoamérica,* en "Códigos penales de los países de América Latina", 29

criminología positivista mediante la creación de sociedades científicas, y la publicación de libros y artículos de la mencionada tendencia, publicaciones como *Los principios fundamentales de la escuela positivista,* de Francisco Ramos Mejía (Argentina) en 1888, *El método positivo en derecho penal* de Javier Prado Ugarteche (Peru) en 1889, *La escuela antropológica y sociológica criminal ante la sana filosofía* de Godofredo Lozano (Argentina) en el mismo año que el anterior, *Criminología y derecho* de Clovis Bevilaquia (Brasil) en 1896, *Epilepsia y delito* de Afranio Peixoto (Brasil) en 1899, entre otros[35].

Producción bibliográfica que tuvo eco en los recintos universitarios, como nos recuerda la misma autora citando la facultad de jurisprudencia de México (1889), en la cual Miguel Macedo hace referencias a la escuela positivista en su cátedra de derecho penal, en Argentina, donde se realiza un primer curso de antropología y sociología criminal (1897) impartido por el médico Francisco de Veyga, o la cátedra de antropología y ejercicios antropométricos (1899) en la carrera de derecho de la Universidad de La Habana, en manos del antropólogo Luis Montañe[36].

La influencia del positivismo criminológico en Latinoamérica todavía era vigorosa para 1938, año en se celebraría el primer congreso latinoamericano de criminología, celebrado en la ciudad de Argentina, y en el cual se hicieron presentes más de seiscientos latinoamericanos, tratándose entre otros temas oficiales: "La valoración de los factores biológicos y sociológicos en las reacciones antisociales de los menores", "la preparación científica del juez del crimen", "los índices medico-psicológicos y legales de peligrosidad", y, "la peligrosidad como fundamento y medida de la responsabilidad"[37]

En el caso salvadoreño, a finales del siglo XIX terminaba para nuestro país "la larga espera", produciendo la consolidación en el poder de los así llamados "liberales", que básicamente mantendrán el modelo económico agrario con la diferencia de buscar una mayor apertura comercial, misma de la cual despunta la exportación del café que viene a sustituir al añil, giro

[35] Cfr. Rosa Del olmo, *América latina y su criminología* (México, Siglo XXI editores, 1987), 136
[36] Cfr. R. Del olmo, Rosa, *América latina y su criminología,* 136
[37] Cfr. R. Del olmo, Rosa, *América latina y su criminología,* 160

económico que se vio acompañado desde sus inicios por cambios en la legislación nacional[38].

En lo que más nos interesa durante este periodo de tiempo, desde el pulpito académico comienza a legitimarse el positivismo penal europeo, que con un tono más científico y objetivo, poco a poco irá sustituyendo cualquier otro discurso en el combate al delito, hasta finalmente insertarse en la Constitución de la República de 1950, a través de un resabio que aun se mantiene en nuestra Carta Magna vigente.

Profundizando sobre este punto, el profesor Sajid Herrera encuentra a finales del siglo XIX, referencias y fragmentos del discurso del positivismo penal dentro del debate relativo a la modernización de las prisiones, un debate en el cual se entrecruzó el discurso más humanitario y progresista, con el más académico y positivista, debate desarrollado principalmente en la revista *La Universidad* de la Universidad de El Salvador, para aquel entonces, único centro de estudios de educación superior en nuestro país[39].

Siguiendo esta línea, podemos encontrar estas ideas en el artículo de Arthur McDonald, "Aplicaciones de la ética a la criminología", quien cataloga el pauperismo y alcoholismo como formas "patológicas" y anormales de humanidad, formas de vida que en esencia, no constituyen más que grados "atenuados" de la vida criminal, y en tal sentido expone que:

> La relación de la criminalidad a las demás formas patológicas y anormales de la humanidad representa tan solo uno de sus grados. Si representamos el crimen que es

[38] Recordándonos Browning como las condiciones muy particulares de este nuevo cultivo, fueron por encima de cualquier otra consideración, las principales razones que motivaron la reforma del régimen legal de tenencia y uso de la tierra en función a los intereses de una minoría pudiente que podía aprovechar dicho modelo, y frente a la cual los valores e instituciones tradicionales de tenencia colectiva de la tierra, representaban obstáculos a vencer. Así, en los albores de este nuevo capitalismo agro-exportador se promulgan la "Ley de extinción de comunidades" (febrero de 1881), despojando a los indígenas de sus tierras comunales, reforzándose con la "ley sobre jornaleros y creación de jueces de agricultura" (marzo de 1881) destinada a reclutar y redistribuir a los indígenas expropiados de manera voluntaria o forzosa, como peones en las fincas cafetaleras, y la "Ley de extinción de ejidos" (marzo de 1882) que buscaba abolir el sistema ejidal de tenencia de la tierra. Más adelante se dará el nacimiento de la Policía Rural (febrero de 1884) y Policía Montada (marzo de 1889), ambas con el objetivo especifico de proporcionar orden en Ahuachapán, Sonsonate y Santa Ana, donde los desalojos habían generado protestas entre campesinos (Cfr. D. Browning, *El Salvador, la tierra y el hombre* (San Salvador, Concultura, 1998), 276-287)

[39] Herrera, Sajid, *No que muera, sino que se arrepienta el criminal y viva,* en "Los rostros de la violencia", 207-217.

> su grado más alto por A6, A5 podremos decir, que corresponde á la locura criminal, y A4, al alcoholismo, quizás A3 al pauperismo, A2 á otras maneras más débiles de ser de la humanidad que caen más especialmente bajo la acción de la caridad y A la idea de mal en general, particularmente en sus formas màs suaves. Así, pues, el crimen es la forma más exagerada del mal, pero estas formas son todas esencialmente unas. Tan agua es una gota como un océano[40]

La referencia a conferencias, o la reseña de ensayos en que predominaban matices peligrosistas fue también utilizado para exponer este positivismo criminológico, es el caso de la reseña de la obra *La degerazio nella pazzia e nella criminalitá,* ("La degeneración en la locura y en la enfermedad") del doctor y director del manicomio privado de Messina, Lorenzo Mandalari, reseña realizada en la "Revista de derecho y jurisprudencia" en 1901, dentro de la misma, se descarta que el libro sea una "discusión doctrinal", calificándose más bien como un "libro de prueba" por la metodología empleada para formular sus conclusiones, "Una serie de casos de locura y criminalidad, estudiados con el método que aconseja la nueva escuela y clasificados científicamente en cuatro categorías". Por supuesto, cuando se habla de "la nueva escuela", se alude a la escuela positivista encabezada por Cesare Lombroso, un pensamiento en el cual:

> (…) no es la voluntad la causa determinante de un hecho del hombre, sino que sería el resultado de los elementos combinados de la herencia, del ambiente, de las degeneraciones morales y patológicas, etc, que hacen al criminal un ser diferente del hombre normal[41].

Finalmente, quien realiza la reseña cae en la cuenta de una especie de "sabiduría popular", que apriorística e inconscientemente, siempre ha validado los postulados de Lombroso, en tal sentido se afirmó:

---

[40] McDonald, Arthur, *Aplicaciones de la Ética a la Criminología,* en revista "La Universidad", serie V, número 1, 39

[41] Cfr. B.S., *La degerazio nella pazzia e nella criminalitá,* en la Revista de derecho y jurisprudencia, tomo III, número 9, mayo de 1901, 39

> El vulgo es sabio cuando al ver a una persona con ciertas especialidades, de los cuales no se cuenta ni se preocupa en observar, exclama casi instintivamente: ¡qué cara de asesino tiene!" (…) Recordemos también aquel adagio, que anda en boca en boca en el bajo pueblo: "Puta la madre, Puta la hija, Puta la manta que las cobija"[42].

La revista "La universidad", también encontró espacio para la crónica, pudiendo citar el trabajo del doctor Manuel Muñiz, *Crimen y responsabilidad,* describiendo los principales avances del cuarto congreso internacional de antropología criminal, un evento en el cual:

> (…) reaparecieron los italianos, y desde el primer día Lombroso, que rehusó la presidencia de honor por satisfacer sus impulsos de combatividad, afirmó brillantemente su concepción anatómica del criminal. Durante todas las discusiones algunas muy poco tranquilas, ha mantenido con firmeza, con hechos, la verdad de sus teorías. Su compañero Ferri le secundó insistiendo con su talento, tan brillante como solido, el hacer ver del factor social en la génesis del crimen[44]

Al final de la crónica, el doctor Manuel Muñiz nos recuerda la importancia de estas discusiones, mismas que "han demostrado el actual estado de la antropología criminal"

Este positivismo penal, ya palpable en las revistas científicas salvadoreñas del siglo XIX, vendría a cristalizarse en las principales legislaciones peligrosistas del siglo XX, nos referimos a la "Ley de represiva de vagos y maleantes" y la "Ley de estado peligroso".

En cuanto a la "Ley de represión de vagos y maleantes", se trata de una ley publicada en el diario oficial número 165, del 20 de julio de 1940, su promulgación fue justificada por la Asamblea Nacional bajo el siguiente argumento:

> Tanto la vagancia como distintas formas de actividades individuales ilícitas, nocivas para el bienestar y tranquilidad sociales, fronterizas con el delito, pero que escapan por sus

[42] B.S., *La degerazio nella pazzia e nella criminalitá,* en la Revista de derecho y jurisprudencia, tomo III, número 9, mayo de 1901, 40

[44] Manuel Muñiz, *Crimen y responsabilidad,* en revista "La Universidad", serie siete, número nueve, junio 1987, 268-269.

condiciones a la ley penal, están tomando proporciones alarmantes, lo cual hace necesario que el Estado, en función de su ejercicio de policía dicte medidas destinadas a proteger a la Sociedad contra aquellos sujetos designados como vagos y maleantes"[45]

La ley castigaba dos formas de ser: ser vago y ser maleante, presumiendo que una persona ejercía estas formas de vida de verificarse ciertas patrones de personalidad, para el caso, se consideraban vagos a quienes habitualmente no ejerzan profesión u oficio, a los correteros de comercio sin registro, los que fingieren enfermedades o defectos para mendigar, a los buhoneros, entre otras formas de vida (artículo 2), por su parte se consideraban maleantes a quienes sean rufianes, alcahuetes, tahúres, brujos, hechiceros, adivinadores, entre otras formas de vida (artículo 3).

Aunque la ley tiene una clara tendencia peligrosista, existe un elemento que no le permite clasificarse como un producto "puro" del positivismo penal, y es que todavía castigaba todos estas formas de vida con "penas" de duración determinada (artículo 8), una consecuencia jurídico-penal más propia de la tradición clásica. Así pues, se hablaba de tres tipos de pena: La amonestación del director general de la policía o una autoridad similar con promesa de dedicarse a "trabajos lícitos", la detención policial por tres meses, y en caso de reincidir en la vagancia o vida de maleante, una nueva detención de seis meses. Todavía no existía en nuestra legislación penal el "tratamiento" o la "medida de seguridad", consecuencias más coherentes con la lógica positivista.

A pesar de lo anterior, se trató de una ley muy efectiva, como nos recuerda Carlos Moreno en *La pena de muerte y la persecución de vagos en las políticas antidelincuenciales de El Salvador,* mencionado dicho autor que para 1945 se habían detenido más de cuarenta y ocho mil personas, lo que colocándose en perspectiva, equivaldría a más de la mitad de la población de Cabañas para dicho año[46].

Por su parte, la "Ley de estado peligroso" seria la expresión más pura del positivismo penal en nuestra legislación salvadoreña, publicada el

[45] Cfr. Diario oficial número 165, tomo 129, 20 de julio de 1940, 2461
[46] Cfr. Carlos Moreno, *La pena de muerte y la persecución de vagos en las políticas antidelincuenciales de El Salvador, 1928-1946*, en revista "Identidades ", 135

veinticinco de mayo de 1953, regulaba una única consecuencia penal, la medida de seguridad, que aparecía por primera vez en nuestro ordenamiento penal, y que podía ser de cuatro tipos: Patrimoniales, eliminatorias, de observación y de detención. Consistiendo las patrimoniales en prestar multa, caución o realizar jornadas de trabajo (no hay mucho de "patrimonial" en esta última medida), las eliminatorias en la expulsión del extranjero "peligroso", y las de observación en obligación de declarar el domicilio, de permanecer o retirarse de determinado lugar, y la de someterse a vigilancia. En cuanto a las medidas "de detención", suponían la pérdida de libertad del "asegurado" pudiendo cumplirse en los siguientes lugares: casas de trabajo, colonias agrícolas, campos de trabajo, casas de reforma, y el hospital psiquiátrico.

Como hemos afirmado, se trata de la expresión más pura de la lógica positivista, pues si consideramos que la delincuencia es el estado avanzado de un padecimiento que inicia con la peligrosidad, no hay ninguna dificultad en aplicar la misma consecuencia, la medida de seguridad, a los adultos haraganes, a los menores problemáticos, e incluso a los esquizofrénicos, a final de cuentas todos muestran por factores biológicos o ambientales similar proclividad al crimen, la vida delictual no se elige, sino que es un camino al que me arrojan mis circunstancias personales, todos los lugares se vuelven lo mismo, y ya sea casa de reforma, casa de trabajo u hospital psiquiátrico, todos se convierten en centros de "tratamiento", una palabra utilizada en los considerandos de la ley, que en tal sentido afirmaba "(…) es necesario emitir una ley que determine los tipos de esas conductas antisociales y peligrosas y las medidas de prevención adecuadas para su tratamiento."

Como decíamos, en un centro de tratamiento lo que se busca es curar o aliviar una enfermedad, un padecimiento, con lo que vemos presente otro carácter del positivismo penal en la ley, su desdén por la palabra "pena", tachada en la jerga positivista por su carácter moralizante, y sustituida por la expresión "tratamiento" o "medida de seguridad", que puede continuar mientras continúe la enfermedad, incluso por "tiempo indeterminado", hasta que el "asegurado" demuestre "rehabilitación" (artículo 21 literal "E").

A simple vista se puede observar, que en muchos casos se habla de formulas vagas e imprecisas, que no resisten el mínimo embate desde lo que

actualmente entendemos como “principio de legalidad”, aun así resulta curioso que el legislador pensó en establecer legalmente estas formulas vagas para lograr mayor “seguridad jurídica” evitando los excesos, tal como se manifiesta en el considerando III de la ley: “Que los estados peligrosos están tipificados en la presente ley, con observancia rigurosa del principio de que no puede haber indicio de peligro sin ley, para evitar los excesos que los especialistas en la materia han llamado "peligrosos de la peligrosidad".

En medio de la vigencia de estas dos leyes, conviene finalmente explorar la forma más penetrante en que se recepto el positivismo penal criminológico en nuestra legislación, se trata de la recepción constitucional de dicha doctrina, apareciendo en un inciso del artículo 166 de la Constitución de la república de 1950, un inciso que todavía sigue siendo citado como justificación del mano-durismo salvadoreño del siglo XXI:

> Por razones de defensa social, podrán ser sometidos a medidas de seguridad reeducativas o de readaptación, los sujetos que por su actividad antisocial, inmoral o dañosa, revelen un estado peligroso y ofrezcan riesgos inminentes para la sociedad o para los individuos.

La justificación de esta inserción debe ser analizada, sobre todo si consideramos dos cosas, primero, el referido inciso sirvió de justificación de la ley de peligrosidad de 1953 arriba relacionada, tal como se manifiesta en el primer considerando de dicha ley, que se expresa en el sentido siguiente:

> Que el inciso 3º del Art. 166 de la Constitución Política estatuye que, por razones de defensa social, podrán ser sometidos a medidas de seguridad reeducativas o de readaptación, los sujetos que por su actividad antisocial, inmoral o dañosa, revelen un estado peligroso y ofrezcan riesgo inminente para la sociedad o para los individuos, y que dichas medidas deben estar estrictamente reglamentadas por la ley y sometidas a la competencia del Poder Judicial.

En segundo lugar, y más importante todavía, el referido inciso constitucional sigue teniendo actualidad, al haber sido utilizado con frecuencia para justificar las políticas manodurista implementadas en nuestro país a

principios del siglo XXI, e incluso haber sido citado como elemento a considerar en la reflexión sobre el retorno (si es que alguna vez se fueron) de las leyes de peligrosidad en nuestro país[47].

Pues bien, tratando de rastrear la justificación que en su momento tuvo el inciso tercero del artículo 166 de la Constitución de 1950, finalmente nos encontramos con el acta número 35 del día ocho de agosto de 1950, en la cual se consigna la exposición de motivos del título X que originalmente contenía dicho inciso, y que justifica la inserción del mismo en los siguientes términos:

> El tercer inciso es nuevo. La Comisión decidió dar cabida a las medidas preventivas de defensa social como medio científico de lucha contra la delincuencia. Muchos países han dado cabida en sus leyes secundarias a esta clase de medidas. Sin embargo, debe quedar el principio en la Ley Fundamental, porque de otro modo las leyes secundarias correspondientes podrían ser tachadas de inconstitucionales. La Comisión tiene el respaldo doctrinario de los más destacados penalistas de nuestros días. En este orden de ideas, solicitó consejo al Dr. Manuel Castro Ramírez h., catedrático de Derecho Penal de la Universidad de El Salvador. El Doctor Castro Ramírez h. propuso la redacción que, con algunas variantes, aparece en el artículo, y él la tomó de la legislación belga, donde halló la expresión más acabada de la teoría del estado peligroso[48].

Basta leer rápidamente la anterior justificación, para caer en la cuenta de su insuficiencia, se trata de una aceptación sin dialogo, una admisión hueca y acrítica de afirmaciones sin mayor peso de autoridad argumentativa. Se habla de un carácter científico, sin motivar en qué consiste esta ciencia, o las razones

---

[47] Para el caso, este inciso constitucional fue citado por el artículo *El estado de peligrosidad: una figura jurídica olvidada,* relacionado en uno de los boletines de estudios legales de la Fundación Salvadoreña para el desarrollo de El Salvador (FUSADES), articulo que buscaba en sus conclusiones finales, el tanque de pensamiento "(…) colige que no hay obstáculo legal para emitir una Ley de Peligrosidad" (Cfr. FUSADES, *El Estado de peligrosidad, una figura jurídica olvidada,* en "Boletín de estudios legales", 7)

[48] Comisión Coordinadora para el sector justicia, *Documentos históricos, Asamblea Constituyente 1950-1951*, en "Las constituciones de la República de El Salvador 1824-1962", tomo IIB, 698

o estudios que la sustentan, peor aún, se habla de un carácter científico en la lucha contra la delincuencia, pero no se razona como tales estudios científicos –que ni siquiera citan- se aplican a nuestro país, a nuestras circunstancias particulares e históricas. Luego, estas razones científicas deben ser avaladas, porque son respaldadas por ciertas figuras académicas cuyo trabajo científico en este campo se desconoce, solo conociendo que se trata de docentes de derecho penal que han extrapolado una ley del norte de Europa a Centroamérica ¿Será que el salvadoreño promedio actúa como el belga promedio? ¿Será que la ley belga cuenta con estudios serios que la respalden? ¿Será que los estudios serios que sostienen la ley se encuentran sustentados en premisas "objetivas" –si es que existe tal término-?

Nada de esto se responde, todo se presume sin mayor explicación o fundamentación mientras resuenan de nuevo la palabras de Von Kirchmann "tres palabras modificadoras del legislador…". La fundamentación del inciso tercero del artículo 166 de la Constitución de 1950 no tenía sentido entonces, y mucho menos lo tendrá ahora, se trata de la ciencia –o al menos la apelación a esta- jugando a hacer política.

Finalmente, el discurso positivista llega a finales del siglo XX con un ropaje más moderado, cediendo terreno a los postulados de la escuela clásica con los cuales genera un nuevo pensamiento mixto, pasamos a la etapa del eclecticismo penal.

4. ECLECTISISMO EN EL DERECHO PENAL SALVADOREÑO.

4.1. Las escuelas eclécticas.

A pesar de la enorme influencia ejercida por el positivismo penal en el ámbito legal europeo y americano, el dominio no fue total, y con el tiempo se comenzaron a vislumbrar importantes movimientos de rechazo a las posiciones más extremas del positivismo científico de Lombroso y sus seguidores. Surge una serie de corrientes de pensamiento eclécticas que buscan retomar los principales aportes que dejó "la lucha de las escuelas", para formar un nuevo pensamiento que incluya lo más importante de las mismas

En 1839, Carlos David Augusto Roeder finaliza su *Pena Correccional,* una de las obras más representativas del "Correcionalismo penal", que recibiría fuerte apoyo en España con Giner de los Rios y Pedro Dorado Montero, último que retomó con entusiasmo el método positivista centrado en la realidad inmediata, pero a la vez cuestionó el excesivo "darwinismo jurídico" en que caía Lombroso y sus seguidores[49]. En igual sentido, surge en Italia la conocida *Terza Scuola* que encuentra como principales exponentes a Manuel Carnevale, y Bernardino Alimena, ambos con muchas coincidencias con el positivismo puro italiano, por ejemplo su método de acercamiento al fenómeno criminal retomando el avance de las "ciencias naturales", pero que muestran discrepancias con las afirmaciones más arriesgadas de Lombroso, como su noción de "delincuente nato" en el caso de Carnevale, o la tesis de la "anormalidad morbosa de cometer delitos" en el caso de Alimena[50].

Pero sin duda alguna, el pensamiento ecléctico más influyente hasta la fecha, lo constituyó el pensamiento de Franz Von Liszt y su "Escuela de Marburgo" (también conocida como Escuela "Político Criminal"). Von Liszt, alumno de Ihering y Merkel, y entre otras cosas docente de derecho penal en la Universidad de Marburgo, Alemania (1822-1889), observa con detenimiento la "lucha de las escuelas" entre el pensamiento "clásico" y el planteamiento positivista, y frente a ello decide integrar los aspectos que considera más importantes de ambas corrientes[51] .

Von Liszt propondrá entonces, un *gesamte strafrechtswissenschaft* o "derecho penal global", una visión integradora del derecho penal compuesta de varias facetas o tareas, una primera de formación más propia del jurista que consiste en la formación jurídica tradicional, aunque acompañada por la criminalista o ciencias que refuerzan la investigación del delito, una segunda

[49] José Antonio Ramos Pascua, *El positivismo jurídico en España. D. Pedro Dorado Montero,* en Anuario de Filosofía del Derecho XII, 503-546

[50] Iñaki Rivera Beiras y otros, *Política Criminal y Sistema Penal.* Viejas y nuevas racionalidades punitivas, 80-81

[51] Para el caso, nos recuerda Peter Walter Ashton como "Von Liszt se mantuvo siempre reservado y critico en relación con las investigaciones de Cesare Lombroso (1836-1909). Como jurista tenía graves dudas metodológicas acerca de las teorías de éste, pues el delito es un concepto jurídico. Es la ley la que dice lo que debe ser considerado delito; la ley cambia a lo largo de la historia, y lo que ayer era delito hoy no lo es. El conflicto con Lombroso era inevitable (Cfr. Peter Ashton, *La evolución del pensamiento penal en Alemania,* en Revista chilena de derecho, vol. 22, 1995, 304)

faceta, de comprensión científica del delito y la pena a manos de una metodología empírica de las ciencias naturales, que se encargará de estudiar los orígenes del delito y el delincuente, y finalmente, nada de esto sirve si no se trasladan los conocimientos logrados al legislador de cara a la consecución de una política bien fundamentada, aquí encontramos la Política Criminal, que aunque alimentada por los anteriores niveles, no debe contaminar los mismos, de ahí la famosa expresión de Von Liszt: "El derecho penal es la infranqueable barrera de la política criminal", misma que años más tarde reinterpretara Roxin para fundamentar su visión funcionalista del delito.

Todas las ideas antes reseñadas, se terminarían plasmando en una de las obras capitales de Von Liszt en 1882, *La idea del fin en el derecho penal. Programa de la Universidad de Marburgo,* en la cual el autor alemán manifiesta su intención de reinterpretar de forma integral el derecho penal:

> (…) el objetivo principal de mis líneas no es el de defender las prerrogativas que en el Derecho penal puedan corresponder a la idea de adecuación a fin, sino representar el punto de vista que pueda llevar a un entendimiento de los rivales. La solución no es revolución, sino reforma. A una reforma, sin embargo, debemos y podemos contribuir todos. Desde hace decenios, la ciencia del Derecho penal ha visto cómo se separan a muerte sus principales representantes. Pulverizada su fuerza en luchas estériles, envuelta en una abstracta tarea de pensamiento, no ha podido darse cuenta de lo que ocurría afuera. Creía, como antes, tener en sus manos las riendas del mando, mientras la vida había cesado, hace mucho tiempo, de preocuparse de ella. No podemos renunciar a la profundización de las abstracciones conceptuales, pero del doctrinarismo debemos prescindir.
>
> A la investigación del delito como fenómeno ético-social, y de la pena como función social, debe darse, *dentro de nuestra ciencia,* la atención que merece. Que haya una antropología .criminal, una psicología criminal, una estadística criminal, como disciplinas especiales, más o menos distantes del Derecho penal, constituye la prueba de la grave responsabilidad que pesa sobre los representantes de la ciencia del Derecho penal, pero es también la prueba de la esterilidad que sufrieron hasta ahora estas disciplinas. Sólo en la acción conjunta de las mencionadas disciplinas con la ciencia del Derecho penal radica la posibilidad de un combate fecundo contra la criminalidad. A nuestra disciplina

es a la que corresponde el mando en tal batalla, y a él no puede renunciar sin traicionarse a sí misma.

Ese mismo año se fundaría la *Zeitschrift für die gesamte strafrechtswissenschaft* o "revista para el derecho penal global" en la que el autor difundiría su pensamiento, y en septiembre de 1888 junto a otros penalistas con pensamiento afín (Van Hamel y Prins), fundarían la Unión Internacional del Derecho Penal (UIDP), cuyo primer artículo de su estatuto estimaba "que la criminalidad y su represión deben ser analizados tanto desde el punto de vista social como del jurídico".

No obstante lo anterior, la Unión y Von Liszt nunca renunciaron a ciertas conclusiones propias del positivismo penal, por ejemplo Von Liszt se refiere a los delincuentes que clasifica como "irrecuperables" en los siguientes términos:

> La lucha contra la delincuencia habitual presupone un conocimiento exacto de ella. Y éste falta hasta ahora. Se trata, aunque sea de un miembro, del más importante y peligroso en aquella cadena de síntomas de enfermedades sociales, que nosotros solemos reunir en la denominación global *de* proletariado. Mendigos y vagabundos, prostituidos de ambos sexos y alcohólicos, rufianes *y demimondaines,* en el sentido más amplio, degenerados espirituales y corporales, todos ellos conforman el ejército de enemigos fundamentales del orden social, en cuyas tropas más distinguidas reconocen filas estos delincuentes[52]

Considerando todo el costo social y económico que supone para el Estado el tratamiento de quienes no regresarán al orden social, Liszt solo encuentra una salida, la misma que encontraban los positivistas:

> La sociedad debe protegerse de los irrecuperables, y como no podemos decapitar ni ahorcar, y como no nos es dado deportar, no nos queda otra cosa que la privación de libertad de por vida (en su caso, por tiempo indeterminado) (…) La "eliminación de la peligrosidad" me la figuro de la siguiente manera. El Código penal debería determinar que una tercera condena por uno de los delitos mencionados más arriba llevaría a una

[52] Franz Von Liszt, *La idea del fin en el derecho penal* (México, Universidad Autónoma de Mexico, 1994), 116

reclusión por tiempo indeterminado. La pena se cumpliría en comunidad en recintos especiales (presidios). Ella consistiría en una "servidumbre penal", bajo la más severa obligación de trabajo y la mayor explotación posible de la fuerza de trabajo. Como sanción disciplinaria, la pena corporal sería casi inevitable. Una pérdida obligatoria y perpetua de los derechos civiles y honoríficos debiera señalar el carácter incondicionalmente deshonroso de la pena. La reclusión individual sólo operaría como sanción disciplinaria, combinada con reclusión en cámara oscura y ayuno estricto[53].

De alguna forma, los primeros estatutos de la UIDP también mostraron alguna inclinación con esta visión positivista, tal como se observó en algunas de las nueve tesis principales de la Unión, enmarcadas en el articulo dos del estatuto de dicho organismo[54], por ejemplo, la segunda tesis establecía que "la ciencia y la legislación penal deben tener en cuenta los resultados de los estudios antropológicos y sociológicos", la tercera tesis distinguía entre delincuentes "ocasionales" y "habituales", tal como lo había hecho Von Liszt en su programa de Marburgo (aunque no se mencionó al "irrecuperable"), y finalmente, la tercera tesis rescataba la presencia de la "pena" como consecuencia jurídica al delito (los positivistas renegaban de la misma), pero a la vez hablaba de otras consecuencias "preventivas" (como si lo hacían los positivistas), por lo que la pena no se "debe aislar de los demás medios sociales y particularmente no debe hacer olvidar las medidas preventivas" [55].

Esta última tesis, sería parte de las primeras posiciones a favor de un "sistema dual" de consecuencias penales: La pena, teniendo como fundamento la culpabilidad, y la medida de seguridad fundamentada por la peligrosidad del peligroso, un sistema común en la actualidad, y que encuentra sus primeras formulaciones en 1894 con el proyecto de código penal de Carl Stooss.

---

[53] Franz Von Liszt, *La idea del fin en el derecho penal,* 122

[54] Según Berdugo, este factor, sumado a la necesidad que todo nuevo miembro de la Unión debía aceptar todas las tesis para ingresar a la asociación, fueron razones por las cuales pensadores y juristas de la época declinaron la invitación por conformar parte de la misma (Cfr. Ignacio Berdugo Gómez, *La evolución del derecho penal contemporáneo y la Unión Internacional de Derecho Penal* (Salamanca, Universidad Pontificia de Salamanca, 1982), 14-18)

[55] Cfr. Ignacio Berdugo Gómez, *La evolución del derecho penal contemporáneo y la Unión Internacional de Derecho Penal,* 14-18.

En cuanto a la definición de delito, la obra de Von Liszt también generó un profundo y permanente impacto en el mundo del derecho penal, a Von Liszt (junto a Beling) le corresponde el mérito de difundir la sistematización del delito en partes o análisis más reducidos, un concepto complejo de delito cuyo estudio actualmente se desarrolla a través de la "teoría del delito", misma que con el paso del tiempo se volvería tan compleja y profunda para la doctrina penal (en ocasiones innecesariamente), que incluso llegaría a protagonizar su propia "lucha de escuelas" entre causalistas y finalistas, esta primera formulación de un delito complejo y sistemático, consistiría en un ilícito objetivo y una culpabilidad subjetiva, binomio que con las aportaciones de Beling se modificaría a un sistema tripartito de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad.

Como nos recuerda Bernd Schünemann, Von Liszt acepta un concepto de delito en el cual se rechazó toda especulación trascendental o puramente valorativa (dejando ver una influencia naturalista o positivista del autor en dicho punto). El delito consistía en dos magnitudes perceptibles por los sentidos, y por ende mesurables desde la óptica de cualquier ciencia natural, la primera magnitud era objetiva, pues se desarrollaba en el mundo real, y consistía en la evaluación de la antijuricidad del hecho realizado por el autor, es decir, un análisis sobre la ilicitud del proceso causal realizado por el delincuente (una acción que produce un resultado), Ilicitud que se miraba como una simple comparación entre el hecho y las normas del orden jurídico[56].

En 1906, de la mano de la *Doctrina del delito* de Ernst Beling, al juicio objetivo de antijuricidad se agregó un juicio de tipicidad, pues se comprende que el delito no es cualquier ilicitud, sino más bien una "ilicitud seleccionada" por estar regulada dentro de los tipos penales del código penal, asistimos al nacimiento de la "tipicidad"[57], aunque el análisis de esta seguirá siendo

[56] Bernd Schünemann, *Razonamiento sistemático en derecho penal,* en El sistema moderno del derecho penal. Cuestiones fundamentales, 43-47

[57] En palabras del mismo Beling "según nuestro actual derecho positivo, la conducta culpablemente antijurídica es sólo punible en la medida y extensión de las penas legales. Estas amenazas penales influyen de tal modo en la definición del delito, que solamente los tipos de conducta abarcados por ella caen en lo punible y, por otra parte, toda conducta de ese modo típica es sólo y precisamente punible de conformidad a la pena correspondiente al tipo correlativo. La "tipicidad" es una característica esencial del delito (…) toda acción, por antijurídica y culpable que sea, si no es incluible en los tipos legalmente establecidos —*lo*

objetivo, es decir, verificar la presencia en el mundo real de los elementos objetivos del tipo penal[58].

La segunda magnitud era subjetiva, un proceso mental aprehensible y describible por las reglas de la psicología, en el sentido que pasaba por la interioridad subjetiva del autor como un vinculo entre psique y hecho, y se traducía en una vinculación psicológica del autor con su acción ya sea de forma dolosa o culposa (teoría psicológica de la culpabilidad). Con el pasar del tiempo, y gracias a las aportaciones de Frank, Goldschmidt y Freudenthal, el juicio subjetivo a secas se transforma en un juicio normativo o de "reproche" (teoría de la reprochabilidad), siempre sobre el vínculo subjetivo del autor con su hecho. En ambos casos, el análisis de la imputabilidad (comprensión en condiciones de normalidad) nunca formó parte de la culpabilidad, sino que era un presupuesto del vínculo subjetivo del autor con su hecho, por lo que se separaba del análisis de la culpabilidad[59].

Todavía Luis Jiménez de Asúa en 1958, en su obra *Principios de derecho penal: La ley y el delito*, relacionaba este concepto de psicológico culpabilidad, para el caso, menciona el profesor español que:

---

atípico— para el jurista significa una acción *no punible;* y viceversa, acción *típica* significa acción *digna* de pena según la medida de las penas correspondientes y conforme a las demás disposiciones legales relativas a la punibilidad" (Cfr. Ernst Beling, *Esquema de derecho penal. La doctrina del delito – tipo* Buenos Aires, Librería "El Foro",2002*,* 273-275)

[58] Por ejemplo, un hecho de homicidio es típico, en la lógica causalista, cuando se verifica en el mundo real la acción y resultado que demanda objetivamente el tipo penal, es decir, la acción de matar a una persona, y el resultado de la muerte del asesinado, habiéndose verificado esto, no había mayor necesidad de continuar con el análisis de la tipicidad. En la antijuricidad por su parte, se analizaba a secas si el comportamiento típico descrito era contrario al conjunto de normas que integran el orden jurídico. Tipicidad y antijuridicidad unidas, formaban un "ilícito penal" objetivo, y despojado hasta el mayor punto posible, de cualquier elemento valorativo.

[59] De nuevo utilizando el ejemplo del homicidio, en la lógica causalista, existía culpabilidad si el autor mostraba un vinculo subjetivo de dolo o culpa con su hecho, cuando para el caso yo quiero matar (dolo), y mato, mi hecho es expresión de mi voluntad interna de "querer matar", ahí pues hay un vinculo psicológico, "un puente" entre lo que pienso y hago, verificar este vinculo fue un elemento fundamental en la lógica causalista de la culpabilidad, e incluso en las posteriores modificaciones que vendrían a esta idea de culpabilidad (reprochabilidad). La imputabilidad en este esquema, es decir, comprender normalmente las dimensiones del hecho (que puede ser afectado por una enfermedad mental, o un estado de perturbación de la consciencia), solo podría afectar la posibilidad y forma en que se presenta el vinculo, pero no supone el vinculo en sí, de ahí que los causalistas miraban la imputabilidad como algo separado, pero necesario, para lograr la culpabilidad.

> Las especies de la culpabilidad —el dolo y la culpa, con las correspondientes subespecies— no son características de aquélla, como Mezger ha creído, ni formas de presentación. Constituyen auténticas especies en las que encarna conceptualmente el género abstracto *culpabilidad.* Y son las únicas especies. A fines de siglo quiso Loffler, seguido luego por Míricka, establecer una tripartición: dolo, previsión a sabiendas y mera culpa. Más tarde, Grossmaim ha querido añadir otras de naturaleza fronteriza. Pero dolo y culpa son, en verdad, las únicas que existen, aunque proliferen en clases[60].

Todavía, en su *Derecho Penal Salvadoreño* de 1990*,* José Enrique Silva citaba a Jiménez de Asúa al momento de entender la culpabilidad como "el reproche que se hace al autor de un concreto acto punible, al que le liga un nexo psicológico motivado, pretendiendo con su comportamiento un fin , o cuyo alcance le era conocido o conocible, siempre que pudiera exigírsele un proceder conforme a las normas"[61], una definición similar a la citada en 1972 por Manuel Arrieta Gallegos, en sus *Lecciones de derecho penal,* en las cuales definía el delito como un acto que posee entre otros elementos[62]:

> d) La imputabilidad, o sea, que aquel acto típico y antijuridico le pueda ser atribuido a una persona en vista de su capacidad o desarrollo mental o físico y biológico; e) La culpabilidad, o sea que el daño ocasionado con el acto le pueda ser reprochable al autor que lo produce a través de su dolo o culpa[63].

4.2. Eclecticismo y legislación penal salvadoreña

El código penal de 1974 (publicado en el diario oficial de marzo de 1973, pero que entra en vigencia hasta siguiente año), es en muchos sentidos novedoso, se trata de una legislación en la que se inserta un sistema dual de consecuencias penales, la pena, que podía presentar tres formas principales

[60] Luis Jiménez de Asúa, *Principios de derecho penal: La ley y el delito* (Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1990)*,* 358

[61] Aunque en este punto, Silva ya reconoce la existencia de una "tercera teoría", la finalista de Hans Welzel, (Cfr. José Enrique Silva, *Derecho penal salvadoreño. Teoría del delito* (San Salvador, Universidad Dr. José Matías Delgado, 1990), 30

[62] Para el caso, Arrieta Gallegos distinguía hasta siete elementos: acción, tipicidad, antijuricidad, imputabilidad, culpabilidad y punibilidad (Cfr. Manuel Arrieta Gallegos, *Lecciones de derecho penal* (San Salvador, Corte Suprema de Justicia, 1972)*,* 126)

[63] Manuel Arrieta Gallegos, *Lecciones de derecho penal,* 126

(muerte, prisión y multa), y la medida de seguridad, que podía ser de cuatro formas distintas, se trata además de la legislación penal que ha definido lo más doctrinariamente posible el fenómeno del delito, a diferencia de nuestro código penal actual con una regulación más escueta en dicho punto, finalmente se trata del primer código penal que invierte el orden de su parte especial, colocando en primer lugar los delitos que protegen bienes jurídicos individuales, para dejar posteriormente los que protegen intereses de la colectividad, a diferencia de su similar de 1904, que iniciaba con los delitos que atacaban la Constitución y demás intereses colectivos.

Sin lugar a dudas, el eclecticismo receptado en la doctrina penal europea a principios del siglo XX, será el pensamiento que impregnará en la legislación penal salvadoreña a través del código penal de 1974, y aunque resulte difícil determinar con precisión el grado en que dichas corrientes eclécticas influyeron en este código, no cabe duda que el pensamiento de Von Liszt se encuentra a lo largo del mismo.

Si analizamos el anteproyecto de código penal de 1973, el mismo reconoce cuatro abrevaderos principales: a) El proyecto de código penal de 1960, realizado por una comisión integrada por Enrique Cordova, Manuel Castro Ramirez y Julio Fausto Fernandez, b) El proyecto de Código penal tipo latinoamericano de 1962, c) Los trabajos de Sebastián Soler, y, d) Los trabajos de Luis Jiménez de Asúa[64]. Desafortunadamente el proyecto no aclara porque se elije estas fuentes o autores y no otros, ni en qué puntos específicos estos trabajos impactan en el código, y en el particular caso de Sebastián Soler y

[64] Cfr. Francisco Arias, y Enrique Silva, *Proyecto de código penal 1972* (San Salvador, Ministerio de Justicia, 1972), 3. En igual sentido relaciona las mismas fuentes Manuel Arrieta Gallegos, en *El nuevo código penal salvadoreño* que en tal sentido manifiesta que "la comisión tuvo en cuenta, entre otros proyectos y cuerpos de leyes, el del código penal tipo para América Latina que en su parte general ha sido elaborado en sucesivos congresos internacionales por notables juristas (…) Por otra parte, se tomó en cuenta el anterior proyecto que en 1960 fue elaborado para nuestra patria, obra directamente escrita con admirable exposición de motivos (…) El proyecto para la República de Venezuela elaborado por el eminente penalista don Luis Jimenez de Asúa –cuyo fallecimiento lamentamos- con la colaboración de notables jurisconsultos de la patria bolivariana, y el de Peco para la República de Argentina como también las obras, proyectos y estudios sobre la legislación penal de Sebastián Soler, fueron a la vez guías e instrumentos de trabajo que aportaron a la Comisión admirables conclusiones, las que en la medida de lo aplicable a nuestro medio, fueron tomados en cuenta para elaborar el nuevo Código (Cfr. Arrieta Gallegos, Manuel, *El nuevo código penal salvadoreño* (San Salvador, Imprenta Nacional, 1973), 5.

Jiménez de Asúa, no se menciona la específica bibliografía, temas, o etapa del pensamiento del autor que ejerce la influencia en la legislación, esto es muy importante, considerando el amplio caudal bibliográfico que produjeron ambos penalistas.

No obstante lo anterior, resulta evidente el eclecticismo del código penal de 1974 y su particular afinidad con el pensamiento de la escuela de Von Liszt, lo que a nuestro criterio se evidencia en atención a tres razones fundamentales:

4.2.1. La afinidad entre las fuentes.

La retroalimentación del pensamiento, y la influencia y fascinación que ejercen ciertos autores sobre las generaciones futuras, son sin lugar a dudas factores decisivos en la formulación de un código penal, de alguna forma, algunas de las fuentes citadas para el código penal de 1974 se alimentaron o recibieron influencia del eclectisismo de Von Liszt.

El caso de Jiménez de Asúa es el más evidente, como nos recuerda José Saenz Capel en su reseña a este gigante de la ciencia penal española, parte del desarrollo académico de este autor se logró con una beca del Instituto Libre de Enseñanza que le permite a Jiménez de Asúa perfeccionar sus estudios con von Liszt en Berlín, además de haber estudiado en Suiza con otro discípulo de Liszt, Carl Stoos (quien como hemos dicho, formula uno de los primeros proyectos de código penal con un sistema dual de consecuencias , a finales del siglo XIX) [65].

Rivacoba tambien señala la relación entre Jiménez de Asúa y Von Liszt en los siguientes términos:

> Mucho se ha especulado acerca de la inclinación, que para muchos fue adhesión, de Jiménez de Asúa al positivismo de los italianos. Sin embargo, se debe tener en cuenta que de su salida a Europa regresó impresionado y señalado para siempre

[65] José Saez Capel, *Luis Jiménez de Asúa, profesor de profesores*, consultado el 15 de agosto de 2014, en www.cienciaspenales.net, , 2

por la personalidad y la enseñanza de Von Liszt, tanto en lo referente a los métodos en la docencia del derecho criminal, cuanto en lo relativo a su concepción de la ciencia del derecho penal conjunta. Ya se sabe que, por más que después evolucionara hasta avanzadas posiciones dogmáticamente *neoclásicas,* Jiménez de Asúa ha sido calificado por don José Antón Oneca (1897-1981) como "*el más lisztiano de los penalistas españoles"* y el representante más conspicuo de "*la generación española de la política criminal"*, lo cual significa una intelección del derecho punitivo respetuosa y atenida, ante todo, a la legislación como barrera infranqueable para el penalista, idea poco acorde con el desenfreno positivista, y explica, en el orden de, la enseñanza, la importancia que confirió a los trabajos y el interés que puso en las publicaciones de seminario, y la introducción del método de *casos,* que rápidamente pasó en España a otras asignaturas y que difundió luego con inusitada amplitud y éxito en sus giras por América y durante su prolongado exilio en aquel hemisferio, métodos asimismo muy alejados de las indagaciones antropológicas y sociológicas del positivismo[66].

No es ocioso entonces, que el prologo de una de las ediciones de *El fin del derecho penal,* proviniese precisamente de la mano del maestro Jiménez de Asúa, también acusado como lo fue su maestro alemán, de mostrar demasiada proclividad a las corrientes positivistas, acusación que en nada benefició su colaboración junto a Mariano Ruiz Funes en la creación de la "Ley de vagos y maleantes", promulgada en España en agosto de 1933[67].

En 1939 el profesor Jiménez de Asúa es exiliado de España, trasladándose a México y posteriormente a Buenos Aires, tiempo que ocupará en esparcir el pensamiento de Von Liszt en Latinoamérica, precisamente en este periodo de tiempo, el profesor Jiménez de Asúa

[66] Cfr. Manuel Rivacoba y Rivacoba, *La figura de Jiménez de Asúa en el derecho penal,* consultado por última vez el 10 de agosto de 2014, en http://manuel-de-rivacoba.blogspot.com/2012/08/la-figura-de-luis-jimenez-de-asua-en-el.html (también en Manuel Rivacoba y Rivacoba, *La figura de Jiménez de Asúa en el derecho penal,* en Boletín del ilustre colegio de abogados de Madrid, número 4, 1989, julio -agosto)

[67] Cfr. Iván Heredia Urzais, *Control y exclusión social: la ley de vagos y maleantes en el primer franquismo,* en "Universo de micromundos. VI Congreso de Historia Local de Aragón" (Zaragoza, Institución "Fernando el Católico" y Prensas Universitarias de Zaragoza, 2009), 110

participa dentro de las comisiones de profesores que desarrollaron otra de las fuentes del código penal salvadoreño de 1974, nos referimos al código penal tipo para Latinoamérica. Tal como nos recuerda Isidro de Miguel Perez, la parte general de dicho código ya se encontraba finalizada para 1970, imponiéndose la tendencia que ya se había advertido desde la primera reunión en 1963, en palabras del referido autor:

> El eminente profesor de esta materia, doctor Luis Jiménez de Asúa, radicado en Buenos Aires desde 1939, dedico a esta importante empresa sus desvelos desde el principio hasta su fallecimiento en 1970, por estar muy de acuerdo con la iniciativa de los profesores chilenos (…) Los más distinguidos penalistas de la America de lengua española y portuguesa habían hecho hincapié en presentar, las lineas generales de un futuro proyecto de Código Penal. Entre otros muchos, el gran penalista madrileño; don Luis Jiménez de Asúa, trasplantado por azares de la guerra desarrollada en España de 1936 a 1939, Sebastián Soler, Francisco Laplaza y otros por La Argentina, Raúl Cardenas, Fatil Carranca, Ricardo Francis, Fernando Labardini, de Méjico, v otros muchos, que no citamos por no hacer demasiado numerosa esta lista, acordaron que el proyecto de Código Penal Tipo tuviera pocos artículos[68].

Finalmente, y aun cuando se trate de una referencia más indirecta que las anteriores, debemos considerar que el pensamiento de Jiménez de Asúa, tambien estuvo presente en una tercera fuente del código penal de 1974, nos referimos al proyecto de código penal de 1960, último que reconoce como una de sus siete fuentes consultadas el "anteproyecto de Venezuela (1949-1950), elaborado por los profesores Jiménez de Asúa, Rafael Mendoza y José Agustín Méndez"[69]

[68] Isidro de Miguel Pérez, *Código penal tipo para Iberoamérica,* en "Anuario de derecho penal y ciencias penales", tomo 36 (España, Ministerio de Justicia, 1983), *533-535*

[69] Enrique Córdova, Manuel Castro Ramírez y Julio Fausto Fernández, *Proyecto de Código Penal de la República de El Salvador* (San Salvador, Ministerio de Justicia, 1960), 20

4.2.2. La definición del delito.

Si el concepto causalista de delito formulado por Liszt se disemina en Alemania a principios del siglo XX, es razonable creer que para la fecha en que se comienza a elaborar el código penal de 1974, este concepto estratificado de delito ya se encuentra ampliamente difundido en nuestro continente (ya hemos citado doctrinarios salvadoreños que lo manejan sin dificultad). El código penal de 1974 contiene varios elementos en los que claramente se puede percibir la influencia de Von Liszt, y su definición de delito como sistema, particularmente en lo referente a su culpabilidad psicológica, para el caso podemos citar los siguientes elementos:

a. A grandes rasgos, la separación capitular entre causas que excluyen acción (artículo 36), las justificantes (artículo 37), las que excluyen imputabilidad (artículos 38 y 39) y las exculpantes (artículos 40 y 41), evidencian la visión de un delito separado en estancos: Una acción humana, que eventualmente se puede calificar como típica, luego antijurídica, posteriormente puede provenir de un autor imputable, y por ultimo culpable. A cada compartimento del análisis le corresponden sus respectivas situaciones excluyentes, y así por ejemplo, el sueño imposibilita la presencia de la acción, la legítima defensa la antijuricidad, la enajenación mental la imputabilidad y el error de hecho la culpabilidad. Se trata en suma, de la definición estratificada de delito iniciada por Liszt con aportes de Beling a principios del siglo XX, que se hace presente en la realidad salvadoreña a través de esta muy elocuente regulación del fenómeno del delito.
b. En el capítulo III referido a las causas que excluyen responsabilidad penal, se trata la inimputabilidad (sección tercera) de forma diferenciada a la inculpabilidad (sección cuarta). Como hemos mencionado, para la formula causalista de Von Liszt, la imputabilidad se encuentra separada de la culpabilidad, la primera es un presupuesto de la segunda, más no un elemento (como

sucederá más adelante en el finalismo), esa es la razón por la que el código penal de 1974 separa estas dos circunstancias.

c. El articulo treinta y dos del código penal de 1974 regulaba "las formas de culpabilidad", estableciendo que "nadie podrá ser penado por una acción u omisión que la ley prevé como delito, si no es dolosa, preterintencional o culposa". Esta referencia al dolo y culpa en la culpabilidad (así como también la "preterintención", una forma intermedia entre las anteriores), es muestra palpable de las ideas de Von Liszt y su culpabilidad psicologica en la legislación penal de 1974, según la cual la intención y la imprudencia no son más que expresiones de un vínculo psicológico entre el autor y su hecho, mismo que determina el juicio de culpabilidad.

d. Consecuentemente con lo anterior, el articulo 40, literal "e", colocaba como circunstancia de "inculpabilidad" al error de hecho, es decir, la ausencia de dolo, dejando clara la relación entre dolo y culpabilidad, en otras palabras, el dolo como forma de "vinculo psicológico del autor con su hecho", idea propuesta por el causalismo de Liszt.

4.2.3. La regulación de las consecuencias jurídicas.

En lo que respecta a la recepción de las grandes corrientes del pensamiento europeo en materia penal, Zaffaroni nos habla de cuatro grandes desembarcos de ideas penales provenientes del viejo continente, el tercero de ellos, sucedido en la tercera década del siglo XX, trae lo que el autor llama "la recepción de textos en los que, en mayor o menor medida, se incorporaban elementos peligrosistas, desde el Proyecto de Ferri hasta los que combinan penas y medidas (el proyecto de Stooss y el código de Rocco)"[70].

Si esto es así, el sistema dual que proponía la Unión Internacional de Derecho Penal en 1888, o el mismo Von Liszt en 1882 a través de su

[70] Cfr. Eugenio Zaffaroni *Los códigos penales de Latinoamérica,* en "Códigos penales de los países de América Latina", 29

Programa de Marburgo, ya era ampliamente conocido para los encargados de redactar el proyecto de código penal de 1974, de hecho, el sistema dual ya había sido perfilado en el proyecto de código penal de 1960[71] (quizás antes en el proyecto de código penal de Mariano Funes), así como también en el código penal tipo para Latinoamérica[72].

Así pues, en el código penal de 1974 hace su aparición por primera vez en la legislación salvadoreña, el sistema dual de pena y medida de seguridad (descontando los proyectos antes mencionados), respecto a estas últimas, el artículo 103 relacionaba cuatro tipos de medidas de seguridad: Las curativas (tratamiento psiquiátrico o psicológico), educativas (régimen de educación y trabajo), de internamiento (privación de libertad en centros de trabajo o similares) y preventivas (no requerían internamiento), por su parte el artículo 110 permitía aplicar cualquiera de estas medidas a las siguientes categorías de sujetos:

- Delincuentes "habituales": Cuando se comete tercer delito doloso luego de haber sido condenado por dos anteriores del mismo tipo (artículo 111).
- Delincuentes profesionales: Quien realiza sucesivas infracciones, aun cuando no hay sido condenado por estas, e incluso, a quien muestra una personalidad o modo de vida con "tendencia a vivir de los efectos del delito" (Artículo 112)
- Condenados que mostraban "mala conducta" (Articulo 110, ordinal 6°)
- Cuando habiéndose cumplido la pena, el juez observa que su efecto ha sido nulo, pues el reo sigue mostrando una "viciosa conducta", "hábitos de vagancia", así como cualquier "otro índice" que pudiere hacer presumir la ineficacia de la readaptación (Artículo 110, ordinal 7°).

[71] Que introducía cuatro tipos de medidas de seguridad: Curativas, educativas, eliminatorias y preventivas (Cfr. Enrique Córdova, Manuel Castro Ramírez y Julio Fausto Fernández, *Proyecto de Código Penal de la República de El Salvador*, 61)

[72] Que regulaba tres tipos de Medidas de Seguridad: Curativas, de internación y vigilancia (Cfr. Isidro de Miguel Pérez, *Código penal tipo para Iberoamérica,* en "Anuario de derecho penal y ciencias penales", tomo 36, 539)

Si consideramos que las anteriores conductas son primariamente tendencias de vida que se consideraban peligrosas (recordemos que "ser vago" se encontraba en la Ley de Estado peligroso), y luego analizamos que las medidas curativas, preventivas y educativas podían tener una duración indeterminada (Artículo 114), es decir, hasta que ya no se registre "índice de peligrosidad" en el "asegurado", caemos en la cuenta que existe un cierto aire de familiaridad entre dicha utilización de la medida de seguridad y la sugerida por Von Liszt para los "delincuentes habituales", así como entre las principales conclusiones del positivismo y peligrosismo penal de Lombroso y sus seguidores

En conclusión, el código penal de 1974 unió dos líneas que se venían desarrollando de forma aislada en la legislación penal salvadoreña (aunque aplicando de forma conjunta sin ninguna dificultad) la del liberalismo y su discurso de una culpabilidad respondida con pena, presente en la legislación penal de 1904 y precedentes, y la del positivismo penal y su peligrosidad tratada con la medida de seguridad, ya presente en la Ley de estado de peligroso de mediados del siglo XX.

El código penal de 1974 fue un integrador de dos escuelas, un sumario de ideas que se preocupaba por unir dos corrientes de pensamiento, aunque esto significase acoplar fundamentos antagónicos entre sí, y consecuentemente sacrificar la coherencia interna entre ciertas partes del código con cada uno de estos fundamentos. Solo así puede entenderse la coexistencia del artículo dos de dicho código penal que regulaba el principio de responsabilidad como "culpabilidad por el hecho", conviviendo con una medida de seguridad que podía ser indeterminada, y aplicada en casos de vagancia. Solo así puede comprenderse la coexistencia entre el principio de legalidad que demanda certidumbre en las tipificaciones que merecen pena, y una causal como la "viciosa conducta" u "otros indicadores" que podían activar la medida de seguridad.

5. CONCLUSION GENERAL.

Luego de finalizado el anterior estudio, puede realizarse la siguiente conclusión, ideológicamente hablando, nuestra legislación penal previa a 1998 ha mostrado su adherencia a tres corrientes doctrinales:

5.1. La primera de carácter liberal, o bien, conforme a los principales postulados de la escuela clásica, que encontramos en las legislaciones de 1826, 1859, 1881 y 1904, en las cuales la pena aparece como única consecuencia y la culpabilidad constituye el fundamento de la pena, precedidas ambas regulaciones por sendas declaraciones de principios y limitaciones al poder punitivo del Estado (legalidad, proporcionalidad, culpabilidad, etc.).

5.2. La segunda en donde prima el derecho penal de autor y el peligrosismo propio del positivismo penal, presente en múltiples leyes agrarias y de policía durante el siglo XIX y a principios del XX, condensándose en la ley de vagancia de 1940, y finalmente encontrando su expresión más depurada en la ley de estado peligroso de 1954. En todas estas leyes no hubo obstáculo para castigar la inmoralidad o la personalidad cuando no se ajustaba a ciertos estándares de validez, o bien que se ajustaban a ciertas elecciones de vida "incorrectas", el castigo consistía en la Ley de Estado Peligroso, en medidas de seguridad indeterminadas e incluso permanentes sobre la base de la peligrosidad que demuestre el sujeto.

5.3. La tercera, en la cual se recepta un eclecticismo principalmente proveniente de la escuela de Marburgo, presente en el código penal de 1974 (posiblemente antes, si consideramos anteproyectos previos, como el de 1960), y en la cual se entremezcla el discurso de la pena y la culpabilidad, junto a la medida de seguridad y la peligrosidad, además de introducirse un concepto complejo y sistémico de delito, propio de la refinada "teoría del delito" de corte causalista (con algunas modificaciones pequeñas de carácter neo-causalista).

El desarrollo de esta línea temporal, no fue un desarrollo ordenado o progresivo, no estamos en presencia de una dialéctica con sentido racional que

camina hacia delante depurando los estadios anteriores, sino por el contrario, de un remolino de posiciones yuxtapuestas formando un todo incoherente dentro del cual se prohíbe con una ley, lo que se permite con otra: Principios liberales que limitan al Estado frente al individuo, junto a un peligrosísimo penal que exige la máxima represión del individuo en nombre de una sociedad que debe proteger, o en otras palabras, pena proporcional según la culpabilidad para ciertos ciudadanos, y encierro indeterminado según la personalidad para otros. ¿Cómo explicar tal incoherencia?

Una hipótesis que valdría la pena explorar (podría denominarse "ingenua"), quizás insistiría que la contradicción se explica por una incipiente dogmatica penal salvadoreña, todavía acomodada a la recepción acrítica de textos legales provenientes de líneas culturales y académicas con las cuales no hay interés de dialogar, tan solo aceptar por tratarse de las corrientes con más seguidores en el momento.

También es posible formular una segunda hipótesis, inclinada a favor de una lógica de la sospecha más inquietante que la primera. Es posible finalmente reconocer que la incoherencia reseñada tiene sentido, pero solo a través de un hilo invisible que no se quiere dejar ver o declarar, y que atraviesa nuestra legislación penal, nuestras leyes en general, así como cualquier otra institución económica y social que ha tenido nuestro país,

Un simple vistazo a nuestra historia nacional nos hace ver como una sociedad autoritaria, verticalista y desigual, Patricia Alvarenga, en su estudio sobre los patrones de la cultura y ética de la violencia entre 1880 a 1932 explica que durante el periodo liberal se desarrollo:

> (...) un "irresoluble conflicto entre una ética liberal y un sistema de dominación que abrió escasas vías hacia la concertación social. En este el terror continuó siendo pieza clave, pero adquirió nuevas dinámicas en la que los diversos sectores sociales participaron como víctimas y victimarios. Los "abusos" de los representantes del Estado eran la norma en un mundo

que requería la sistemática aplicación de tales abusos para mantener el sistema de dominación"[73].

Una visión similar nos ofrece Paul Almeida cuando analiza los movimientos sociales en nuestro país entre 1925 al 2010, según el referido investigador "Durante la mayor parte del siglo XX, los regímenes salvadoreños (y otros muchos que pertenecen a los países en vías de desarrollo) han oscilado entre la liberalización y el autoritarismo"[74]

Finalmente, aunque Rodolfo Cardenal realiza un esbozo histórico comparado entre nuestro país y el resto de naciones del istmo centroamericano, dividiendo la historia moderna de El Salvador en la historia de una "República cafetalera" que se convierte en una "República militarizada". En la primera etapa, Cardenal describe como nos apartamos de la experiencia democrática que desarrolló Costa Rica, teniendo a la cabeza una oligarquía más reducida que el anterior país o la de Guatemala, pero también más poderosa, una oligarquía que se hizo valer de un sistema de autoridad represivo para hacer valer sus intereses, como cuando se privilegió a los cafetaleros ordenándose la confiscación de las tierras comunales y ejidales (1881-1882), paso necesario para formación de la república cafetalera[75]. En la segunda etapa, la de la "República militarizada", Cardenal nos habla de la dictadura en los siguientes términos:

En la década de 1930, en todos los países centroamericanos, excepto en Costa Rica, la dictadura se consolidó. Los militares ejercieron el poder de forma autoritaria, centralizada y arbitraria. En consecuencia, las asambleas se volvieron servidoras obedientes del poder ejecutivo, la actividad política se redujo a la mínima expresión, y la prensa se limitó a la versión oficial[76]

[73] Alvarenga, Patricia, *Cultura y ética de la violencia. El Salvador 1880-1932*, 301
[74] Almeida, Paul, *Olas de movilización popular : Movimientos sociales en El Salvador: 1925-2010,* 371
[75] Cardenal, Rodolfo, *Manual de Historia de Centroamérica*, 320-321
[76] Cardenal, Rodolfo, *Manual de Historia de Centroamérica*, 347

La dualidad mencionada por Almeida no puede ser más acertada: “liberalismo y autoritarismo”, que en el ámbito penal quizás puede intercambiar con una formula similar: “Liberalismo-peligrosismo”, pues conocida es la buena relación entre el peligrosismo y el autoritarismo. Mientras más autoritario es un cuerpo político, más proclive es a formular normas penales ambiguas (“vago”, “rufián”, “malas costumbres”, etc.), fórmulas fáciles de aplicar por su excesiva amplitud, y por ende capaces de recaer en cualquier enemigo del Estado, por su actividad política o delincuencial, sin mayor necesidad probatoria que la apariencia o personalidad de dicho enemigo.

La dupla “liberalismo-peligrosismo” que atraviesa toda la historia de nuestra legislación salvadoreña es la dupla que identifica y explica un derecho penal de dos velocidades, la primera de los principios y garantías, aplicada a ciertos ciudadanos y delitos cuya contención no representa particular reto para el Estado, y una segunda velocidad para los peligrosos, vagos y holgazanes, en aquellos momentos en que la conflictividad social ponía en jaque la legitimidad del Estado, último que en su incapacidad de responder democráticamente, tendía la mano al peligrosismo penal.

BIBLIOGRAFIA

Almeida, Paul. *Olas de movilización popular: Movimientos sociales en El Salvador: 1925-2010.* San Salvador, UCA editores, 2011

Alvarenga, Patricia. *Cultura y ética de la violencia. El Salvador 1880-1932,* San Salvador. CONCULTURA, 2006

Antón Oneca, José. *Historia del Código penal de 1822*, en "Anuario de derecho penal y ciencias penales". Tomo 18, España, 1965

Arias Franciso, y Silva Enrique. *Proyecto de código penal 1972.* San Salvador, Ministerio de Justicia, 1972

Arrieta Gallegos, Manuel. *Lecciones de derecho penal.* San Salvador, Corte Suprema de Justicia, 1972

Arrieta Gallegos. Manuel, *El nuevo código penal salvadoreño.* San Salvador, Imprenta Nacional, 1973.

Ashton, Peter. *La evolución del pensamiento penal en Alemania.* en Revista chilena de derecho, vol. 22, Chile, 1995

B.S., *La degerazio nella pazzia e nella criminalitá,* en la Revista de derecho y jurisprudencia, tomo III, número 9, mayo de 1901

Beccaria, Cesare. *Tratado de los delitos y de las penas.* Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1993

Beneitone, Pablo. *Reflexiones y perspectivas de la Educación Superior en América Latina. Informe Final Proyecto Tuning. América Latina*, Bilbao, 2007Beling, Ernst. *Esquema de derecho penal. La doctrina del delito - tipo,* Buenos Aires, Librería "El Foro", 2002

Berdugo Gómez, Ignacio, *La evolución del derecho penal contemporáneo y la Unión Internacional de Derecho Penal,* Salamanca, Universidad ponticia de Salamanca,1982

Boerlegui, Carlos. *Historia del pensamiento filosófico latinoamericano.* Bilbao, Universidad de Deusto, 2006

Browning, David. *El Salvador, la tierra y el hombre.* San Salvador, Concultura, 1998

Cardenal, Rodolfo. *Manual de Historia de Centroamérica.* San Salvador, UCA editores, 2007

Comisión Coordinadora para el sector justicia, *Documentos históricos, Asamblea Constituyente 1950-1951*, en "Las constituciones de la República de El Salvador 1824-1962", tomo IIB,

Córdova, Enrique y otros. *Proyecto de Código Penal de la República de El Salvador.* San Salvador, Ministerio de Justicia, 1960

De Miguel Pérez, Isidro. *Código penal tipo para Iberoamérica,* en "Anuario de derecho penal y ciencias penales", tomo 36, España, 1983

Del Olmo, Rosa. *América latina y su criminología.* México, Siglo XXI editores, 1987

Diario oficial número 165, tomo 129, San Salvador, 1940,

Domingo, R. *Juristas Universales,* volumen II, Madrid, Marcial Pons, 2004

Elbert, Carlos Alberto. *Manual Básico de Criminología.* Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires,1998

Fuentes, Lindo. *Economía y sociedad (1810-1870).* en Historia General de Centroamérica, tomo III, Madrid, ediciones Siruela, 1993

FUSADES. *El estado de peligrosidad: una figura jurídica olvidada.* En revista "Estudios Legales", San Salvador, 2010

García García, Ricardo, *El primer Código Penal español de 1822 y su regulación de la religión católica,* en la revista "Derecho y opinión", número 7, 1999

García García, Ricardo. *El primer Código Penal español de 1822 y su regulación de la religión católica.* En la revista "Derecho y opinión", España, 1999

Gudmundsun, Lowell. *Sociedad y Política (1840-1871).* En Historia General de Centroamérica, tomo III, editado por Héctor Perez Brignoli, Madrid, Ediciones Siruela, 1993

Gutiérrez Álvarez, Gutiérrez. El espacio de muerte: el miedo y el terror en los espacios coloniales de San Salvador, Sonsonate y Guatemala. En "los rostros de la violencia", San Salvador, UCA editores, 2007.

Herrera, Sajid. *No que muera, sino que se arrepienta el criminal y viva,* en "Los rostros de la violencia", San Salvador, UCA editores, 2007

Jiménez de Asúa, Luis. *Principios de derecho penal: La ley y el delito.* Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1990

Lombroso, Nora, V*ida de Lombroso,* México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2009

McDonald, Arthur. *Aplicaciones de la Ética a la Criminología,* en revista "La Universidad", serie V, número 1, San Salvador, 1888

Menéndez, Isidro, *Código penal del Estado, decretado por la legislatura en 13 e abril de 1826,* San Salvador, Secretaria de la presidencia de la república, 1956.

Ministerio de Justicia, *Informe de la comisión de legislación 15 de marzo de 1904*, en Códigos penales de El Salvador, San Salvador, Publicaciones de Ministerio de Justicia, 1960

Ministerio de Justicia. *Proyecto de código penal de la república de El Salvador.* 1960

Moreno, Carlos. *La pena de muerte y la persecución de vagos en las políticas antidelincuenciales de El Salvador, 1928-1946*. En revista "Identidades" San Salvador, 2011

Muñiz, Manuel. *Crimen y responsabilidad,* en revista "La Universidad", serie siete, número nueve, junio 1987

Pérez, Isidro de Miguel. *Código penal tipo para Iberoamérica,* en "Anuario de derecho penal y ciencias penales", tomo 36, España, Ministerio de Justicia, 1983

Ramos Pascua, José Antonio. *El positivismo jurídico en España. D. Pedro Dorado Montero,* en Anuario de Filosofía del derecho XII, España, 1995

Rivacoba y Rivacoba, Manuel. *La figura de Jiménez de Asúa en el derecho penal. C*onsultado por última vez el 10 de agosto de 2014, en http://manuel-de-rivacoba.blogspot.com/2012/08/la-figura-de-luis-jimenez-de-asua-en-el.html

Iñaki Rivera, Beiras, Iñaki y otros. *Política Criminal y Sistema Penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*. Barcelona, editorial Anthropos, 2005

Rodríguez Ruiz, Napoleón. *Historia de las instituciones jurídicas salvadoreñas,* San Salvador, editorial Universitaria, 1951.

Schünemann, Bernd. *Razonamiento sistemático en derecho penal,* en El sistema moderno del derecho penal. Cuestiones fundamentales, Berlín, Tecnos, 1984

Trejo, Miguel Alberto, *Curso de Derecho Penal Salvadoreño.* San Salvador, editorial Triple D, 2002

Urzais, Iván Heredia. *Control y exclusión social: la ley de vagos y maleantes en el primer franquismo.* En "Universo de micromundos. VI Congreso de Historia Local de Aragón", España, 2009

Velásquez, Eugenia Lopez. *Representaciones de los pueblos originarios en la sociedad salvadoreña: siglo XVI a inicios del xx.* En "Las figuras del enemigo. Alteridad y conflictos en Centroamérica", San salvador, Direcciona Nacional de cultura y arte, 2012

Von Liszt, Franz. *La Idea del fin en el derecho penal*. Mexico, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994

Welzel, Hans, *Derecho Penal. Parte General,* Buenos Aires, Roque de Palma editor, 1956

Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Los códigos penales de Latinoamérica,* en "Los códigos penales de los países de América Latina". México, ILANUD, 2000